

Elena Bindi - Valentina Carlino

Migración y derechos: una mirada global desde la frontera



Giappichelli

**Migración y derechos:
una mirada global desde la frontera**



Elena Bindi - Valentina Carlino

Migración y derechos: una mirada global desde la frontera



Giappichelli

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-5170-1

Il volume è stato realizzato con i fondi del Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università di Siena - Progetto REMOVE "Repensando la migración desde la frontera de Venezuela: nuevo programa académico en movilidad humana y convivencia en la Comunidad Andina", Coordinatrice Prof.ssa Giorgia Pavani, Unità di Siena, Coordinatrice Prof.ssa Elena Bindi, e del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena - Progetto PRIN 2017 "The constitutional implications of European separatist claims", Principal Investigator Prof. Alessandro Torre, Unità di Siena, Responsabile Prof.ssa Valeria Piergigli.

Pubblicato nel mese di settembre 2023

Índice

	<i>pag.</i>
INTRODUCCIÓN, <i>Elena Bindi y Valentina Carlino</i>	XV

PRESENTACIÓN

El rol de la academia en la construcción de un nuevo programa común de estudios sobre la movilidad humana en la Comunidad Andina

Giorgia Pavani y Manuel Restrepo Medina

1. Introducción	XXIII
1.1. El contexto fáctico	XXV
1.2. El contexto político y normativo	XXVII
2. El impulso del formante doctrinal para el desarrollo de un programa común sobre migración en la región andina	XXXI
2.1. El intercambio académico entre estudiosos europeos y latinoamericanos	XXXII
3. La propuesta de un módulo común para los cursos sobre la movilidad humana	XXXVI

PARTE I

Perspectivas fronterizas

CAPÍTULO 1

La frontera de los derechos: una perspectiva de teoría sociojurídica

Bastien Charaudeau Santomauro

1. Introducción	3
-----------------	---

	<i>pag.</i>
1.1. El problema de los derechos en la frontera	6
1.2. Metodología	9
2. El territorio, la frontera y el margen	9
3. Los términos de la controversia: entre territorio y frontera	11
4. Una ficción de aterritorialidad renovada	13
5. El margen: de los bordes a las latitudes	16

CAPÍTULO 2

La migración venezolana en el Perú: entre el ideal de los derechos y los desafíos de la realidad

Gorki Gonzales Mantilla y José Enrique Sotomayor Trelles

1. Introducción	19
2. Autonomía restringida: la decisión de migrar desde el lente de la violencia y sus múltiples facetas	21
3. Los migrantes llegan a nuevas tierras: una reflexión filosófica sobre el derecho de hospitalidad en el caso venezolano	24
4. Deberes de justicia y de ayuda material a los migrantes: Tumbes conoce el problemático legado estoico	29
5. Más allá de los estándares de derechos humanos en materia de migraciones: Los deberes de justicia y ayuda material frente a los desafíos de la realidad	31
6. Reflexión final: la migración venezolana entre el ideal democrático y el pragmatismo populista	38

CAPÍTULO 3

El rechazo en frontera de la migración irregular en Ceuta y Melilla

Emilia Girón Reguera

1. Introducción	41
2. El régimen especial de devolución en Ceuta y Melilla en la ley española de extranjería	42
3. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los rechazos en frontera	45
4. La constitucionalidad condicionada de las “devoluciones en caliente”	49
5. Inmigración y derechos humanos en las fronteras exteriores	56

CAPÍTULO 4

La desconstrucción de las categorías jurídicas de la migración: propuestas metodológicas y desafíos contemporáneos

Noémie Boivin y Mohamed Elsayeh

1. Introducción	59
2. El valor de un análisis jurídico decolonial de la migración “irregular”	62
2.1. Decolonialidad y migración	64
2.2. Perspectiva jurídica decolonial sobre la migración “irregular”	68
2.2.1. Límites de las soluciones del derecho moderno	68
2.2.2. Jerarquías de migrantes	70
3. La pertinencia de un estudio cultural del derecho para estudiar el tratamiento de los cuerpos de los migrantes que mueren en las fronteras de la UE	72
3.1. Vincular fronteras y límites a categorías de migrantes	74
3.2. ¿Qué entendemos por responsabilidad moral y política, y cómo se relaciona esto con un estudio cultural del derecho?	75
3.3. La importancia de una identificación y gestión adecuadas de los migrantes permanece	79
4. Conclusión	81

PARTE II

Instrumentos y mecanismos de protección

CAPÍTULO 5

Refugio y migración en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos

Claudio Nash Rojas

1. Introducción	85
2. Refugio	87
2.1. Datos relevantes en la región	87
2.2. Derechos particulares en el proceso de refugio	87
3. Migración	90
3.1. Datos relevantes en la región	90
3.2. Obligaciones generales del Estado y migración	91
3.2.1. Integridad personal (art. 5 CADH)	91

	<i>pag.</i>
3.2.2. Libertad personal (art. 7 CADH)	93
3.2.3. Acceso a la Justicia (arts. 8 y 25 CADH)	95
3.2.4. Igualdad y no discriminación (arts. 1.1 y 24 CADH)	97
3.3. Obligaciones específicas del Estado sobre migración	97
4. Niños/as y adolescentes en situación de movilidad	99
5. Conclusiones	100

CAPÍTULO 6

El acceso a la justicia de las personas migrantes: el test de vulnerabilidad y el ajuste del procedimiento

Félix Enrique Ramírez Sánchez

1. Abordando el tema	103
2. La vulnerabilidad como categoría impuesta por los derechos humanos	107
3. Los migrantes como grupo vulnerable y la necesidad de otorgarles una protección diferenciada	110
4. El test de vulnerabilidad y el ajuste razonable del proceso para garantizar el acceso a la justicia de los migrantes irregulares	114

CAPÍTULO 7

La efectividad de la tutela judicial de los solicitantes de asilo en los tribunales europeos

Valentina Carlino

1. La distancia entre la forma y el fondo	121
2. La tutela efectiva del solicitante de asilo en el espacio jurídico europeo	123
3. Una protección (demasiado) amplia	129
4. La igualdad sustancial como clave de la comprensión	134

CAPÍTULO 8

*El derecho a la nacionalidad en los sistemas
regionales de protección
de los derechos humanos*

Giammaria Milani

1. Introducción	139
2. El derecho a la nacionalidad en el sistema americano y en el sistema europeo de protección de los derechos	140
3. El Tribunal Europeo y el derecho a la nacionalidad	142
4. La Corte Interamericana y el derecho a la nacionalidad	148
5. Conclusión: ¿qué obstáculos hay para el diálogo entre las Cortes en materia de nacionalidad?	156

PARTE III

*La persona migrante en el proceso migratorio:
los vulnerables entre los vulnerables*

CAPÍTULO 9

*La protección internacional gender sensitive
de las mujeres víctimas de violencia de género*

Irene Spigno

1. Premisa: la violencia de género que sufren las mujeres	161
2. La persecución de las mujeres víctimas de violencia de género	165
3. La inclusión de la perspectiva de género en la protección internacional de las mujeres víctimas de violencia de género	171
4. Reflexiones finales: hacia la elaboración de un <i>gender sensitive test</i>	175

CAPÍTULO 10

*La migración venezolana en el Perú
y la adecuación de la legislación migratoria a los estándares
interamericanos de derechos humanos
desde una perspectiva de género*

Ena Carnero Arroyo

1. Introducción	181
-----------------	-----

	<i>pag.</i>
2. Características de la migración venezolana en el Perú	183
2.1. Perfil de la población venezolana	183
2.2. Situación de la mujer migrante venezolana en el Perú	185
3. La legislación migratoria peruana a la luz de los estándares interamericanos de derechos humanos sobre movilidad humana desde una perspectiva de género	187
3.1. El nexo entre género y derechos humanos	187
3.2. Los estándares interamericanos de derechos humanos en materia migratoria	189
3.2.1. Los estándares interamericanos de protección de los derechos de los y las migrantes	191
4. La legislación migratoria peruana y su adecuación a los estándares interamericanos de derechos humanos	200

CAPÍTULO 11

Bases del ordenamiento jurídico andaluz en relación con los menores inmigrantes no acompañados

José Ortiz Mallol

1. Introducción: La situación de desamparo en el ordenamiento jurídico español	211
2. Caracterización general del colectivo de menores inmigrantes no acompañados	214
3. La categoría de menores inmigrantes no acompañados en el ordenamiento jurídico andaluz	220
4. Consecuencias en orden a la gestión de las competencias administrativas derivadas del reconocimiento del derecho público subjetivo: La gestión del sistema público	222

CAPÍTULO 12

Acerca de la protección y el retorno de los menores extranjeros no acompañados

Juan Manuel López Ulla

1. Cifras que demandan políticas	227
2. Derechos en los términos que establezcan los tratados y la ley	231
3. Salidas obligadas del territorio	233
4. Rechazo en frontera y repatriación de menores	235
5. La privación de libertad como medida de excepción	239

PARTE IV

Retos y perspectivas de la migración

CAPÍTULO 13

*El desplazamiento forzado en Colombia
desde una perspectiva interseccional*

Liliana Estupiñán-Achury y Leonardo Antonio Parra-Acosta

1. Introducción	248
2. Desplazamiento forzado y pobreza ¿círculo vicioso?	252
3. El Desplazamiento Forzado Interno y las mujeres: opresiones imbricadas	255
4. ¿Cómo ha afectado el desplazamiento forzado interno a los pueblos negros, afrodescendientes, originarios, raizales y palenqueros?	259
5. Población LGBTIQ+	262
6. Un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado que aún no termina	264
A manera de conclusión	268

CAPÍTULO 14

*¿Es un delito ayudar a los migrantes?
La respuesta del consejo constitucional francés
desde la perspectiva del principio de fraternidad*

Guillaume Tusseau

1. Introducción	271
2. La consagración de un nuevo parámetro eficaz del control de constitucionalidad	273
3. La producción judicial de normas legislativas	279
4. Los límites de la comunicación judicial	283

CAPÍTULO 15

*El derecho al voto de los venezolanos en Perú y Colombia:
un análisis normativo y estadístico*

Oswaldo Zavala Blas

1. Introducción	291
-----------------	-----

	<i>pag.</i>
2. Derecho al voto de los extranjeros	293
2.1. Nociones generales	293
2.2. Modelos de regulación	297
3. Derecho al voto de los venezolanos en el Perú	299
3.1. Marco normativo	299
3.2. Índice de participación	300
3.2.1. Proceso electoral del año 2018	301
3.2.2. Proceso electoral del año 2022	303
4. El derecho al voto de los venezolanos en Colombia	306
4.1. Marco normativo	306
4.2. Índice de participación	307
4.2.1. Proceso de elecciones municipales y distritales de 2019	308
5. Conclusiones	310

CAPÍTULO 16

Sostenibilidad y constituciones: el estado constitucional a la prueba del futuro

Tania Groppi

1. Un nuevo «concepto clave constitucional»	313
2. Futuro y constitución: una relación antigua	315
3. El irresistible ascenso de la sostenibilidad en las constituciones	316
4. Nuevos retos: ¿necesitamos una “cláusula constitucional de sostenibilidad”?	319

Introducción

*Elena Bindi y Valentina Carlino*¹

Los flujos migratorios son parte integrante de la historia de la humanidad, y siempre lo serán. El mundo tal como lo conocemos hoy es el resultado de continuos movimientos de personas obligadas a abandonar su tierra natal por razones estructurales y/o contingentes, cuya mutabilidad hace que ningún lugar pueda definirse definitivamente como tierra de inmigración y no de emigración. Una historia, por tanto, circular y en constante cambio, en la que intervienen ordenamientos jurídicos de distintas latitudes. Junto a los retos y problemas comunes que pueden encontrarse a escala mundial, existe la necesaria conciencia de las especificidades propias de cada zona de partida y de llegada, de las rutas más transitadas por las personas migrantes y de las fronteras afectadas por miles de cruces, lícitos e ilícitos. Se pide al Derecho que responda a cuestiones que no son fáciles de resolver, en un contexto en el que la toma de decisiones políticas también se encuentra fuertemente influida por la opinión pública, a menudo hostil hacia las personas extranjeras. Los países de destino de los flujos migratorios, sometidos a tensiones, se ven obligados a conciliar dos necesidades difíciles de compaginar, pero ambas cruciales: por una parte, el deber de vigilar las fronteras nacionales y salvaguardar los intereses de la comunidad de acogida; por otra, la tarea ineludible de proteger a las personas que viajan, titulares de un núcleo intangible de derechos y libertades fundamentales.

Evidentemente, en el mundo globalizado en el que todo viaja con mayor facilidad, a velocidades impensables hace tan sólo unos años, también la migración ha adquirido nuevos perfiles, tanto cuantitativa como cualitativamente. Los datos recogidos por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) muestran una tendencia mundial en constante crecimiento en este sentido. Según el Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022 publicado por la OIM, en 2020, se contabilizaron 281 millones de migrantes internacionales en el mundo, lo que corresponde al 3,6%

¹Elena Bindi es Profesora de Derecho Público en la Universidad de Siena. Valentina Carlino es Investigadora en Derecho Público Comparado en la Universidad de Siena.

de la población mundial;² la cifra se situó en 271,6 millones en 2019 y, lo que es aún más indicativo, en 173 millones en 2000. En 1970, la cifra era unas tres veces inferior a la actual.

En este contexto, y con referencia a 2020, la región del mundo que emerge como principal destino de los migrantes es Europa, donde se localiza el 30,9% de los migrantes internacionales (87 millones); seguida de Asia (86 millones), América del Norte (59 millones) y África (25 millones). América Latina y el Caribe ocupan el último lugar, con 15 millones de migrantes. Sin embargo, cabe señalar que el número de migrantes en la región se ha más que duplicado en los últimos 15 años, considerando que 7 millones de personas habían migrado allí en 2007.³ Este aumento puede explicarse en parte por la crisis venezolana, que representa una de las mayores crisis de desplazamiento en el mundo. Los datos de la Agencia de la ONU para los Refugiados (UNHCR-ACNUR), actualizados hasta enero de 2023, hablan de 7,3 millones de refugiados y migrantes venezolanos en todo el mundo, que huyen de la violencia, la inseguridad y la grave escasez de alimentos, medicinas y servicios esenciales.⁴ La mayoría de ellos han emigrado a países de América Latina y el Caribe.

Entonces, ¿quién cruza las fronteras? Una categoría muy heterogénea de sujetos. El mayor porcentaje de las cifras mencionadas lo representan sin duda los llamados emigrantes voluntarios, que deciden abandonar su país por motivos laborales, familiares o de estudios, entrando de forma regular en un Estado distinto al de su nacionalidad para buscar allí fortuna. Un porcentaje menor del total de migrantes lo representan los llamados desplazados, personas que huyen de guerras, persecuciones y, más en general, situaciones de grave peligro que dan lugar a flujos importantes y difíciles de controlar, a lo largo de “rutas de la esperanza”. En este caso, los Estados de destino se ven obligados a gestionar un gran número de entradas de vulnerables entre los vulnerables, que cruzan las fronteras en busca de protección, tanto desde un punto de vista jurídico (a modo de generalización, solicitar el reconocimiento del estatuto de refugiado o el derecho de asilo) como desde un punto de vista concreto (es decir, poder acceder a una serie de servicios y condiciones esenciales de supervivencia denegados en su propio país).

Según datos de la OIM, a finales de 2020, 89,4 millones de personas vivían desplazadas; eran 84,8 millones en 2019. Esta cifra incluye a todos los refugiados, solicitantes de asilo, venezolanos desplazados y desplaza-

² MCAULIFE, M., TRIANDAFYLLIDOU, A., (eds.), *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022*. Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Ginebra, 2022.

³ *Ivi*, 23-24.

⁴ Datos disponibles en <https://www.unhcr.org/venezuela-emergency.html>.

dos internos (que no cruzan una frontera internacional reconocida, permaneciendo dentro de su país de origen).⁵ La cifra es especialmente alarmante si se tiene en cuenta que el número de desplazados se ha más que duplicado desde 2012 (entonces había 42,7 millones de personas desplazadas). «Como consecuencia, más del 1% de la población mundial, es decir, 1 de cada 88 personas, fue desplazada por la fuerza a finales de 2021. En comparación, a finales de 2012, eran 1 de cada 167».⁶

Esta obra colectiva parte de una reflexión sobre la complejidad de los retos que plantean a los Estados contemporáneos los ingentes y crecientes flujos migratorios que se registran a nivel global. Es el resultado de las reflexiones realizadas por académicos europeos y latinoamericanos que participaron en las actividades de formación llevadas a cabo dentro del Proyecto Erasmus+ *Capacity Building in the Field of Higher Education* “Repensando la migración desde la frontera de Venezuela: nuevo programa académico en movilidad humana y convivencia en la Comunidad Andina (REMOVE)”, financiado por la Unión Europea.

El libro se abre con una presentación a cargo de la profesora Giorgia Pavani, coordinadora del Proyecto, y del profesor Manuel Restrepo Medina, coordinador de los socios latinoamericanos del Proyecto, quienes ilustran la finalidad y el contenido de REMOVE, destacando las exigencias que llevaron a su nacimiento y los principales resultados que se esperan de los intercambios realizados en su marco.

A continuación, el contenido del libro se divide en cuatro partes, en las que se abordan algunos de los principales temas surgidos a lo largo del Proyecto, tanto desde una perspectiva latinoamericana como europea, también con el objetivo de observar los puntos en común y las divergencias en los retos impuestos por los flujos migratorios.

En la primera parte, las contribuciones giran en torno al concepto de fronteras, examinando algunas de las experiencias actualmente más problemáticas a escala mundial. Así, la atención se centra en lo que ocurre cuando los migrantes cruzan o intentan cruzar las fronteras de un Estado distinto de aquel del que tienen ciudadanía o permiso para residir, poniendo de relieve el difícil equilibrio entre la necesidad de vigilar el territorio y el deber de respetar los derechos humanos.

En el escrito “La frontera de los derechos: una perspectiva de teoría sociojurídica”, Bastien Charaudeau Santomauro se centra en el caso de la frontera francoitaliana para destacar cómo las indeterminaciones interpretativas del derecho público y europeo contribuyen a la aparición de un

⁵ *Ivi*, 4.

⁶ UNHCR-ACNUR, *Tendencias Globales de desplazamiento forzado en 2021*, en www.acnur.org, 2022, 5.

nuevo régimen fronterizo ambiguo, por el que la frontera se concibe como un espacio más que como una línea y conduce a una diferenciada aplicación del derecho en sus márgenes. Un espacio en el que la ausencia de categorías jurídicas definidas conduce a disimilitudes de aplicación y a prácticas a menudo contrarias a la protección de los derechos fundamentales que deben garantizársele a los migrantes, de ahí el riesgo de un “gobierno de la migración al margen de la ley”.

A continuación, Gorki Yuri Gonzales Mantilla y José Enrique Sotomayor Trelles, en el capítulo titulado: “La migración venezolana en el Perú: entre el ideal de los derechos y los desafíos de la realidad”, trasladan su atención a otra frontera, la que une a Perú con Venezuela, la segunda más cruzada por los que huyen del país de Maduro después de la de Colombia. Los autores reflexionan sobre la condición del extranjero en el Perú a propósito del caso venezolano, en un contexto caracterizado por una profunda desigualdad que convierte el caso de estudio en emblemático en la región latinoamericana. Como señalan los autores, el colapso humanitario de Venezuela ha producido un proceso de movilidad humana hacia países con problemas económicos, sociales y políticos de magnitud.

En su capítulo “El rechazo en frontera de la migración irregular en Ceuta y Melilla”, Emilia Girón Reguera, nos pone cara a cara con las vallas levantadas a finales de los años 90 entre los dos enclaves españoles y territorio marroquí para impedir el paso de inmigrantes ilegales. Ésta es la única frontera exterior terrestre del espacio Schengen en tierras africanas y, por lo tanto, una de las principales vías de acceso de los flujos migratorios hacia Europa. Como comenta la autora, este específico procedimiento de devolución permite deportar a los extranjeros que superan de manera irregular los puestos fronterizos, sin que éstos puedan acceder a los procedimientos legales a los que hasta entonces tenían derecho. Esto ha generado jurisprudencia en la materia tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal Constitucional Español, que se analizan en la obra.

En el final de la primera parte, Noémie Boivin y Mohamed Elsayeh, en “La desconstrucción de las categorías jurídicas de la migración: propuestas metodológicas y desafíos contemporáneos”, abordan dos cuestiones cruciales: por un lado, la dicotomía “regular *versus* irregular” en el contexto de la migración, proponiendo en particular un análisis jurídico decolonial de la migración “irregular” que permita un mejor entendimiento de su construcción legal; por otro lado, la gestión de los cuerpos de los fallecidos en el intento de llegar a la Unión Europea a través de rutas marítimas “irregulares”, con especial atención a los problemas relacionados con la no identificación de las víctimas.

La segunda parte de la obra se centra en los mecanismos e instrumen-

tos de protección establecidos a nivel internacional para defender a los migrantes y sus derechos, tanto sustantivos como procesales. En una perspectiva que mira a la jurisprudencia de los Tribunales regionales de protección de derechos humanos, interamericano y europeo, se considera la vulnerabilidad que es típica de los migrantes, menguada de diversas maneras.

Así Claudio Nash, en “Refugio y migración en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos”, examina los principales estándares desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de refugio y migración. El autor destaca como el enfoque utilizado por la Corte Interamericana ha sido abordar el tema desde el principio de igualdad y no discriminación a fin de hacerse cargo de la situación de especial vulnerabilidad en el goce y ejercicio de sus derechos humanos de quienes están en situación de movilidad humana y las obligaciones agravadas de protección por parte de los Estados receptores de personas solicitantes de refugio y en proceso de migración.

Es precisamente en el concepto de vulnerabilidad en el que se centra Félix Ramírez Sánchez, quien en el capítulo titulado: “El acceso a la justicia de las personas migrantes: el test de vulnerabilidad y el ajuste del procedimiento” se detiene sobre las falencias existentes en el sistema de justicia constitucional y ordinaria peruana para hacer frente a la problemática de la movilidad internacional, lo que impide garantizar el derecho humano al acceso a la justicia a las personas migrantes y sujetos de protección internacional. Sin embargo, estas personas se encuentran en situación de desigualdad, no solo sustancial, sino procesal y que ven afectados sus derechos fundamentales, constituyendo aquello una barrera de acceso a la justicia. Por ese motivo, para garantizar la tutela efectiva que exige la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los jueces nacionales tienen que implementar los nuevos mecanismos procesales convencionales del test de vulnerabilidad y ajuste del procedimiento, con el fin de encontrar el remedio judicial “idóneo” para efectivizar y maximizarlos derechos fundamentales en discusión.

En el capítulo titulado: “La efectividad de la tutela judicial de los solicitantes de asilo en los tribunales europeos”, Valentina Carlino parte de la conciencia de la centralidad del tema del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el contexto jurídico europeo, dirigiéndose por un lado al legislador y por otro a la persona juzgadora, quien tienen que considerar las necesidades del migrante para garantizar que la persona cuya situación jurídica se ha visto perjudicada tenga la oportunidad de obtener una tutela plena y satisfactoria. El trabajo se enfoca en el papel de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo, que es doble: no sólo es en ellos donde se ha moldeado progresivamente el principio de eficacia de la tutela jurisdic-

cional, adquiriendo su aspecto actual; sino que los jueces europeos también lo han aplicado ampliamente, con el fin de reforzar las protecciones previstas a nivel nacional.

Al final de la segunda parte, en “El derecho a la nacionalidad en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos”, Giammaria Milani desplaza el foco hacia la concepción de la nacionalidad, que se ha desarrollado como derecho humano durante la segunda mitad del siglo XX como reacción a la violación sistemática de los derechos humanos perpetrada por regímenes autoritarios y que culminó en la Segunda Guerra Mundial. En su capítulo, el autor analiza la contribución brindada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la garantía del derecho a la nacionalidad y a su definición como derecho humano, en la conciencia que hoy en día, la creciente movilidad internacional y la presión que ejercen los flujos migratorios en algunas zonas del mundo, exige para que esta dimensión de la nacionalidad sea revitalizada.

La tercera parte del libro, en continuidad con la anterior, profundiza el concepto de vulnerabilidad de la persona migrante, centrando la atención en situaciones de particular “vulnerabilidad en la vulnerabilidad”. Si ya quien deja su país en busca de protección en otro lugar se encuentra en una situación de elevada fragilidad, tanto de hecho como de derecho, existen algunas categorías de personas para las que el riesgo de ver renegados sus derechos es aún mayor.

En este sentido, en “La protección internacional gender sensitive de las mujeres víctimas de violencia de género”, Irene Spigno aborda el fenómeno de la feminización de la migración en América Latina, destacando, en particular, las causas, los contextos y las vulnerabilidades específicas que sufren las mujeres migrantes. Asimismo, se analizan las normas internacionales e interamericanas, destacando la necesidad de incluir la perspectiva de género que permita la construcción de derechos específicos para proteger a las mujeres migrantes y ofreciendo algunas reflexiones finales sobre los importantes logros obtenidos en la protección de las mujeres migrantes hasta el momento, gracias a la inclusión del enfoque de género.

Ena Carnero también se ocupa de mujeres migrantes en el capítulo titulado: “La migración venezolana en el Perú y la adecuación de la legislación migratoria a los estándares interamericanos de derechos humanos desde una perspectiva de género”. Este capítulo tiene como objetivo analizar la legislación peruana en materia migratoria y de refugio, en comparación con los estándares interamericanos de derechos humanos y desde una perspectiva de género y enfoque diferenciado en relación con las mu-

jeros migrantes. Se examinan entonces las políticas migratorias y las legislaciones nacionales en la materia, en el prisma de los estándares de protección de derechos humanos de los migrantes y refugiados, elaborados por la Comisión y la Corte Interamericana.

Por su parte, en el capítulo denominado: “Bases del ordenamiento jurídico andaluz en relación con los menores inmigrantes no acompañados”, José Antonio Ortiz Mallol aborda la cuestión de la particular situación que viven los menores inmigrantes no acompañados en el ordenamiento jurídico español. Una situación que exige un tratamiento normativo diferenciado que se traduzca en la forma de ejercitar dicha tutela pública, tanto desde sus presupuestos y objetivos como en relación con los recursos disponibles.

La misma cuestión se aborda en “Acerca de la protección y el retorno de los menores extranjeros no acompañados”, de Juan Manuel López Ulla, quien también se refiere a la comunidad andaluza. Partiendo de la consideración de que Andalucía es la Comunidad Autónoma con un mayor número menores extranjeros no acompañados en España, el autor subraya cómo el incremento en el área de la población migrante menor de edad representa un desafío para la Administración andaluza, que es la que tiene atribuida la competencia asistencial sobre este colectivo, con el fin de describir el sistema de protección andaluz.

La cuarta y última parte del volumen cuestiona diferentes retos y perspectivas de la migración. El objetivo es poner de relieve las distintas cuestiones que pueden plantearse a escala mundial en la gestión de los flujos entrantes, tanto si se reducen al ámbito nacional como si son comunes a un número más amplio de países.

Liliana Estupiñán-Achury y Leonardo Antonio Parra-Acosta concentran su capítulo “El desplazamiento forzado en Colombia desde una perspectiva interseccional” en la relación histórica que existe entre el desplazamiento forzado, la pérdida de vidas y la apropiación, indebida, de las tierras abandonadas y el estado colombiano, por el que siempre el tema de la movilidad humana ha sido un desafío importante. Los autores intentan de explicar este fenómeno en el país, a la luz de los diversos instrumentos jurídicos internacionales y nacionales, en materia de Derechos Humanos, dispuestos para efectos de aliviar el cúmulo de víctimas que genera – que asciende a la cifra de 8.1 millón de desplazados desde 1985 hasta 31 de diciembre de 2020, en Colombia – y los mecanismos de reparación y no repetición.

Por su parte, en “¿Es un delito ayudar a los migrantes? La respuesta del consejo constitucional francés desde la perspectiva del principio de fraternidad”, Guillaume Tusseau se focaliza en el caso francés, analizando la decisión del Consejo Constitucional de 2018 con la que la fraternidad ha

sido consagrada como norma de referencia para la revisión constitucional. Reflexionando sobre la evolución jurisprudencial que ha llevado a este resultado, el autor ilustra que, como los flujos migratorios son un tema importante para las políticas públicas a nivel nacional, europeo e internacional, las iniciativas en este ámbito dan lugar a una necesidad por los tribunales constitucionales de buscar nuevas herramientas, para contener el desarrollo de formas de democracia cada vez más “iliberales” a través de una “para-diplomacia jurisdiccional”.

En “El derecho al voto de los venezolanos en Perú y Colombia: un análisis normativo y estadístico”, Oswaldo Zavala Blas se centra en una cuestión muy importante como lo es la de la atribución del derecho a la participación política a los que no tienen la ciudadanía del país donde residen. Por esto, se fija como objetivo hacer una revisión de la situación de los derechos políticos de los migrantes venezolanos en Perú, Colombia y Chile, lo que implica, de un lado, analizar los principales problemas que afronta este grupo poblacional; y, de otro lado, identificar los modelos de gestión de la migración venezolana adoptados en los países en referencia y que estén orientados a la protección de los derechos políticos.

Otro reto del Estado contemporáneo es analizado por Tania Groppi, en el capítulo titulado: “Sostenibilidad y constituciones: el estado constitucional a la prueba del futuro”. Este texto se centra en el reto de la protección de los derechos del medio ambiente y de las generaciones futuras, al examinar el concepto de sostenibilidad en las Constituciones mundiales. El tema es central si se tiene en cuenta la interconexión entre los movimientos migratorios y el cambio climático, que será cada vez más un *push factor* en la salida de las personas de sus lugares de origen.

PRESENTACIÓN

El rol de la academia en la construcción de un nuevo programa común de estudios sobre la movilidad humana en la Comunidad Andina

*Giorgia Pavani y Manuel Restrepo Medina*¹

SUMARIO: 1. Introducción. – 1.1. El contexto fáctico. – 1.2. El contexto político y normativo. – 2. El impulso del formante doctrinal para el desarrollo de un programa común sobre migración en región andina. – 2.1. El intercambio académico entre estudiosos europeos y latinoamericanos. – 3. La propuesta de un módulo común para los cursos sobre la movilidad humana.

1. Introducción

En febrero de 2020 un grupo de universidades europeas y latinoamericanas² decidieron aplicar al programa Erasmus+ Capacity Building in the Field of Higher Education con un proyecto sobre el tema de la movilidad humana desde la frontera venezolana, cuyo título, evocativo, expresa el principal objetivo de la propuesta: “Repensando la migración desde la

¹Giorgia Pavani (U. de Bolonia) es la coordinadora internacional y Manuel Restrepo Medina (U. del Rosario) es el coordinador de los socios latinoamericanos del proyecto europeo Erasmus+ Capacity Building 2021-2024 “Repensando la migración desde la frontera de Venezuela: nuevo programa académico en movilidad humana y convivencia en la Comunidad Andina (REMOVE)”.

²Los socios europeos son: la Universidad de Bolonia (coordinadora del proyecto); SciencesPo (París); la Universidad Castilla La Mancha (Toledo); la Universidad de Cádiz; la Universidad de Siena. Los socios latinoamericanos son: la Universidad Andina Simón Bolívar (sede de Quito); la Universidad Libre (sede de Bogotá, con la participación de sus seccionales); la Universidad del Rosario (Bogotá); la Universidad de Trujillo (Perú); la Pontificia Universidad Católica del Perú (sede de Lima) y la FLACSO (sede de Quito). Participan al proyecto, como *Associate partners*, la Superintendencia Nacional de Migraciones de Perú; el Consiglio Italiano Rifugiati, la Defensoría del Pueblo de Ecuador; Migración Colombia; el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de Ecuador.

frontera de Venezuela: nuevo programa académico en movilidad humana y convivencia en la Comunidad Andina (REMOVE)”.³

La propuesta del proyecto ha sido elaborada antes de la llegada de la pandemia de Covid-19, en un momento de gran actualidad por el tema migratorio en el área andina y, en general, para el continente americano. Los datos preocupantes relativos al número de venezolanos migrantes, la falta de una política migratoria común o, por lo menos, la falta de coordinación entre los Estados confinantes y/o principales receptores de migrantes,⁴ junto a la débil arquitectura legislativa interna a cada Estado han animado a los estudiosos europeos y latinoamericanos a avanzar en una propuesta que pudiera fortalecer la oferta académica sobre el tema de la movilidad humana de la población venezolana hacia Colombia, Ecuador y Perú.

Por medio de un módulo común de enseñanza – a elaborar durante los años de desarrollo del proyecto – se intentará capacitar tanto al personal laboral (operadores de ONG, funcionarios estatales y de los entes territoriales etc.) como a profesores universitarios de los tres Estados; por medio de la creación de grupos de investigación en cada universidad socia del proyecto se intentará empezar un estudio comparativo de la migración en la región andina con el propósito de asesorar a los legisladores en la adopción de políticas y normas migratorias respetuosas de los estándares de garantía de los derechos humanos.

El presente capítulo, reelaborando los datos iniciales de la propuesta y los producidos durante el primer año del proyecto,⁵ pretende presentar a

³El proyecto fue seleccionado y admitido a la financiación en el mes de agosto de 2020, empezó formalmente el 15 de enero de 2021 y tiene una duración de 3 años.

⁴A pesar de que no han existido procesos de armonización legislativa entre los países miembros de la CAN para crear procedimientos comunes para garantizar los derechos de las personas en situación de movilidad humana, el Parlamento Andino empezó la construcción participativa de una “propuesta normativa de carácter regional que sistematice e incluya de manera integral todos los avances alcanzados respecto a la movilidad humana en instrumentos tales como: Decisiones, Convenios, Tratados, Decretos, Recomendaciones, Estatutos Migratorios Binacionales, Instrumentos normativos internacionales aprobados por otros organismos de integración como el Mercosur y Leyes nacionales”. Esta propuesta se concretó en el “Estatuto Andino de Movilidad Humana” aprobado por la Plenaria del Parlamento, reunida en el marco del XLVI Período Ordinario de Sesiones en la ciudad de Medellín, el 24 de abril de 2015, el cual establece las pautas para la creación de una normativa comunitaria que regule la movilidad humana de los Ciudadanos y Ciudadanas Andinas dentro de la Región. El artículo 1 “Objeto y ámbito de aplicación” da varias definiciones de (E)(In) migrante y de migración.

⁵La propuesta del proyecto fue elaborada por la Universidad de Bolonia, con el aporte de las universidades socias (cuyos materiales han sido coordinados por la dra. María Ruíz Dorado y la dra. María Teresa Palacios), bajo la coordinación y la redacción de la dra. Giorgia Pavani. En los §§ 1.1. y 1.2 se propone una síntesis de la relevancia de la propuesta y los resultados y los datos que se encuentran en el trabajo realizado en el ámbito del *Work Pa-*

la comunidad científica los principales temas que conforman el módulo común de enseñanza. Los comentarios críticos que acompañan esta propuesta evidencian el esfuerzo de la academia en la construcción teórica de unos principios comunes en el tema de la movilidad humana en la región andina, y el aporte de la academia a la sociedad civil, en particular a los *stakeholders* que cotidianamente trabajan en las fronteras.

1.1. *El contexto fáctico*

En la actualidad⁶ se han incrementado los flujos migratorios intra-regionales⁷ entre países de América del sur, algunos de los cuales también hacen parte de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), como ocurre con Colombia, Perú y Ecuador. En relación con el caso venezolano, el “co-

ckage número 1 del proyecto REMOVE titulado “Análisis específico de la situación existente en tema de migración” coordinado por la Universidad Flaco y elaborado por C. Gómez, (2021) Informe Panel 1 (WP1). Migración venezolana en Colombia, Perú y Ecuador. Dinámicas migratorias y normativas internas de gestión de la movilidad. Documento interno proyecto REMOVE.

⁶La doctrina enseña que el fenómeno migratorio venezolano se puede entender solamente si se contextualiza en un período de tiempo amplio (alrededor de los últimos 20 años), divididos en tres períodos distintos: PÁEZ, T., VIVAS, L., *The Venezuelan Diaspora: Another Impending Crisis?*, Freedom House Report, 2017. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/317099053_The_Venezuelan_Diaspora_Another_Impending_Crisis. Un primer período (2000-2012) caracterizado por un perfil homogéneo de migrantes (clases altas, estudiantes, profesionales quienes abandonaron el país por razones políticas y económicas debido a la llegada al poder de Hugo Chávez), principalmente hacia Europa y América del Norte (un ejemplo de este flujo está representado por la firma del acuerdo bilateral “Estatuto Permanente Ecuador-Venezuela” en 2010 que preveía dos tipologías de Visa – una temporal por convenio y una de residencia permanente – cuyos precios prohibitivos para la clase media y baja de la población llevó a una selección natural del perfil del emigrante venezolano es esa época); un segundo período (2012-2015) caracterizado por menos homogeneidad y por la intensificación de la crisis económica y la llegada de Nicolás Maduro, a la cual le corresponde el giro migratorio hacia América del Sur; el tercer y actual período con el mayor movimiento de población en un período de tiempo muy corto (debido a una profunda aceleración en 2017-2019), caracterizado por rutas terrestres, largas y peligrosas hacia América central y del Sur: HERRERA, G., CABEZAS, G., *Ecuador: de la recepción a la disuasión. Políticas frente a la población venezolana y experiencia migratoria 2015-2018*, en GANDINI, L., K ASCENCIO, F., PRIETO, V. (coord.), *Crisis y migración de población venezolana: entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, México, 2019, 125-156. Sobre las características de la migración internacional en América Latina y el Caribe: MARTÍNEZ PIZARRO, J., *América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, Santiago de Chile, 2008, espec. capítulo II, 83-184.

⁷PALACIOS, M.T., BRICEÑO, N., *Migración y desarrollo: análisis de la migración en seis países de la región*, en *Forum Syd*. Disponible en: https://www.forumciv.org/sites/default/files/2021-09/Migraciones%20y%20Desarrollo%20%20comp%20-%20P%C3%81GINAS_1.pdf.

redor del sur” que se ha formado entre Venezuela y Chile⁸ se encuentra conformado por flujos de ida y vuelta, con poblaciones en permanente circulación y tránsito.⁹ Este “corredor del sur” alimenta un flujo constante de seres humanos y de derechos que viajan con ellos y que chocan con las diferentes legislaciones en las fronteras de los países vecinos.

Aunque la evolución de las cifras, de las normativas y las políticas públicas en los tres países analizados en el proyecto, se encuentran en clara vinculación con lo que ocurre en otros países de la región con sus cierres fronterizos y sus efectos llamada, los tres países se han convertido en los principales destinos de las personas venezolanas que abandonan su país en busca de mejores oportunidades de vida, o tras el reconocimiento de la protección internacional a título de refugiados o asilados. Países tradicionalmente expulsores de flujos migratorios (como Colombia, debido al conflicto armado) o, por lo menos, no receptores tradicionales de migración (como Perú), se enfrentan con un éxodo de seres humanos que va progresivamente aumentando desde la década de 2000 (Colombia ha registrado los primeros ingresos en esa época tanto de venezolanos como de colombianos que se habían instalado en Venezuela años atrás)¹⁰ y se ha incrementado desde el 2015 tanto en Ecuador como en Perú.¹¹

Según la Plataforma de coordinación para refugiados y migrantes venezolanos (R4V) (2021)¹² a finales de marzo de 2021 se contabilizan 5.8

⁸ PEDONE, C., *Reconfiguración de los flujos migratorios en América del Sur. Desafíos teóricos y metodológicos desde las perspectivas transnacional e interseccional*, en GALAZ, GISSI y FACUSE (eds.), *Migraciones Transnacionales: inclusiones diferenciales y posibilidades de reconocimiento*, Chile, 2020.

⁹ Según las encuestas analizadas en el Informe Panel 1, cit., p. 6 “El intento de alcanzar de nuevo Venezuela se debe a situaciones de violencia y xenofobia, pérdida de los ingresos básicos de subsistencia, persecuciones por trabajo en el espacio público por parte de las fuerzas policiales, incapacidad para pagar arriendos etc. Al igual que se producían las migraciones en condiciones precarias y a pie, estos movimientos de retorno se producen de la misma forma, prolongando los tránsitos o haciendo que los migrantes pasen, una vez más, por estancias prolongadas en países que ya habían sido lugares de paso”. Cabe destacar que la pandemia del Covid-19 ha complejizado aún más la situación migratoria de estas grandes masas de población en situación de tránsito migratorio, fortaleciendo las llamadas “migraciones en reversa”, de retorno a Venezuela, a pesar de los confinamientos y semi-confinamientos obligatorios que se han dado durante la pandemia y los cierres de fronteras, e incluso la militarización de estas. Inmovilidad en las Américas, 2020. Disponible en <https://www.inmovilidadamericas.org/>.

¹⁰ PALACIOS, M.T., LONDOÑO, B., LOZANO, A., “*Nuevas realidades de los flujos migratorios hacia Colombia*”, *Migración y derechos Humanos: el caso colombiano, 2014-2018*, Bogotá, 2019, 11-49.

¹¹ Se pasa de 2.924 personas venezolanas instaladas en el país en el Censo de 2007, a 51.933 en el Censo de 2017, 859.659 a finales de 2019 (BARBIERI *et al.*, 2020) y 1.049.920 a finales de 2020.

¹² Se trata de 159 organizaciones (incluyendo Agencias ONU, sociedad civil, organiza-

millones de venezolanos/as en situación de movilidad. De ellos/as, aproximadamente 4 millones estaban instalados/as en distintos países de la región; un millón se encontraría en situación pendular, es decir, ubicados/as entre Venezuela y otro país de la región; 625.000 habían retornado en los últimos años; y unas 300.000 personas estaban en situación de tránsito migratorio, a pesar de la situación compleja en términos sanitarios y económicos, así como los cierres fronterizos debido a la pandemia del Covid-19 (R4V, 2021).¹³

1.2. *El contexto político y normativo*

Aunque existe un alto porcentaje de personas en situación de irregularidad, y diversidad de fuentes que reportan el fenómeno, con datos que cambian frecuentemente, es evidente que la coyuntura migratoria se ha convertido en un problema de gran urgencia y requiere de políticas migratorias y reglas jurídicas compartidas entre los Estados involucrados, además de la formación de operadores profesionales, que sean expertos y con capacidades para afrontar y dar respuestas a los nuevos retos que propone la movilidad humana desde las fronteras de los tres países (desde diversas áreas de análisis, tales como el perfil socio laboral, económico, reconocimiento de derechos humanos, enfoque diferencial y de género, entre otros). Las razones culturales y económicas que han caracterizado a los tres países como expulsores de migración han traído como consecuencia un evidente atraso de los Estados en la construcción de una política migratoria integral y han facilitado respuestas a veces improvisadas.

Las principales problemáticas destacadas en la fase de elaboración de la propuesta se pueden sintetizar en tres puntos:

1) Naturaleza coyuntural de las acciones para abordar la migración: todas

ciones basadas en fe, ONGs, entre otros) coordinadas bajo el Plan de Respuesta para Refugiados y Migrantes de Venezuela (RMRP) en 17 países de América Latina y el Caribe. Disponible en: <https://www.r4v.info/es/home>.

¹³ Según el Informe Panel 1, cit., 5, los datos actualizados de los tres países andinos, en 2021, son los siguientes: Colombia: 1.742.927 entre migrantes, refugiados y solicitantes de refugio hasta el 31 de enero de 2021; 720.112 con permisos de residencia a 31 de diciembre de 2020; el 83% de la población venezolana se encontraba en situación irregular; 8.824 solicitantes de refugio; Perú: 1.049.920 entre migrantes, refugiados y solicitantes de refugio hasta 31 de diciembre de 2020; 465.858 con permiso de residencia a 12 de febrero de 2021; 532.303 solicitantes de refugio a 31 de diciembre de 2020; Ecuador: 431.207 entre migrantes, refugiados y solicitantes hasta el 5 de abril de 2021; 202.489 con permisos de residencia a finales de agosto 2020; 45% de la población venezolana se encontraba en situación irregular; 3.081 solicitantes de refugio de 2018 a febrero de 2021, solo 427 habían obtenido el estatus.

las políticas migratorias han partido del presupuesto de que el factor impulsor de la diáspora es temporal, y que la problemática se pudiera resolver en un par de años (la temporalidad de los permisos es emblemática de la visión del proceso migratorio en términos de corto plazo);

- 2) Estatus del migrante venezolano y riesgo de apatridia (desde 2015, menos de la mitad de los venezolanos que salieron de su país han recibido un estatus regular en el Estado receptor);
- 3) Falta de coordinación en las medidas y ausencia de un marco legal actualizado e integral, con mutaciones de las políticas migratorias al interior del mismo Estado, alternando medidas de flexibilidad sin barreras a la movilidad de las personas (Colombia), pero carentes de capacidad institucional suficiente y efectiva para atender esta realidad, a medidas restrictivas tendientes a la exigencia de requisitos como el pasaporte o la visa humanitaria (Perú y Ecuador, a pesar del derecho de entrada o *ius migrandi* y la ciudadanía universal de la Constitución de Ecuador, § 1.3).

También los procesos electorales de Perú y Ecuador han sido marcados por discursos contrarios a la acogida y a la inclusión de los migrantes por parte de los candidatos de diferentes partidos políticos. Los resultados del Informe I de la investigación confirman que las políticas domésticas de los últimos años han sido marcadas por dos distintas posturas:

- A) Una primera que mira la migración venezolana como producto de la crisis interna en Venezuela (típica de Colombia y Brasil, los cuales, durante las presidencias de Duque y Bolsonaro no reconocieron el Gobierno de Nicolás Maduro). La acogida de población migrante y el desarrollo de políticas aperturistas ha sido notoria. En esta postura parecería haberse instalado Ecuador a partir de la victoria del candidato conservador Guillermo Lasso.
- B) Una segunda postura estuvo liderada por el llamado Grupo de Lima,¹⁴ entre los que se encuentran Perú y Ecuador. Estas reuniones llevaron a la Declaración de Quito¹⁵ y el desarrollo de un Plan de Acción de corte

¹⁴ El Grupo de Lima fue una instancia multilateral que se estableció tras la denominada Declaración de Lima, el 8 de agosto de 2017 en la capital homónima, donde se reunieron representantes de catorce países con el objetivo de dar seguimiento y acompañar a la oposición venezolana para buscar una salida pacífica a la crisis en Venezuela.

¹⁵ El “Proceso de Quito” es el nombre que se le ha dado a las reuniones y compromisos establecidos entre países de América Latina para coordinar la respuesta a la crisis migratoria venezolana. La primera reunión se llevó a cabo en Quito, Ecuador, los días 3 y 4 de septiembre de 2018, para “intercambiar información y buenas prácticas, con miras a articular una coordinación regional con respecto a la crisis migratoria de ciudadanos venezolanos en la región”. Véanse las Declaraciones en la página <https://www.procesodequito.org/es>.

más regional en 2018 que contó con el apoyo de organismos internacionales. Esta postura rompe con la confrontación directa con Venezuela y lleva a interpretar los flujos de migrantes venezolanos dentro de una “crisis” regional que debe ser pensada conjuntamente. En la práctica, en estos países se fueron estableciendo paulatinamente políticas migratorias extremadamente restrictivas frente a la llegada de estas poblaciones.

El análisis de los datos de la migración venezolana en los tres Estados miembros del proyecto REMOVE ofrece un contexto desigual de las normativas y de las políticas internas de gestión de la movilidad, que intentamos sintetizar en seguida (Informe I, § 2.2.).

En general, hasta los últimos años se siguió actuando dentro de un marco normativo obsoleto, como sucede con la aplicación de la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951, la cual no ofrece una respuesta flexible a la multitud de causas que pueden originar el refugio. Cabe destacar que, aunque los países socios son parte del Protocolo Facultativo de 1967 y de la Declaración de Cartagena de 1984, existen numerosas restricciones para acceder a la condición de refugiado.

En los últimos años los tres países aprobaron reformas o nuevas leyes para solucionar la ausencia de una normativa migratoria que llevaba únicamente a la adopción de acciones de regularización de corto plazo. En 2017 tanto Ecuador (Ley orgánica de Movilidad Humana,¹⁶ como desarrollo del nuevo texto constitucional, con la cual se introdujo el concepto novedoso de ciudadanía suramericana y se introdujo la visa regional UNASUR), como Perú (Decreto Legislativo 1350 de 2017) aprueban nuevas leyes de migración; en cambio en Colombia hubo que esperar hasta 2021 para la aprobación del Estatuto Temporal de Protección de Migrantes Venezolanos-ETPMV.¹⁷

Todas las reformas necesitaron de sucesivos actos de implementación y de aclaración sobre los procesos de entrega de las visas u otros permisos temporales, los cuales, aunque con medidas diferentes, bloquearon o retrasaron el desarrollo de los principios inspiradores de las reformas. Particularmente tortuoso fue el desarrollo de la Ley de Ecuador y la vigencia de la visa regional UNASUR, la cual permitía solicitar una residencia

¹⁶Ley orgánica de Movilidad Humana publicada en Registro Oficial Suplemento 938 de 06-feb.-2017, modificada en 2021 por medio de la Ley Orgánica reformativa de la Ley Orgánica de Movilidad Humana publicada en el Tercer Suplemento Registro Oficial Núm. 386 publicado el 5 de febrero del 2021.

¹⁷Decreto presidencial 216 de 1 de marzo de 2021 “Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria”.

temporal de dos años que después se podía transformar en permanente, según el Plan integral de atención a ciudadanos venezolanos, 2018-2019.

Tras la adopción de varios Acuerdos Ministeriales¹⁸ con los cuales se modificaban los requisitos para la petición de visa y consecuentes demandas de inconstitucionalidad,¹⁹ y la introducción en 2019 de la Visa de Excepción por Razones Humanitarias (VERHU),²⁰ el 12 de febrero de 2021 Ecuador suspendió la emisión de visas UNASUR como una medida más de barrera a los procesos de regularización de la población venezolana.

Los cumplimientos burocráticos y los requisitos previos muy estrictos de la normativa de implementación – ej. la presentación al ingreso del pasaporte (Perú 2019), además con una vigencia mínima de seis meses (Ecuador 2018) llevaron a una verdadera crisis humanitaria en las fronteras.

La aplicación de la legislación internacional para el reconocimiento de la condición de refugiado es deficitaria en los tres países y, al mismo tiempo no están coordinadas entre ellas,²¹ como no coordinadas son las medidas para dar especial atención a grupos vulnerables como los niños, las niñas, adolescentes y menores no acompañados, además de la población venezolana transgénero.²²

¹⁸ Acuerdo ministerial de Cancillería Núm. 242 de 16 de agosto de 2018, Requerimiento de pasaporte para ciudadanos venezolanos. Acuerdo Ministerial No. 243 de 17 de agosto de 2018. Excepción de pasaporte a niños, niñas y adolescentes venezolanos. Acuerdo ministerial de Cancillería Núm. 244 de 22 de agosto de 2018. Ingreso de ciudadanos venezolanos con cédula de identidad. Acuerdo interministerial Núm. 001 de 21 de enero de 2019. Obligatoriedad de presentar pasado judicial para ciudadanos venezolanos.

¹⁹ La demanda de inconstitucionalidad de la Defensoría del Pueblo Ecuatoriano fue admitida a trámite por la Corte Constitucional, la cual suspendió la aplicación de las normas el 27 de marzo de 2019. Causa Núm. 0014-19-IN. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5ca3a96c4.pdf>.

²⁰ Decreto Ejecutivo Núm. 826 de 25 de julio de 2019 por el cual se pone en funcionamiento la Visa de Excepción por Razones Humanitarias (VERHU).

²¹ En Colombia las normas del ETPMV nacieron con una falta de coordinación entre el Permiso de protección temporal y la solicitud de refugiado; además, ha sido necesaria la intervención de la Corte Constitucional para solucionar el tema del plazo razonable en el que deben tener respuesta las solicitudes: Corte Constitucional, sentencia T-250 de 2017, ponente Alejandro Linares Cantillo. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-250-17.htm>. En Perú el Plan nacional de Derechos Humanos 2018-2021 dedica por primera vez un capítulo a la movilidad humana en todas sus formas, incluyendo apátridas y refugiadas.

²² Los enfoques diferenciales son bastante escasos en las normativas sobre migración de los tres países, sin embargo, se están adoptando algunas medidas por medio de los actos administrativos de implementación, como en Colombia (Unidad administrativa especial migración Colombia, Resolución núm. 0971 de 2021 de 28 de abril de 2021, por la cual se implementa el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos adoptado por medio del Decreto 216 de 2021): PALACIOS, TORRES, M.T., *Una mirada en torno a la realidad de las mujeres migrantes en materia de derechos humanos desde el contexto nacional al inter-*

2. *El impulso del formante doctrinal para el desarrollo de un programa común sobre migración en la región andina*

En la época de la aplicación al programa Capacity Building (febrero de 2020), las ofertas académicas de las universidades de Colombia, Ecuador y Perú en tema de migración eran muy pocas y abordaban temáticas limitadas y de derecho interno.

La situación fáctica y el contexto político y normativo, junto a la insuficiencia de la oferta formativa llevaron al consorcio a trabajar sobre una propuesta académica innovadora para ayudar a las instituciones nacionales y los órganos que actúan en el tema de la migración. De hecho, el objetivo principal del proyecto consiste en generar el mejoramiento de capacidades de formación en temas de movilidad humana en los países involucrados, a través del diseño de espacios de formación, en el seno de las Universidades socias. Los profesores latinoamericanos capacitados en las universidades europeas durante el desarrollo del proyecto deberán apoyar a sus propias instituciones en los procesos de modernización de los currículos. La idea es que desde la academia se aborden problemáticas de coyuntura social y se pueda soportar la búsqueda de soluciones coherentes, integrales y compatibles con el cumplimiento de los derechos humanos.

Desde los primeros intercambios de ideas para avanzar en la propuesta del proyecto, el consorcio ha programado sus actividades para promover una cultura receptiva y abierta a la migración, a través de las instituciones socias, integrada por procesos de formación en temas relacionados con la migración, el asilo, el refugio, la condición de apatridia etc., no solo desde el punto de vista normativo e institucional, sino desde una óptica multidisciplinar, típica de los estudios comparativos que soportan el proyecto REMOVE.

Por estas razones el consorcio decidió abordar la situación desde un concepto más amplio, flexible e integral, como el de movilidad humana, el cual no solo se circunscribe a la clásica segmentación propuesta por el derecho internacional respecto de la migración por motivos económico-

nacional, en *La mujer migrante en Colombia: análisis de sus derechos humanos desde el contexto regional 2014-2018*, Bogotá, 71-138. En Ecuador el perfil mayormente tutelado en la Ley de migración es relativo a la niñez y adolescencia, sin embargo, las medidas restrictivas que se pedían a la frontera impidieron el pleno desarrollo de la Ley, así que en octubre del 2018 varios ministerios firmaron el “Protocolo de Atención a Niñas, Niños y Adolescentes en Situación de Movilidad Humana”, éste, sin embargo, ha tenido muy poco recorrido. En Perú en cuanto a medidas y políticas de atención a migrantes venezolanos, en 2017 se aprueba el decreto legislativo No 1350 de Migraciones (6 de enero de 2017) y su Reglamento (DS Núm. 007-IN del 27 de marzo de 2017, a través del cual se aprueba la política migratoria nacional 2017-2025 bajo un enfoque de derechos humanos, inclusión y género.

laborales, sino que comprende varias realidades, entre ellas, la migración en la que media voluntad y deseo de mejorar la calidad de vida de las personas, el refugio y el asilo, las situaciones de apatridia y el desplazamiento interno por diversas causas, en el marco de aplicación de los principios Deng (ONU, Comisión de Derechos Humanos, 1998).

Así lo ha explicado la OIM, indicando que la utilidad de este concepto reciente consiste en “integrar en una sola idea a todas las formas de movimiento de personas, como el refugio, la migración internacional, la movilidad forzada por delitos transnacionales (trata de personas), la movilidad en el marco de sistemas de integración, entre otras.” (OIM. Gestión Fronteriza Integral en la Subregión Andina. Módulo de capacitación para una gestión fronteriza integral que garantice los derechos humanos de las personas en movilidad y combata la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. 2019).

El consorcio decidió utilizar la categoría de la movilidad humana debido a su carácter más integral, tomando como referencia el caso de Ecuador que ha permitido entender las decisiones forzadas o no que toman las personas y colectivos para trasladarse de un lugar a otro.

Igualmente, se decidió adoptar una categoría (y una palabra) típica del contexto de América del Sur, eso es el término convivencia, en cambio del término inclusión, que en el contexto europeo tiene una connotación más abierta y garantista. Optamos por el término convivencia, tomando como referencia el caso ecuatoriano y cuestionando las limitaciones que presentan términos como inclusión e integración, porque denotan un proceso de adaptación y adopción de los modelos existentes, lo cual refleja prácticas que dificultan los procesos de fusión y de respeto a los acumulados culturales que las poblaciones presentan en situaciones de movilidad humana.

Ya en estas primeras elecciones relativas a las categorías a desarrollar y regular se nota el aporte de la academia en la construcción teórica de un derecho migratorio común a los países de la CAN.²³

2.1. El intercambio académico entre estudiosos europeos y latinoamericanos

La sucesiva investigación desarrollada durante el primer año del proyecto (2021) sobre la oferta académica en el tema migratorio ha confir-

²³ Un esfuerzo de la academia al interior de los países miembros del proyecto ya estaba avanzando en Colombia, en el Norte de Santander, entre los académicos de las distintas universidades del Departamento para elaborar un documento conjunto sobre unos asuntos relevantes para la migración en la frontera con Venezuela: RAMÍREZ ARCO, H.E., *Fronteras en alerta: ¿qué viene para Cúcuta y el Catatumbo? Documento ruta país 1*, Bogotá, 2020, 52-53, 99 ss.

mado que esta no es particularmente amplia, aunque un poco más respecto al año anterior y ha evidenciado un vacío preocupante en la oferta académica peruana (prácticamente inexistente en el tema migratorio).²⁴

Para empezar un proceso de innovación de las ofertas académicas en los tres países involucrados en el proyecto, el grupo de estudiosos liderados por sus respectivos referentes REMOVE²⁵ trabajó desde un principio para individualizar las principales temáticas a incluir en los cursos de capacitación a cargo de las universidades europeas del proyecto.

Por medio de la selección de temáticas poco tratadas en los *curricula* académicos latinoamericanos o emergentes en el debate político nacional e internacional del área interesada al flujo migratorio, empezó un intercambio cultural entre los profesores latinoamericanos y europeos.

Las necesidades específicas de formación fueron identificadas y redactadas en un documento de los cuales compartimos los puntos fundamentales, según dos grandes trayectorias:

La primera dedicada al conocimiento del contexto – antes de los textos – del fenómeno migratorio venezolano y de unas categorías que se podrían aplicar a su estudio:

1. **Reflexión sobre el concepto de otredad y las nociones de nacionalidad, ciudadanía y extranjería.** Se propone una reflexión desde la filosofía del Derecho, la historia y la sociología que permita comprender la necesidad de replantear los conceptos de pertenencia a una comunidad política, como presupuesto para la satisfacción y reconocimiento de los derechos al interior de los Estados. Una capacitación en esta materia permitiría la comprensión y los problemas de la aplicación de las categorías jurídicas a partir del concepto de otredad, y podría contribuir a un entendimiento diferente de la migración, que conduzca hacia conceptos más amplios de movilidad humana y ciudadanía universal.

²⁴ Las ofertas académicas han sido analizadas en el ámbito del Work Package número 1 del proyecto REMOVE titulado “Análisis específico de la situación existente en tema de migración” coordinado por la Universidad Flaco y elaborado por GÓMEZ, C., 2021, Informe Panel 2 (WP1). Oferta de programas y acreditaciones. Documento interno proyecto REMOVE. Estas son las observaciones, en síntesis: “Existe una oferta académica en temas migratorios con muchas diferencias en los tres países. El caso de Perú contrasta con el de Colombia en donde el número de programas de posgrado (dos maestrías y tres diplomados) y de cursos sobre la temática es mucho más amplio a nivel nacional. Ecuador estaría en una posición intermedia con tres universidades en el país que ofertan programas de posgrado relativos a la temática migratoria y otras universidades que ofertan cursos específicos (de formación continua o dentro de otros programas). La mayoría de estos cursos son académicos, no necesariamente dirigidos a profesionales”.

²⁵ Liliana Estupiñán Achury por la Libre, Lina Parra por la UASB, Ena Carnero por la Universidad de Trujillo, Carmes Gómez por la FLACSO; Gorki Gonzales por la PUCP, coordinados por Manuel Restrepo de la Universidad del Rosario.

2. **Comprensión del contexto geopolítico de Venezuela.** Este es un componente fundamental para percibir de una manera holística la realidad venezolana y los factores que impulsan la emigración de estos nacionales hacia otros países de la región. Así mismo, se hace necesario conocer el estado de sus derechos en el país de origen, con miras a generar propuestas académicas que aporten a la reflexión sobre cómo la región puede coadyuvar al mejoramiento de las condiciones de este país, a través de acciones de política regional e internacional.
3. **Reflexiones sobre la tensión entre la soberanía de los Estados y el cumplimiento del marco normativo de los DDHH en contextos de movilidad.** Debido a que en la región andina las políticas migratorias se siguen construyendo en ejercicio de la potestad discrecional de cada Estado y allí se pueden presentar tensiones con relación al reconocimiento y satisfacción de los derechos humanos, se propone abordar una reflexión en torno a las crisis de atención que se producen en las fronteras, en los escenarios de la migración de tránsito y el control migratorio, así como las situaciones de derivadas de salud pública y control de enfermedades. Lo anterior, debido a que estas situaciones, por lo general, conducen a la adopción de políticas de seguridad restrictivas. Es así como nos preguntamos ¿cómo resolver esta tensión para armonizar el ejercicio de la soberanía nacional con el respeto a la dignidad, la igualdad y los derechos de los extranjeros?
4. **Riesgos asociados a la migración.** Dentro de la realidad migratoria y con ocasión de los flujos mixtos, es frecuente que se presenten conductas que revictimizan a los inmigrantes y los ponen en riesgo. En este sentido, estudiar a profundidad la aplicación de normas que busquen perseguir y erradicar la trata de personas y el tráfico de migrantes, resulta ser un tema de gran pertinencia, toda vez que permite el desarrollo de políticas migratorias integrales que, de un lado, se enmarcan dentro del respeto a los derechos humanos, y del otro persiguen a quienes instrumentalizan a las personas en movilidad. Al propio tiempo resulta menester ocuparse de las situaciones de orden penal y penitenciario en que puedan encontrarse los migrantes procesados o condenados por infringir la legislación penal del Estado de acogida.
5. **Nuevos desafíos en materia de protección internacional y realidades no reguladas.** La migración, tal y como está concebida por los marcos normativos actuales, presenta numerosos retos en términos de satisfacción de derechos. Al margen de ello y de que su estudio es una cuestión prioritaria para el Proyecto, también existen nuevas realidades que generan mayor presión a la situación, entre ellas, los desafíos a sucesos migratorios no regulados o reconocidos por la normativa,

tales como el cambio climático, los movimientos de personas originados por megaproyectos de desarrollo, la restricción conceptual y jurídica derivada del concepto del refugio, la excesiva vulnerabilidad de la población inmigrante producida por la pandemia del Covid-19 y las medidas de salud pública que restringen aún más sus derechos.

6. **Amplitud del concepto de refugio:** Desde los contextos de protección regional (interamericano y africano) se han desarrollado propuestas que resultan ser omnicomprensivas para responder de manera dinámica a la necesidad de protección internacional más allá del refugio.
7. **Transversalización de los enfoques diferenciales y de género en la comprensión de la migración.** Con el propósito de contar con un abordaje integral de la migración en lenguaje de derechos humanos, se hace necesario analizar la importancia de los enfoques diferenciales y de género en las acciones que emprendan los Estados para dar abordaje a los movimientos de personas. En ese sentido es de interés de los socios profundizar sobre el diseño, implementación y evaluación de estos elementos en la temática del proyecto.

La segunda trayectoria reúne puntos (y preguntas) dirigidos a conocer el fenómeno migratorio en Europa y a las respuestas que tanto en términos políticos supranacionales (Unión Europea) como en términos jurisprudenciales han sido elaboradas. Estos dos puntos cristalizan una actitud y una modalidad de estudio que se viene desarrollando desde hace unos años en América Latina, como lo es la búsqueda de estándares de protección de los derechos humanos elaborados por parte de la Corte Interamericana y su tentativa de comparación con los de la Corte Europea de Derechos Humanos, tentativa que sufre de un error básico de interpretación sobre el (diferente) funcionamiento de los dos órganos regionales de protección de los derechos.

8. **Protocolos de actuación de Organizaciones y Agencias internacionales y Buenas prácticas en materia migratoria.** Además de la normativa vigente en cada país, así como a nivel regional e internacional, un gran aporte de los socios europeos para los latinoamericanos podría consistir en la identificación de Buenas prácticas y conocimiento de procedimientos puntuales para la efectiva atención de la población migrante. Este componente se podría presentar a partir de las experiencias y estudios de caso concretos sobre la gestión de la migración por parte de las organizaciones y agencias internacionales, como la Cruz Roja Internacional o ACNUR.
9. **Experiencia y gestión migratoria europea.** El proceso de integración de la UE, en razón del cual se ha llegado a la formulación de políticas y elaboración y aplicación de una normativa común en materia migratoria, podría transmitir interesantes lecciones aprendidas para la

gestión de los flujos migratorios en América Latina, a raíz de que estos, en América del Sur, no han llegado aún a una madurez suficiente para promover políticas comunes que sean implementadas por todos los Estados Parte de sus sistemas de integración (CAN y Mercosur).

10. **Diálogo entre la jurisprudencia de tribunales internacionales en materia migratoria.** Bajo el presupuesto de que el método de la comparación normativa representa una gran herramienta para el desarrollo del proyecto, se propone el estudio y la reflexión sobre los principales aportes jurisprudenciales del TEDH y de la Corte IDH en lo atinente al reconocimiento de los derechos de los migrantes. Lo anterior, con el propósito de identificar aportes particulares de cada sistema y poder hacerlos aplicables en los escenarios de derecho interno por vía de la aplicación del control de convencionalidad.

Para intentar contestar a estas demandas relativas a los temas a desarrollar en los cursos de capacitación a organizar a lo largo de los tres años del proyecto, se ha fortalecido la oferta académica que ya estaba prevista en la fase de propuesta del proyecto, la cual incluía temas y metodologías de investigación jurídica y social novedosos como son: derecho comparado, derecho transnacional, enfoque diferencial e intercultural, derecho migratorio; gestión de las crisis migratorias, modelos de *burden sharing* (reparto de cargas), seguridad y políticas de relación con los países fronterizos, instrumentos jurídicos y sociales de gestión de la movilidad humana, desarrollo de programas de integración cultural y prácticas de acogida.

3. La propuesta de un módulo común para los cursos sobre la movilidad humana

Los antecedentes expuestos en los apartados anteriores, tanto sobre el contexto de la movilidad humana y las particularidades del caso venezolano, como respecto del vacío de formación existente al respecto en la región, validó la necesidad de crear un programa académico sobre movilidad humana para los países del área andina, como principales receptores de la emigración venezolana, a tono con la formulación inicial del objeto del Proyecto REMOVE.

Para el desarrollo de la propuesta formativa común, se definió una estructura curricular que aborda interdisciplinaria y multidimensionalmente la movilidad humana generada desde las fronteras venezolanas hacia los países del área andina, de manera que no solamente se abordan los conceptos fundamentales sobre migración, refugio, asilo y apatridia, sino que se explican las nuevas realidades de la movilidad humana interna e

internacional, se plantean los enfoques diferenciales para un abordaje de mayor protección de derechos y se exponen los riesgos de tráfico y trata a los cuales se exponen los migrantes.

De esta manera, el diseño común del curso que se encuentra en proceso de construcción comprende los siguientes ejes temáticos:

1. **Migración Internacional.** Este primer apartado contextualiza la realidad de la movilidad humana como una constante histórica, cuya principal, aunque no única razón, ha sido la motivación económica; la presentación de esta realidad es respaldada con cifras actualizadas de la OIM. A partir de la contextualización de la movilidad humana, el módulo explica los conceptos básicos para la comprensión del fenómeno: emigración, inmigración, migrante, migración regular, migración irregular, migración laboral. Con base en la comprensión de estos conceptos básicos, se pasa a explicar el cruce de fronteras como enclave donde se concreta la movilidad internacional y el papel que juega la voluntad en la decisión de traspasarlas para efectos de determinar las vías jurídicas para la protección de los derechos de quienes las cruzan, a diferencia de otras situaciones en las cuales, por no mediar esa voluntad, el tratamiento jurídico a nivel nacional e internacional es diferente.
2. **Refugio, asilo y apatridia.** Este componente se divide en tres partes. En primer lugar, desarrolla algunos conceptos básicos sobre la protección de los refugiados que aparecen tanto en el lenguaje jurídico internacional como latinoamericano. En segundo lugar, se señalan las principales normativas en las que se ha basado la idea de la protección internacional, haciendo hincapié en las de carácter regional, marcadas por su naturaleza innovadora y garantista. Finalmente, se muestran las cifras y tendencias más actuales en los flujos externos de carácter forzado, así como las principales contradicciones que se dan entre el discurso, las normativas y su aplicación práctica en un momento particularmente importante como el actual, ya que el número de personas en necesidad de protección internacional es cada vez más abultado y se necesitan respuestas políticas, jurídicas y sociales acordes con la situación en la región.
3. **Movilidad humana interna.** Este apartado pone de presente la situación particular de las personas que se encuentran en situación de movilidad, cuya vulnerabilidad es menos visible, porque se desplazan sin traspasar sus fronteras nacionales, dejando exclusivamente en manos de los Estados de origen la atención humanitaria y la solución estructural del desplazamiento forzado que, donde ocurre, afecta a millones de personas, conforme ha sido establecido por la ACNUR. A continuación, se analizan las implicaciones que el desplazamiento forzado in-

terno genera sobre los derechos humanos desde una visión interseccional, se expone de manera detallada su ejemplificación con el caso colombiano, explicando tanto los instrumentos internacionales como la normativa interna para su atención, y se plantea la situación de desplazamiento interno a que se pueden ver sometidos los migrantes venezolanos, es decir, el sometimiento a desplazamiento de quienes ya han sido desplazados fuera de sus fronteras nacionales.

4. **Nuevas realidades frente a la movilidad humana.** Este componente relaciona y explica cuatro eventos recurrentes que en la actualidad están comenzando a generar y pueden llegar a incrementar significativamente los flujos de movimientos de personas que traspasan las fronteras de sus países de origen por la inviabilidad que, para la continuidad del desarrollo de sus vidas, implican esos fenómenos. Se trata del cambio climático, los desastres naturales, los grandes proyectos de desarrollo de infraestructuras y las pandemias. En este capítulo se explica en qué consiste cada una de estas nuevas realidades y cuáles son las implicaciones que ellas generan sobre las poblaciones afectadas, y se exponen los motivos por los cuales tales fenómenos derivan en flujos migratorios no voluntarios que demandan la adopción de nuevos instrumentos para la protección de los derechos de esta nueva clase de migrantes o la reinterpretación de los ya existentes, que fueron formulados para atender la migración generada por otras causas, para adecuar su aplicación a estas nuevas razones para la movilidad humana.
5. **Enfoques diferenciales de la movilidad.** Si bien la movilidad, aun si es voluntaria, habitualmente acarrea una situación de vulnerabilidad de todas las personas migrantes respecto de la protección y el acceso al disfrute de sus derechos, es mayormente impactante sobre ciertos grupos poblacionales dentro de los migrantes, que por sus características o porque por su condición han sido sujetos históricamente discriminados en sus Estados de origen, de manera que en este capítulo se identifican cuáles son esos grupos más vulnerables (menores no acompañados y separados de sus familias, niños y niñas, adultos mayores, mujeres, población en condición de discapacidad, poblaciones indígenas y otros grupos étnicos, habitantes en situación de calle, trabajadores/as sexuales y población sexualmente diversa) y los enfoques diferenciales con los cuales deberían ser atendidos para evitar que, aparte de la situación de indefensión o riesgo en que los coloca la condición de migrantes, sufran una doble discriminación a causa de su pertenencia a un grupo poblacional de mayor vulnerabilidad.
6. **Riesgos asociados a la migración.** El sexto componente del módulo de formación se ocupa de explicar los riesgos adicionales a los que se ven expuestas las personas en situación de movilidad, quienes en busca de

mejores oportunidades de vida fuera de sus países de origen pueden terminar siendo víctimas de redes de delincuencia internacional que los someten a distintas formas de vulneración de sus derechos, con el agravante de la mayor dificultad de denuncia por la mayor indefensión en que se encuentran por el desconocimiento del idioma, el temor a recurrir a las autoridades por la condición irregular de su permanencia, la falta de recursos económicos, la retención de sus documentos de identidad etc. Así, la población migrante y así se explica en el capítulo, está expuesta al riesgo de ser víctima de tráfico ilícito de migrantes o a cualquiera de las oprobiosas formas de trata de personas (servidumbre, esclavitud, trabajo forzado, mendicidad ajena, matrimonio servil, explotación sexual, explotación laboral, inseminación artificial no consentida).

PARTE I

Perspectivas fronterizas

CAPÍTULO 1

La frontera de los derechos: una perspectiva de teoría sociojurídica

*Bastien Charaudeau Santomauro*¹

SUMARIO: 1. Introducción. – 1.1. El problema de los derechos en la frontera. – 1.2. Metodología. – 2. El territorio, la frontera y el margen. – 3. Los términos de la controversia: entre territorio y frontera. – 4. Una ficción de aterritorialidad renovada. – 5. El margen: de los bordes a las latitudes.

1. Introducción

[...] Llego unos minutos antes. En el andén de la estación de tren de Oulx, en Italia, este anuncio se repite como una rutina burocrática: debido a las nuevas medidas adoptadas por el gobierno francés, todo viajero procedente de Italia debe estar en posesión de una prueba de PCR negativa de hace menos de 72 horas y una declaración jurada. Quinta manifestación de la frontera.² Subo al tren Núm. 9248 con destino a *Gare de Lyon*, París. Coche 005, asiento 065. Hay unas diez personas en mi vagón. Gente de color blanca y dos hombres negros, uno delante y el otro al lado mío. Una nueva voz anuncia que los certificados para entrar en Francia están disponibles en el coche 4. Pero finalmente un revisor nos trae los certificados. Todo el mundo coge uno de estos certificados. Miro el mío y lo descubro. Juro por mi honor que no he tenido ningún síntoma asociado al Covid-19, juro por mi honor que no he estado en contacto, que yo

¹ Doctorando en la Escuela de Derecho de Sciences Po (París), Fox International Fellow en la Universidad de Yale y Fellow del Institut Convergences Migrations. Este artículo proviene, por parte, de un primer trabajo publicado en francés en *Voyage et droit public*, Mare et Martin, 2023. Ha sido considerablemente aumentado para este volumen. Le agradezco a Adriana Santomauro por la corrección de las pruebas.

² Este texto etnográfico es de un cuaderno de campo de una investigación realizada en la frontera franco-italiana entre 2018 y 2021. La nota de la que se extrae este pasaje da cuenta de las múltiples “manifestaciones de la frontera” durante un viaje en el que el investigador cruzó la frontera franco-italiana hasta París. Cuando comienza el extracto, nos encontramos en la quinta manifestación de la frontera, en Italia y de camino a París.

sepa, con nadie que esté enfermo de Covid-19, juro por mi honor que me someteré a una posible prueba PCR a mi llegada. De acuerdo. [...] No tengo ninguna dificultad ni ansiedad al respecto, aunque no tenga una prueba de PCR. De nuevo, tengo los medios para facilitar mi relación con el dispositivo de la frontera. No es el caso de mi vecino maliense, que está frente a mí. Se da la vuelta, me entrega su certificado y su pasaporte y me dice en un italiano somero “*io non so...*”. Me entrega sus documentos. Relleno el certificado por él. El Sr. X, nacido el 1 de enero de 1990 en Bamako, Malí. Le pido su dirección, que debe figurar en el certificado. Me da un certificado de alojamiento. Residiendo en... Asnières-sur-Seine, Francia. Todo lo que debe hacer ahora es firmar.

Próxima parada: Bardonecchia. La última ciudad italiana antes de Francia. Al subir, los revisores controlan los billetes, cosa que no hicieron en Oulx. El tren reanuda su viaje. Pasan unos minutos y cruzamos la línea fronteriza, se ven los primeros edificios franceses entre las montañas. Llegamos a Modane. “*Benvenuti in Francia*”. Bienvenido a Francia. El tren se detiene, entran nuevos pasajeros y veo por la ventanilla a tres gendarmes vigilando el andén. Al cabo de unos instantes, una patrulla de seis policías fronterizos (PAF³) entra en el vagón. Sexta manifestación de la frontera. “¿Haces el anuncio? – Sí”, y a continuación una mujer exclama en voz alta: “Señoras y señores, policía de fronteras. Saquen sus documentos de identidad, sus certificados y la prueba PCR, por favor”. Los seis agentes revisan el coche. Resulta que no verifican los certificados y las pruebas de PCR, sino sólo los documentos de viaje y de identidad. Saco mi carné de identidad y mi declaración jurada, que coloco en la mesita que tengo delante. Preparo mis argumentos. Un agente llega a mi nivel, mira brevemente mi DNI sin acercarse a mí y dice enseguida “ah, está bien señor”. Control realizado. Al mismo tiempo, mi vecino maliense parece tener un problema. Escucho los comentarios del agente que lo controla escrupulosamente. El hombre tiene un pasaporte válido, pero su permiso de residencia está caducado. No puede presentar un permiso de residencia vigente, sólo tiene un recibo si lo he entendido bien. “Eso no le permite entrar en Francia, señor”. Un problema similar afecta a su amigo, que al parecer también es maliense. El policía vacila y se dirige a su colega. “¿Qué hacemos? – Vamos, llévatelos”. “Tome sus cosas, señor, vamos”. Los detenidos bajaron del tren. Ahora estoy mirando por la ventana. La policía pide a los detenidos que se coloquen junto a un muro. Hay siete en total, rodeados por media docena de agentes. El control que ellos tenían sobre su movilidad cesa en este punto. Observo la escena desde mi asiento, hago una foto para documentar la detención y envío un mensaje a la Anafé.⁴ La asociación organiza líneas telefónicas de ayuda jurídica en las “zonas de tránsito” (“*zone d’attente*”⁵). Si detienen a estas personas en la zona de

³ PAF corresponde a «*police aux frontières*» (policía de fronteras), el cuerpo del policía nacional dedicado a controlar las fronteras francesas.

⁴ La asociación nacional de asistencia fronteriza para los extranjeros (Anafe) está especializada en la defensa de los derechos de los migrantes en las fronteras francesas.

⁵ El eufemismo jurídico «*zone d’attente*» se refiere a la zona de detención de extranjeros a quienes le denegaron el acceso al territorio nacional en los espacios fronterizos franceses.

tránsito de Modane y está prevista un servicio de guardia telefónica para el día siguiente, los voluntarios podrían llamar prioritariamente a Modane (hay unas cuarenta zonas de tránsito en la Francia continental, a veces están vacías y no es posible llamarlas a todas durante un servicio de guardia telefónica). Celia de la *Anafé* me responde rápidamente. “Gracias por la información, es posible que les expulsen directamente con el próximo tren que sale de Modane hacia Italia a las 7 de la tarde. Pero voy a contactar la oficina de guardia para avisarles si no es así”. El tren vuelve a ponerse en marcha y me siento en un vagón en el que, a partir de ahora, toda la gente es blanca.

[...] Son más de las 10 de la noche. El tren reduce la velocidad, llegamos a *Gare de Lyon*. La última manifestación de la frontera. Salgo del tren y, mientras camino por el andén, veo a otro agente de aduanas, con guantes de látex azules y vestido de civil, inspeccionando la bolsa de un pasajero. Continúo mi camino hacia la salida, pero tengo que parar. Al final del andén, una multitud se reúne a la altura de los quioscos de salida, el movimiento habitual de los viajeros apresurados que se dirigen al vestíbulo de la estación se interrumpe. Les controlan de nuevo a todos: billete de tren y prueba PCR. Como la *Gare de Lyon* está abierta al tráfico internacional, puede ser objeto de controles fronterizos (art. 78-2, párrafo 4 del Código de Procedimiento Penal). [...] El policía mira mi billete y rápidamente me dice, sin pedir ningún otro documento, “Está bien”. Me libero de esta última manifestación de la frontera. Salgo de la *Gare de Lyon* [...]. El toque de queda está en vigor, pero avanzo con serenidad. Para esta última parte de mi viaje, llevo otro certificado y una razón impecable. Mi viaje está “relacionado con tránsitos ferroviarios, aéreos o de autobús para viajes de larga distancia”, lo que es una razón válida para romper el toque de queda. Esa misma tarde, en ese mismo viaje, se interrumpió la circulación de al menos siete personas, que fueron colocadas en una zona de tránsito o devueltas a Italia.

Este fragmento etnográfico nos invita a cuestionar lo que es la frontera desde un punto de vista jurídico, es decir, tanto cómo el derecho define la frontera como lo que la frontera hace al derecho en general, y a los derechos en particular. De esta escena se desprenden varios elementos. Por un lado, la frontera tiene múltiples texturas. Es la línea geopolítica que delimita el territorio francés del italiano. Pero también se manifiesta más allá de esta línea mediante ciertas infraestructuras e instituciones. Se realiza específicamente a través de los controles policiales. Por fin, está subjetivada por los individuos en la medida en que la frontera no tiene el mismo significado ni los mismos efectos según uno sea francés, italiano o maliense, sea blanco o negro, o hable o no una lengua determinada. Por otro lado, la frontera es móvil y fluida. Es móvil porque no se contenta con esta famosa línea. A través de los funcionarios que realizan los controles, la frontera se va moviendo. Comienza antes de la línea y termina bastante después, en pleno corazón de la capital francesa. Es fluida porque se

adapta a los individuos. El investigador francés y blanco no vivió la frontera de la misma manera que el ciudadano maliense y negro. Esto explica en parte las diferentes subjetivaciones de la frontera. Por último, la frontera organiza la exclusión de determinadas categorías de personas presumiblemente de forma discriminatoria, aunque sólo sea con respecto a la forma en que se realizan los controles en función de los individuos.

Para plantear la cuestión del derecho y la frontera a partir de este caso franco-italiano, basaremos el análisis en un objeto particular: el de los derechos fundamentales de los migrantes reconocidos en los textos internacionales, europeos y franceses y que son aplicables a la frontera franco-italiana. En la sección siguiente, repasaremos el contexto de esta frontera para elaborar la problemática que atraviesa este capítulo.

1.1. El problema de los derechos en la frontera

El 13 de noviembre de 2015, Francia reintrodujo, de forma excepcional, el control en sus fronteras europeas, también llamadas “fronteras interiores”⁶ (con Italia, España, Bélgica, Alemania, Luxemburgo y Suiza). Las fronteras interiores – las del espacio Schengen – están sujetas a una norma europea clara: deben ser cruzadas libremente, es decir, sin control migratorio, por cualquier persona, independientemente de su nacionalidad.⁷ Esto se corresponde con la norma fundamental del espacio Schengen: libertad de circulación dentro del espacio y, como contrapartida, controles reforzados en sus fronteras exteriores. Siete años después, las fronteras interiores de Francia seguían sujetas a esta excepción al derecho común del espacio Schengen, que no suele tener controles fronterizos entre sus Estados miembros. De esta situación surgió un nuevo dispositivo fronterizo. Esto puede denominarse bajo el término no jurídico de “régimen fronterizo”, un conjunto de normas y prácticas que regulan la circulación de personas en una zona fronteriza determinada. Este régimen se caracteriza por al menos tres elementos. En primer lugar, la frontera entre Francia e Italia es uno de los principales focos de migración intraeu-

⁶En la legislación de la Unión Europea (UE), estas fronteras llamadas “interiores” separan a Francia de otros países de la UE dentro del espacio Schengen. Son distintas de las fronteras “exteriores” entre un Estado miembro de la Unión y un tercer país.

⁷Los controles en las fronteras interiores están prohibidos como consecuencia del artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (texto codificado), conocido como “Código de fronteras Schengen”, en adelante “CFS”. El restablecimiento temporal del control de las fronteras interiores está previsto en los artículos 25 a 35 de este texto.

ropea de nacionales de terceros países⁸ hacia Francia.⁹ En segundo lugar, los controles llevados a cabo allí desde 2015 van acompañados de nuevas prácticas administrativas e interpretaciones jurídicas relativas al cruce de la frontera por parte de los migrantes.¹⁰ Por último, estas prácticas e interpretaciones son impugnadas por una parte de la sociedad civil local y nacional, dando lugar a una controversia sociojurídica¹¹ alrededor de la noción de frontera y de los derechos aplicables. Esta controversia, que produce derecho, es tanto más importante cuanto que la legislación de la Unión Europea (UE) sólo establece el régimen de reintroducción de los controles de forma limitada. Por tanto, corresponde en gran medida al gobierno y a los tribunales administrativos franceses precisar el contenido de este régimen derogatorio. Por ello, esta frontera aparece como laboratorio del derecho de controles en las fronteras interiores. Así, numerosos desarrollos legislativos recientes en este ámbito se han originado en los Hautes Alpes y los Alpes-Maritimes, departamentos franceses fronterizos con Italia.¹² Es este laboratorio el que nos interesa aquí. ¿Qué ocurre con los derechos de los migrantes cuando una frontera se somete a un régi-

⁸“Nacionales de terceros países” es el término jurídico del derecho europeo para designar a las personas que no son ciudadanos de un Estado miembro de la Unión europea.

⁹A título indicativo, según las cifras de la Dirección central de la policía de fronteras (DCPAF) y de Eurostat consultadas por la asociación La Cimade, solo en el departamento de los Alpes-Maritimes se emitieron 1.193 denegaciones de entrada en 2015 y esta cifra alcanzó los 44.433 en 2017: <https://www.lacimade.org/statistiques-ce-que-disent-les-chiffres-de-lexpulsion-des-personnes-exilees/>. Más recientemente, en 2021, una media de 94 personas al día fueron devueltas a Italia desde Menton o Montgenèvre. Estas cifras son recogidas por el Consejo de Estado en su decisión de 23 de abril de 2021, N.º 450879, 450987, considerando 22. Cabe señalar que la realidad de la migración en la frontera italiana no puede reducirse a las cifras de no admisión.

¹⁰El término “migrantes” en este texto se refiere a una categoría pseudo-sociológica. No sustituye a los términos legales aplicables (extranjero [ley francesa], nacional de un tercer país [ley europea]) con los que se solapa. En la práctica, el término incluye a las personas que no tienen la ciudadanía europea y que, por su experiencia y estatus, se encuentran en una situación de inseguridad humana, social y política. En la frontera franco-italiana, suelen proceder de países del África subsahariana o de Oriente Medio.

¹¹Tomamos prestado la noción de “controversia sociojurídica” de LENDARO, A., «*Désobéir en faveur des migrants*», en *J. Anthropol.*, 2018.

¹²Es el caso de la ampliación de las exenciones penales relativas al delito de ayuda a la entrada, circulación o estancia ilegal de un extranjero en Francia, introducida en la Ley de Asilo e Inmigración de 2018 (Francia). Estas exenciones pretenden reconocer el derecho a prestar ayuda humanitaria a un extranjero en el territorio nacional. Tienen su origen en una decisión del Consejo Constitucional de 6 de julio de 2018 que amplía parcialmente el principio de fraternidad a determinadas prácticas de acogida. En este caso, se trataba de la acogida solidaria de migrantes por parte de dos habitantes del valle de la Roya, en los Alpes-Maritimes. Por otra parte, la ampliación de la zona de control a una franja de diez kilómetros cerca de la frontera, caso que se trata en el resto de este texto, también tiene su origen operativo en los departamentos fronterizos con Italia.

men jurídico derogatorio, a un conjunto de normas nuevas más o menos determinadas?

La controversia que se desarrolla es sociojurídica, ya que mezcla prácticas discursivas plurales: los argumentos movilizados son jurídicos, morales y políticos. Se desarrolla, en este sentido, según una racionalidad jurídica y un modo discursivo propio de las luchas sociales y políticas. Además, la controversia está animada por diversos actores, como el gobierno francés, la prefectura, los jueces, pero también actores de la sociedad civil, que son legos en derecho. Todos ellos pretenden hacer valer sus interpretaciones de las normas jurídicas. Esto da lugar a luchas interpretativas sobre estas normas. Estas luchas son coconstitutivas de las indeterminaciones legales del derecho público y europeo. Las producen tanto como son fruto de ellas. Siguiendo a Brian Leiter, sostenemos que el derecho puede ser indeterminado con respecto a una situación cuando las fuentes jurídicas, las operaciones legítimas de interpretación o el razonamiento jurídico relativo a ella son indeterminados, es decir, cuando se puede extraer más de una conclusión, *a priori*, de estos elementos.¹³ Añadimos que la indeterminación no es fija sino dinámica, en el sentido de que el grado de indeterminación puede variar o incluso desaparecer en función de las distintas operaciones realizadas, de la jurisprudencia, de la ley y del estado de la controversia que la articula. En este caso, la controversia y las luchas interpretativas se refieren a varias cuestiones jurídicas. La primera es la legalidad de la reintroducción de los controles en las fronteras interiores según la legislación de la UE. Una segunda cuestión se refiere a la calificación de los actos de solidaridad de los ciudadanos hacia los migrantes, que cristaliza en torno al término “delito de solidaridad”. Una tercera cuestión que abordamos en este capítulo es el régimen jurídico aplicable a las interceptaciones fronterizas en el contexto de la reintroducción del control. La controversia en este caso se refiere a los procedimientos a los que deben someterse los extranjeros en la frontera interior y, más concretamente, a sus derechos subjetivos durante estos procedimientos. Esto se traduce en una serie de preguntas pragmáticas: ¿en qué condiciones se puede devolver a Italia a una persona interceptada? ¿Pueden ser detenidas en el curso de este procedimiento? ¿Cómo se aplica el derecho de asilo en la frontera interior? Al tratar estas cuestiones, dirigimos nuestra atención a una pregunta más amplia que estructura lo que sigue: ¿cómo entendemos el lugar de la noción de “frontera” en esta lucha interpretativa? Veremos que el problema se forma en torno a la ambigüedad de la frontera y el territorio. Esta ambigüedad nos lleva a pensar en el margen que une estas dos nociones.

¹³ LEITER, B., “Legal Indeterminacy”, en *Leg. Theory*, 1, 1995, 481.

1.2. Metodología

Este cuestionamiento requiere un enfoque interdisciplinario, ya que es necesario abrir el derecho a formas de pensamiento extrajurídicas no sólo para tratar sus propias ambigüedades, sino también para sacar a luz lo que es problemático. De hecho, el punto de partida de esta pregunta de investigación es una observación empírica. Los medios de comunicación fueron los primeros en llamar la atención del investigador. Sin embargo, sólo un estudio de campo, realizado mediante etnografía participativa, permitió formular las preguntas cruciales que impulsan tanto el problema práctico de la frontera como la reflexión científica que suscita. Así, la metodología de este trabajo combina la etnografía jurídica, el análisis doctrinal y la teoría del derecho. En primer lugar, la etnografía jurídica consiste en observar las manifestaciones del derecho sobre el terreno desde una posición participativa dentro de las asociaciones que defienden los derechos de los migrantes. Esto significa que las observaciones realizadas no sólo se hicieron desde un punto de vista externo, sino también desde un punto de vista interno. El propio investigador ha practicado el derecho en la frontera, ha prestado apoyo jurídico a las asociaciones y a los migrantes y, por tanto, se ha enfrentado al funcionamiento de la ley, a sus discursos y a sus efectos. La etnografía jurídica permite revelar las indeterminaciones interpretativas que constituyen la controversia, comprender cómo surgen y qué producen sobre el terreno. En segundo lugar, el análisis doctrinal, más tradicional para los juristas, da cuenta de la racionalidad jurídica en juego y desenreda las indeterminaciones. Analiza la controversia captando el tecnicismo de la ley e interpretando las normas sobre la base de los principios y la lógica jurídicos. Por último, la teoría jurídica pretende identificar o construir conceptos que permitan comprender lo que se está jugando en las luchas interpretativas. Articula los datos empíricos, el conocimiento sociojurídico que los acompaña y el conocimiento doctrinal para desarrollar una teoría interdisciplinar del derecho sobre las políticas de exclusión de las fronteras. El concepto trabajado aquí por la teoría del derecho es el de “margen”.

2. El territorio, la frontera y el margen

La cuestión del régimen aplicable a los controles fronterizos está vinculada con la concepción jurídica del territorio. El territorio es el espacio en el que se aplica el ordenamiento jurídico de un Estado en detrimento de otro, ya que condiciona la soberanía estatal. Por lo tanto, suele ser una ca-

tegoría de aplicabilidad de la ley. Se habla de la competencia territorial de una institución o del principio de territorialidad como criterio de aplicación de un régimen jurídico. La frontera cuestiona el territorio de forma más específica presentando dos elementos: la definición del territorio y su delimitación. Este último influye en el primero cuando determina, dentro del territorio, un tercer espacio caracterizado por su proximidad al exterior. A esto nos referimos con la noción de *margen*. Esta noción es crucial. Rompe con la tendencia del derecho a establecer la frontera y el territorio de forma binaria. Dado que el territorio nacional está determinado por una línea geopolítica que marca el límite de la soberanía estatal, ¿no estamos o bien dentro del territorio o bien fuera de él¹⁴? En cambio, el margen nos permite explorar una forma de intermedio. Dos aspectos semánticos del término nos invitan a hacerlo.

En primer lugar, el margen es un espacio establecido por los bordes de una entidad. Este es el primer significado que se le dio en el siglo XIII por su origen latino *margo* que significa “borde”. Mientras que la frontera marca la separación estricta del interior y el exterior, en este caso por una línea geopolítica, el margen designa un espacio que sí está dentro, pero que se caracteriza por su contigüidad con el exterior. Por lo tanto, es relativo tanto al interior que lo contiene como al exterior que integra de manera referencial. Su utilización como técnica de impresión ilustra perfectamente esta cualidad: los márgenes de este texto forman efectivamente parte de la página, pero señalan sus bordes y ofrecen así una zona que marca visualmente la distinción entre el texto de esta página y su término.¹⁵

El segundo significado del término a partir del siglo XVIII es el de “latitud disponible dentro de ciertos límites”. La expresión que la acompaña, “tener margen de maniobra”, ilustra esta dimensión relativamente plástica que contiene la noción. Esta segunda acepción del margen nos permitirá cuestionar las posibles libertades que se toman ciertos actores jurídicos cuando actúan e interpretan el derecho en este espacio adyacente a la frontera. Cabe destacar que el margen no es una noción intuitiva para el

¹⁴ Es principalmente el derecho internacional el que define la frontera según esta binariedad como línea divisoria de los territorios estatales. Cabe destacar que la mayoría de los léxicos y diccionarios de vocabulario jurídico definen la frontera de esta manera, como una línea divisoria de territorios sobre los que se ejercen las soberanías estatales. Por lo tanto, a menudo adopta la forma de un postulado.

¹⁵ En este uso de la impresión se aprecian varias funciones notables del margen, que habrá que comprender en el futuro: una función estética, una función de seguridad (se llama entonces “margen de seguridad” o “de tranquilidad” cuando impide que se recorte una imagen durante la impresión) y una función de identificación (marca claramente la distinción entre texto y no-texto al constituir un intermediario).

pensamiento jurídico. En efecto, es imperativo que la ley pueda distinguir el límite del territorio, ya que éste es uno de los principales criterios que determinan la jurisdicción de un Estado y, por tanto, la puesta en marcha de su aparato jurídico. Esto explica por qué la frontera, en la ley, se sigue definiendo como una línea divisoria de soberanía. Sin embargo, hay que señalar que en las ciencias sociales la frontera es objeto de una rica conceptualización que la define generalmente más como un espacio, a menudo dinámico, modular, incluso reticular.¹⁶ En el contexto del experimento conceptual que aquí se propone, nos mantendremos en el ámbito de la teoría jurídica. El concepto de margen nos permite, desde un punto de vista jurídico, pensar en el territorio nacional en su relación con sus fronteras, entendidas aquí como líneas divisorias. Será relevante, en futuros trabajos, articular el concepto de margen que estamos construyendo con las diferentes aprehensiones de la frontera como espacio. Por el momento, este concepto proporciona a la teoría jurídica una herramienta para reflexionar sobre la juntura entre el interior y el exterior del sistema jurídico y para cuestionar lo que allí se aloja.

3. *Los términos de la controversia: entre territorio y frontera*

En la ley de extranjería francesa, el margen aparece primero en el régimen jurídico de control de las fronteras *exteriores*. La legislación de la UE las define como las fronteras de los Estados miembros con terceros países, a diferencia de las fronteras interiores que separan a dos Estados miembros.¹⁷ En las fronteras exteriores de Francia, la ley de extranjería se basa en la ficción de que las personas que se presentan en las fronteras aún no han entrado en Francia, aunque estén físicamente en el territorio nacional. Esto es lo que hemos llamado una ficción de ateritorialidad¹⁸

¹⁶ Para la noción de frontera reticular, véase CLOCHARD, O., *“Le contrôle des flux migratoires aux frontières de l’Union européenne s’oriente vers une disposition de plus en plus réticulaire” [en línea], Carnets Géographes*, 2010, [consultado el 21 de enero de 2022]. Por lo demás, la lista sería demasiado larga para elaborarla aquí. Incluye todo el campo de los estudios críticos de la frontera (*Critical Border Studies*), que renueva la naturaleza epistemológica de la frontera y enriquece las reflexiones sobre su ontología. Para una presentación resumida de este campo de estudio, véase: PARKER, N. et VAUGHAN-WILLIAMS, N., *“Introduction: Critical Border Studies: Broadening and Deepening the “Lines in the Sand” Agenda”*, en *Critical border studies: broadening and deepening the “lines in the sand” agenda*, Routledge, 2014.

¹⁷ Art. 2, CFS.

¹⁸ Para una presentación más detallada de la ficción de la ateritorialidad y sus mecanismos, véase CHARAUDEAU SANTOMAURO, B., *“La condition des migrants sous la réintroduc-*

que determina el régimen de detención en las zonas de tránsito francesas. Se considera que el extranjero retenido en la zona de tránsito no ha entrado en Francia tras la notificación de una denegación de entrada durante el procedimiento de admisión.¹⁹ Esta ficción marca la distinción entre dos regímenes que determinan la posible situación irregular, en sentido amplio, de un extranjero en Francia: el régimen de residencia y el régimen de entrada (o admisión). En cuanto a la irregularidad, el primero corresponde a las decisiones de retorno y a los centros de internamiento administrativos, y el segundo a las decisiones de denegación de entrada y a las zonas de tránsito. Si la constitución y la aprehensión de la irregularidad de los extranjeros por la ley son, en cualquier caso, siempre restrictivas de las libertades y los derechos de las personas, hay que destacar que el régimen de entrada es el más circunscrito de los dos en términos de derechos fundamentales. Por poner un ejemplo, el recurso contra una obligación de abandonar el territorio francés (OQTF, régimen de residencia) es suspensivo, mientras que el recurso contra una denegación de entrada no lo es. En otras palabras, en la práctica, y siempre que se respete el derecho de asilo, los extranjeros a los que se les deniega la admisión en el territorio pueden ser efectivamente expulsados en un plazo muy breve, si no inmediatamente.

La reintroducción temporal del control de las fronteras interiores plantea muchos interrogantes sobre el procedimiento aplicable. La legislación de la UE hace una estricta distinción entre fronteras exteriores e interiores. Así lo recuerda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia *Arib*, del 19 de marzo de 2019, en la que rechaza equiparar ambos conceptos, aunque se reintroduzcan los controles.²⁰ Por lo tanto, no está claro que el régimen de entrada, previsto para las fronteras exteriores, se aplique inmediatamente a las fronteras interiores cuando se restablezcan los controles. ¿Cuál es el estatus de la frontera interior en el derecho público y cómo se delimita? Esto nos lleva de nuevo a la comprensión jurídica del territorio: ¿las interceptaciones de migrantes en el lado francés de la línea divisoria tienen lugar en el territorio francés o “en su frontera”? La cuestión no es sencilla, ya que la frontera se define legalmente como una línea, o incluso se circunscribe a los controles en los pasos fronterizos, y debería ser en esencia extremadamente limitada – en el caso de los pasos fronterizos – o incluso fugaz – en el caso de la línea. Lo

tion des contrôles aux frontières: le cas de l'état d'urgence à la frontière franco-italienne”, en *L'Union européenne et les migrations*, Bruylant-Larcier, 2020, 337-343.

¹⁹ La decisión de denegar la entrada está definida por los artículos L.332-1 à 332-3 de Código de entrada y residencia de extranjeros y del derecho de asilo (CESEDA). El régimen de la zona de tránsito se determina en los artículos L.340-1 à 343-11 de este código.

²⁰ TJUE, 19 de marzo de 2019, *Arib*, C-444/17, ECLI:EU:C:2019:220, pts. 61 et 62.

que está en juego es la determinación del régimen jurídico aplicable, entre la residencia y la entrada, con todas las consecuencias que ello conlleva. Entre ellos, el destino reservado a la ficción de la aterritorialidad está en primera línea. En otras palabras, la forma en que la ley tenga en cuenta el territorio fronterizo determinará el régimen de aprehensión de la regularidad o irregularidad de la situación de los nacionales de terceros países que lleguen a Francia por vía terrestre desde Italia. Las elecciones realizadas tendrán consecuencias, como veremos, en la constitución de este espacio marginal que caracteriza la contigüidad fronteriza.

4. *Una ficción de aterritorialidad renovada*

Desde la reintroducción de los controles en noviembre de 2015, primero se han producido principalmente devoluciones justificadas – pero infundadas – ²¹ por el estado de emergencia ²² (2015-2017) que han sido observadas y denunciadas por las asociaciones. ²³ Estas prácticas han sido a veces sancionadas por el tribunal administrativo de Niza, especialmente cuando se trataba de menores. ²⁴ Al mismo tiempo, las autoridades administrativas decidieron denegar casi sistemáticamente la entrada a los migrantes procedentes de Italia, favoreciendo así el régimen de admisión frente al de residencia. Las denegaciones de entrada se emitieron inicialmente de forma irregular, ya que la legislación francesa sólo las contemplaba para el cruce de una frontera exterior. Por una ley del 10 de septiembre de 2018, ²⁵ el gobierno legalizó la práctica insertando un artículo L. 213-3-1 en el CESEDA (codificación anterior al 1 de mayo de 2021) que establece que, en caso de reintroducción de los controles, se puede adoptar una decisión de denegación de entrada respecto a un extranjero que haya cruzado una frontera terrestre interior y haya sido “controlado en

²¹ Para una demostración del uso del estado de emergencia como dispositivo retórico y no como base legal para la reintroducción de controles, véase CHARAUDEAU SANTOMAURO, B., *op. cit.*, 331-337.

²² El gobierno de Francia activó el régimen excepcional del estado de emergencia tras los atentados terroristas del 13 de noviembre de 2015 en París. Permitió ciertas excepciones al derecho común y al respeto de las libertades fundamentales. El estado de emergencia se levantó el 31 de octubre de 2017.

²³ Véanse, por ejemplo, los siguientes informes: ANAFÉ, *Persona non grata. Conséquences des politiques sécuritaires et migratoires à la frontière franco-italienne*, 2019 y AMNESTY INTERNATIONAL, *Des contrôles aux confins du droit. Violations à la frontière avec l'Italie*, 2017.

²⁴ Por ejemplo, véase TA Niza, 22 de enero de 2018, núm. 1800195.

²⁵ Art. 19 de la Ley Núm. 2018-778 del 10 de septiembre de 2018 para una inmigración controlada, un derecho de asilo efectivo y una integración exitosa.

una zona comprendida entre esta frontera y una línea trazada a diez kilómetros por debajo de ella”. Este artículo, que completa las disposiciones sobre la denegación de entrada, realiza dos operaciones. La primera asimila, *de facto*, las fronteras interiores a las exteriores, haciéndolas corresponder al mismo régimen jurídico si se restablecen los controles en ellas. Esto tiene como consecuencia la aplicación de la ficción de la aterritorialidad a la frontera franco-italiana. Se considera que los extranjeros que llegan a Francia por esta vía no han entrado en el territorio nacional. La segunda operación extiende la aplicación de este régimen, y por tanto de la ficción, a toda una zona constituida por una franja de diez kilómetros a lo largo de la línea fronteriza. Esto renueva la ficción de la aterritorialidad, ya que puede aplicarse, de forma inédita, a una zona sustancial del territorio y no a un punto de paso como es el caso de las fronteras exteriores. El margen está aquí casi materializado. Sigue siendo distinto de la frontera, ya que se constituye refiriéndose a ella, pero despliega esta referencia al exterior dentro del territorio.

La aplicación en las fronteras interiores del régimen de admisión mediante el procedimiento de denegación de entrada fue impugnada por el Consejo de Estado en una decisión de 27 de noviembre de 2020.²⁶ En mayo de 2019, varias asociaciones, entre ellas La Cimade,²⁷ habían presentado un recurso por exceso de poder para que se anulara el decreto de desarrollo de la ley del 10 de septiembre de 2018. Entre las disposiciones impugnadas figuraba la inserción del artículo R. 213-1-1 tomado para la aplicación del artículo L. 213-3-1. El Consejo de Estado sacó las consecuencias de la sentencia *Arib* del TJUE al determinar que la emisión de denegaciones de entrada en las fronteras interiores no se ajusta al derecho de la UE. En efecto, como una frontera interior no puede equipararse a una frontera exterior, las disposiciones de la Directiva del retorno²⁸ deben aplicarse en la frontera interior de Francia. Estas disposiciones constituyen la base del régimen de residencia francés y contradicen el régimen de admisión. El Consejo de Estado impugna directamente el artículo L. 213-3-1 al invalidar la disposición correspondiente del decreto de aplicación. Así, parece que esta decisión del Consejo de Estado contradice las dos operaciones realizadas por la ley: la aplicación del régimen de admisión

²⁶ C.E., 27 de noviembre de 2020, Núm. 428178, considerando 3 y 4.

²⁷ El Comité intermovimientos de evacuados (*Comité inter-mouvements auprès des évacués*, *Cimade*) es una asociación que apoya y defiende los derechos de los extranjeros en Francia.

²⁸ Directiva 2008/115/ce del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

en las fronteras interiores y, al mismo tiempo, la ampliación de este régimen a una franja de diez kilómetros.

Se podría deducir de esta decisión que el gobierno, a través de sus prefecturas, adapte las directivas dadas a la policía de fronteras al prohibir los rechazos de entrada. Las observaciones que realizamos sobre el terreno en la frontera franco-italiana y el trabajo de las asociaciones²⁹ muestran que después del 27 de noviembre de 2020, los controles siguieron dando lugar a la emisión diaria de rechazos de entrada. Además, se ha introducido un nuevo tipo de decisión en la práctica administrativa: la obligación de abandonar el territorio francés³⁰ (OQTF). La OQTF se desprende del régimen de residencia, ya que transpone la directiva del retorno al derecho francés. En consecuencia, la prefectura y la policía de fronteras aplican dos regímenes contradictorios a situaciones idénticas, es decir, el cruce de una frontera interior por un nacional de un tercer país. La decisión de denegación de entrada y la OQTF se excluyen mutuamente, ya que la primera sólo puede dictarse a una persona que no se considera que haya entrado en Francia, mientras que la segunda se aplica a alguien que reside ilegalmente en el territorio francés. Esta contradicción es un eco de las ambigüedades del propio Consejo de Estado, que ha reconocido en otras decisiones que las personas detenidas en la frontera franco-italiana no podían considerarse en territorio francés³¹ o que emitir una denegación de entrada a un extranjero que “se presenta en la frontera” no es manifiestamente incompatible con el derecho de la UE.³² En el futuro será necesario un examen detallado de las ambigüedades de las interpretaciones del Consejo de Estado sobre esta cuestión. Por el momento, cabe señalar que esta evolución del derecho, la jurisprudencia y la práctica administrativa mantienen un grado considerable de indeterminación, ya que la oscilación entre los dos regímenes sigue caracterizando el derecho de los controles en las fronteras interiores, más de siete años después del restablecimiento temporal de los controles.

Estas indeterminaciones no son triviales. Por el contrario, es posible argumentar que son incluso estructurales con respecto a la constitución del margen. Este espacio marginal, reforzado por la ley de septiembre de 2018 y la ficción de aterritorialidad que se le aplica, parece así dotado de otra característica que puede entenderse uniendo las nociones de indeterminación y latitud.

²⁹ Por nombrar sólo algunas: Tous Migrants, la Anafé, Médicos del Mundo, Amnistía Internacional, la coordinación de las acciones interinstitucionales en las fronteras interiores (CAFI).

³⁰ Arts. L. 610-1 a 615-2, CESEDA.

³¹ C.E., 5 de julio de 2017, Núm. 411575, considerando 6.

³² C.E., 23 de abril de 2021, Núm. 450879, 450 987, considerando 19.

5. *El margen: de los bordes a las latitudes*

Esto nos lleva al segundo significado de la noción de margen, el que caracteriza la latitud disponible entre ciertos límites. En la frontera entre Francia e Italia, esta latitud está ligada al mantenimiento de indeterminaciones legales. Para ilustrar este mecanismo, tomaremos el caso de la detención de migrantes en los locales de la policía de fronteras de Menton Pont-Saint-Louis y Montgenèvre.³³

En la legislación francesa, la detención está estrictamente regulada, ya que constituye, en sí misma, una grave restricción de muchas libertades fundamentales. En cuanto a la ley de extranjería, la estructura del CESEDA distingue entre la detención asociada a la residencia ilegal (centro de internamiento administrativo)³⁴ y la asociada a la denegación de entrada (zona de tránsito).³⁵ Encontramos la distinción entre el régimen de residencia y el régimen de entrada. Las normas y garantías procesales y sustantivas difieren de un régimen a otro. Desde el restablecimiento de los controles, la autoridad administrativa no ha recurrido a la detención en centros de internamiento administrativos. Trataba de favorecer el régimen de entrada. Sin embargo, tampoco se utilizó la zona de tránsito como marco para la detención, aunque sí se vincula al régimen de entrada. La zona de tránsito, al igual que la denegación de entrada, sólo estaba prevista para el cruce de las fronteras *exteriores* por ferrocarril, mar o aire. De este modo, el gobierno y, en algunos aspectos, el legislador apoyó la aplicación del régimen de denegación de entrada en las fronteras interiores, sin que se correspondiera con el régimen de detención asociado: la zona de tránsito. En la ley, esto se refleja en la adopción del artículo L. 213-3-1, que prevé la emisión de denegación de entrada en las fronteras interiores, pero no el establecimiento de zonas de tránsito. Sin embargo, el procedimiento de control implica en la práctica un internamiento forzado que puede durar hasta 24 horas. La cuestión de su calificación sigue sin resolverse.³⁶ Esta vacilación “calificadora” es problemática desde el punto de

³³ La detención en estos locales es una práctica casi sistemática del procedimiento puesto en marcha por los agentes de la policía de fronteras en Menton y Montgenèvre.

³⁴ Arts. L. 740-1 a 744-17, CESEDA.

³⁵ Arts. L. 340-1 a 343-11, CESEDA.

³⁶ La detención en la frontera franco-italiana ha sido calificada de forma incoherente por las autoridades: primero, muy brevemente, como zona de tránsito (en palabras de un comandante de la policía fronteriza), luego como “zona de detención provisional”, después como “puesta a disposición en el marco del procedimiento de devolución”, y más recientemente como “zona de acogida”. Para un primer análisis de estas calificaciones, véase CHAURAUDEAU SANTOMAURO, B., *op. cit.*, 340-342. Últimamente, la polémica socio jurídica se ha

vista del derecho en general, y de los derechos fundamentales en particular. De hecho, los derechos subjetivos de los detenidos sólo están garantizados por mecanismos específicos asociados a los regímenes de privación de libertad existentes. Por ejemplo, en la zona de tránsito, la detención es controlada por el juez de libertades y detención y la solicitud de entrada en el territorio por motivos de asilo puede apelar ante el tribunal administrativo. La ausencia de categorías claras que sustenten el procedimiento de control alimenta, pues, la latitud otorgada al derecho en la zona fronteriza. Esta latitud se juega a través del mantenimiento de las indeterminaciones en una especie de bricolaje o arreglo con la ley que, en la práctica, produce un procedimiento basado en lo que llamaremos arreglos parajurídicos, en ambos sentidos del prefijo, es decir, que se articula *en torno* a la ley, en sus márgenes, pero también, a veces, *contra* la ley. Los controles fronterizos adoptan a veces los rasgos de un régimen, a veces del otro, y en última instancia tienden a constituir una práctica parajurídica del derecho. Al tratarse de arreglos compuestos, algunos aspectos son a veces invalidados por los jueces, pero no su economía general, lo que los convierte en un modo de gobierno de la migración al margen de la ley. Es como si, en la indeterminación inherente al mantenimiento de un régimen jurídico derogatorio lacónico, estuviera en juego la capacidad de un gobierno para derogar ciertos derechos fundamentales y procedimientos administrativos que deberían aplicarse.

centrado en lo que podría llamarse una precalificación de esta práctica alternativamente como detención o acogimiento. No podemos tratar este aspecto de la controversia en este texto. Sin embargo, es útil señalar que el Consejo de Estado reconoce la doble función de estos espacios bajo el término “locales de acogida y detención”, que utiliza en su sentencia de 23 de abril de 2021, Núm. 450879, 450 987.

CAPÍTULO 2

La migración venezolana en el Perú: entre el ideal de los derechos y los desafíos de la realidad

*Gorki Gonzales Mantilla y José Enrique Sotomayor Trelles*¹

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Autonomía restringida: la decisión de migrar desde el lente de la violencia y sus múltiples facetas. – 3. Los migrantes llegan a nuevas tierras: una reflexión filosófica sobre el derecho de hospitalidad en el caso venezolano. – 4. Deberes de justicia y de ayuda material a los migrantes: Tumbes conoce el problemático legado estoico. – 5. Más allá de los estándares de derechos humanos en materia de migraciones: Los deberes de justicia y ayuda material frente a los desafíos de la realidad. – 6. Reflexión final: la migración venezolana entre el ideal democrático y el pragmatismo populista.

1. *Introducción*

De acuerdo con diversas fuentes, las dimensiones de la diáspora migratoria venezolana son gigantescas: hasta julio de 2020 se calcula que un número mayor a los 5 millones de personas había abandonado Venezuela y migrado hacia diversos países de Latinoamérica, Norteamérica, Europa, entre otros destinos menos comunes.² En Latinoamérica, después de Colombia, Perú es el segundo país al que ha llegado un mayor número de migrantes, con cifras que bordeaban las 830,000 personas en 2020,³ pero

¹ Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, respectivamente.

² BAHAR, D., DOOLEY, M. y SELEE, A., *Inmigrantes venezolanos, crimen y percepciones falsas. Un análisis de los datos en Colombia, Perú y Chile*, en *Migration Policy Institute*, 2020. <https://www.migrationpolicy.org/research/immigracion-venezolana-crimen-colombia-peru-chile>; OIM Migration Data Portal, *Migration data in South America*, 2021. <https://www.migrationdataportal.org/regional-data-overview/migration-data-south-america>.

³ MORALES, F. & PIEROLA, M., *Venezuelan Migration in Peru: Short-term Adjustments in the Labor Market*, en *IDB Working Paper Series Núm. IDB-WP-1146*, 2020. <https://>

que, según el último reporte de la Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, llegaría hasta 1.29 millones de personas en febrero de 2022.⁴ Los números no son del todo precisos, pero hasta fines del 2019 más del 84% se concentraba en las ciudades de Lima y Callao.⁵ El resto de la población migrante y refugiada de venezolanos se ubica en otras pocas ciudades, principalmente en las regiones costeras.⁶ Según la Superintendencia Nacional de Migraciones, del total de ciudadanos venezolanos permanentes al 2021, el 53.7% son varones mientras que el 46.3% son mujeres.⁷ Fuera de Colombia y Perú, los otros dos países que son los principales receptores de migrantes venezolanos son Chile y Ecuador.⁸

Las causas de este proceso social son complejas y multidimensionales. Los estudios dan cuenta de un escenario de violencia generalizada, inseguridad personal y vulneración de derechos humanos, que se agrava por la falta de alimentos y medicinas esenciales, el colapso de los servicios públicos y el desplome de la economía. Es lo que se ha denominado una crisis humanitaria.⁹ Esta perspectiva ha sido ratificada por un reporte del Observatorio de Venezuela de la Universidad del Rosario. Se añade como premisa, además, el quiebre democrático y sus consecuencias en el deterioro institucional, la grave crisis económica y productiva del país. El re-

publications.iadb.org/publications/english/document/Venezuelan-Migration-in-Peru-Short-term-Adjustments-in-the-Labor-Market.pdf.

⁴ Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, *Refugiados y Migrantes Venezolanos en América Latina y el Caribe*, febrero 2022. <https://www.r4v.info/es/document/r4v-america-latina-y-el-caribe-refugiados-y-migrantes-venezolanos-en-la-region-febrero-1>.

⁵ Datos Macro, *Perú – Inmigración 2019*. <https://datosmacro.expansion.com/demografia/migracion/inmigracion/peru>. En el mismo sentido: Oficina de Planeamiento y Presupuesto de la Superintendencia Nacional de Migraciones del Perú, *Características Sociodemográficas de la Migración Venezolana en el Perú. Febrero 2017-junio 2021*, Lima, 2021, p. 33.

⁶ VÉASE BANCO MUNDIAL Y STATE AND PACEBUILDING FUND, *Una Oportunidad para Todos. Los Migrantes y Refugiados Venezolanos y el Desarrollo del Perú*, Lima, 2019, p. 24. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32816/143724.pdf?sequence=3&isAllowed=y>.

⁷ Véase: *Caracteres de la Migración Venezolana en el Perú. Febrero 2017-junio 2021*, cit., 26.

⁸ Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, *Refugiados y migrantes de Venezuela*, 5 de mayo de 2022. <https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes>.

⁹ Véase la situación de Venezuela en <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>. En el mismo sentido CASTILLO CRASTO, T. y REGUANT ÁLVAREZ, M., *Percepciones sobre la migración venezolana: causas, España como destino, expectativas de retorno*, en *Migraciones. Publicación Del Instituto Universitario De Estudios Sobre Migraciones*, (41), 133-163. Disponible en: <https://doi.org/10.14422/mig.i41.y2017.006>, 143 ss.

porte concluye que todos estos factores han dado lugar “(...) a una de las peores crisis humanitarias del hemisferio occidental”.¹⁰

El presente ensayo busca aproximarse a este escenario y propone un análisis sobre los múltiples tipos de violencia que explican la decisión de migrar en el caso de los ciudadanos venezolanos; sin perder de vista esa perspectiva, se ofrece una reflexión filosófico-política sobre el derecho de hospitalidad kantiano, entendido como uno de los primeros intentos de delinear las obligaciones estatales respecto de los migrantes en la tradición occidental del pensamiento político. Con el caso venezolano al frente, se reactualiza la aspiración kantiana de delinear las obligaciones estatales y los derechos de los migrantes, tomando para ello en consideración las críticas de Martha Nussbaum al ideal autosuficiente de dignidad de la tradición estoica-cosmopolita. Se identifican los estándares en materia de derechos humanos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos con relación a las personas migrantes y en situación de movilidad, para contrastarlos con la realidad jurídico-política del país.¹¹ Finalmente, se busca reconstruir el escenario político y la perspectiva ideológica que marca el inicio oficial de la migración venezolana en el Perú.

2. Autonomía restringida: la decisión de migrar desde el lente de la violencia y sus múltiples facetas

Ante la pregunta por las razones que llevan a las personas a migrar lejos de sus lugares de origen, habría que reconocer la trayectoria que marca la historia de las comunidades y las estrategias para sobrevivir como tales.¹² Sin embargo, las especificidades del caso venezolano son relevantes para comprender sus consecuencias, sobre todo por la violencia generalizada que se ofrece como escenario social. Es aquí donde los motivos que impulsan a la migración adquieren significado.

Razones voluntarias como emprender una nueva vida, la prosecución de un nuevo trabajo o seguir estudios; pero también causas involuntarias o forzosas, propias del desplazamiento en tiempos de guerra, hambrunas,

¹⁰ UNIVERSIDAD DEL ROSARIO – OBSERVATORIO DE VENEZUELA, *Las migraciones en el contexto colombo-venezolano*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2019, 10.

¹¹ La expresión “personas en situación de movilidad” es la denominación que el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 emplea para el abordaje de la situación de personas migrantes: <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/1476995-plan-nacional-de-derechos-humanos-2018-2021>.

¹² FAMIGLIETTI, G., *Il Richiedente. Protezione internazionale davanti ai suoi “Giudice”*, Torino, Giappichelli, 2021, 3.

crisis económica o represión política, pueden agrupar en términos generales los motivos para decidir migrar.¹³ Mientras que en la primera de estas condiciones los migrantes suelen experimentar en forma positiva la diversidad cultural y social, y las canalizan en forma de enriquecedoras experiencias de vida, el segundo tipo de situaciones suelen estar más relacionadas con episodios traumáticos. Precisamente en los últimos casos la decisión de migrar se ofrece como una alternativa de última ratio ante escenarios que se hacen insostenibles. Es por ello, que la decisión de migrar debe discernir entre el peligro que representa la violencia circundante, en sus distintas formas, frente a la realidad quizás incierta de los nuevos destinos.

En la literatura especializada se traza con claridad una distinción entre violencia directa, estructural y cultural que resulta de utilidad para contextualizar con más propiedad la decisión de migrar.¹⁴ Aplicada al caso de la migración venezolana, esta distinción es iluminadora.

En la tradición de los estudios sobre la paz, la violencia es entendida como una “privación de derechos humanos fundamentales”.¹⁵ Esta privación se puede descomponer en amenazas o daños efectivos contra la vida, afectaciones o amenazas contra el proyecto de vida, menoscabos sobre la capacidad para satisfacer necesidades básicas, entre otras múltiples intervenciones de signo negativo sobre las necesidades de las personas. Por ello, resulta de utilidad agrupar las diversas manifestaciones de la violencia en tres grandes categorías: directa, estructural y cultural, que corresponden a la realidad concreta en la que se manifiestan.

La violencia directa consiste en el daño intencional a otros, la estructural se remite a un daño producido a través de estructuras sociopolíticas que pueden privar a las personas de acceso a medios para satisfacer sus necesidades básicas y, finalmente, están los mecanismos culturales que justifican el empleo de violencia directa o estructural contra ciertas personas o grupos.¹⁶ En la misma línea, Gamio considera que estamos ante un escenario de violencia directa cuando podemos identificar de modo inequívoco al agresor, mientras que la violencia estructural remite al

¹³ GAMIO, G., *Ética y migración: reflexiones sobre la migración venezolana en tiempos de crisis*, en SALMÓN, E. (coord.), *Trayectorias migrantes: la juventud venezolana en el Perú*, Lima, Fondo Editorial PUCP, IDEHPUCP, 2021, 289-308.

¹⁴ GALTUNG, J., *La violencia: cultural, estructural y directa*, en *Cuadernos de estrategia*, 183, 2016, 147-168. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5832797>; JOHANSEN, J., *Nonviolence: more than the absence of violence*, en WEBEL, C., y GALTUNG, J., (eds.), *Handbook of Peace and Conflict Studies*, Londres y Nueva York, Routledge, 2007, 143-159.

¹⁵ GALTUNG, *op. cit.*, 150.

¹⁶ JOHANSEN, *op. cit.*, 151.

complejo entramado del sistema socioeconómico y político que afecta la vida de las personas. Finalmente, la violencia cultural hace referencia a la forma en que la ideología, el lenguaje y los sistemas de creencias pueden engendrar discursos que legitiman la discriminación y opresión de ciertos grupos de personas.¹⁷

La distinción trazada se traslada con facilidad al caso venezolano y permite comprender el significado que adquiere la violencia multidimensional. Desde el nivel de la violencia directa, el Informe Mundial de 2021 de *Human Rights Watch* da cuenta de detenciones, encarcelamientos y torturas contra opositores al régimen e incluso contra militares acusados de conspirar contra el gobierno. También ofrece información sobre detenciones arbitrarias contra ciudadanos que protestan, así como de presuntas ejecuciones extrajudiciales – aproximadamente 2000 personas ejecutadas – en casos de supuesta resistencia a la autoridad. Finalmente, el informe reporta la existencia de grupos armados fuera de la ley con la función de dispersar y reprimir protestas.¹⁸ Todos estos hechos representan una amenaza directa a la vida e integridad de las personas cuya gravedad lleva a un importante sector de la población a decidir emprender una nueva vida fuera del territorio de su país.

Con relación a la violencia estructural, la crisis económica, acompañada de la inoperancia del sistema de salud y una creciente situación de inseguridad alimentaria explican la decisión de abandonar el país. Solo para tomar el ejemplo de la inseguridad alimentaria, el Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas informa sobre un incremento porcentual notable en la subalimentación en países como Venezuela.¹⁹ Es de suyo evidente que, en una situación de tales características, la migración se ve como una alternativa para buscar un escape a las privaciones que se viven en el contexto de origen.

Finalmente, con referencia a la violencia cultural, la creciente polarización política que se vive en Venezuela, así como la persecución a representantes de la oposición al régimen permiten explicar la amenaza que el entramado cultural-ideológico supone para muchas personas. López Maya describe la ideología oficial del régimen como “populismo chavista”,²⁰ el que parte de una oposición discursiva entre el pueblo y la oligarquía

¹⁷ GAMIO, *op. cit.*, 291-292.

¹⁸ HUMAN RIGHTS WATCH, *Informe Mundial 2021 – Venezuela. Eventos de 2020*. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/world-report/2021/country-chapters/377387>.

¹⁹ FAO, FIDA, OPS, WFP y UNICEF, *Panorama de la seguridad alimentaria y nutrición en América Latina y el Caribe*, Santiago, 2020, 8-12. Disponible en: <https://doi.org/10.4060/cb2242es>.

²⁰ LÓPEZ MAYA, M., *Venezuela: The Political Crisis of Post-Chavismo*, en *Social Justice*, vol. 40, no. 4, 2014, 68-87. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/24361611>.

que encontramos en varias otras instancias de populismo político de la región latinoamericana. En el caso venezolano, el populismo estaría relacionado con el deterioro y destrucción de instituciones de representación política, lo que tendría como uno de sus subproductos una mayor anomia social y creciente autoritarismo.²¹

Se recuerda, finalmente, que en el modelo de Galtung la violencia cultural retroalimenta los niveles de violencia directa y estructural, por lo que la polarización ideológica, la anomia social y el creciente autoritarismo se traducen en mayores privaciones socioeconómicas y amenazas de violencia directa contra personas tanto escépticas como opositoras al régimen.

Por todo lo dicho, la decisión de migrar muestra una autonomía condicionada por estructuras sociales complejas y multidimensionales. Para ello, la noción tripartita de violencia propuesta por Galtung y sus seguidores permite comprender en su más amplio significado la amenaza de violencia directa, las privaciones socioeconómicas y un creciente entorno cultural hostil en la decisión de abandonar el país tomada por muchos ciudadanos venezolanos en los últimos años.

Se abre, entonces, la pregunta acerca de las consecuencias que esta ola migratoria tiene sobre los estados receptores de migrantes. Es decir, si existe un derecho a ser recibido en el nuevo lugar de destino, y a partir de ello, cuáles son las obligaciones del Estado receptor, tal como se verá en la siguiente sección.

3. Los migrantes llegan a nuevas tierras: una reflexión filosófica sobre el derecho de hospitalidad en el caso venezolano

A pesar de sus particularidades, el caso venezolano forma parte de un proceso indesligable de la historia de la humanidad. Desde las civilizaciones más antiguas, la movilidad humana para mejorar las condiciones de vida o para huir de la adversidad han sido una condición para la supervivencia. Este itinerario evoca el denominado *Ius migrandi*²² de la antigua Roma como respuesta que se abre paso en el tiempo, para hacer frente a las relaciones que mantuvo con los habitantes del Lacio.²³ A través de esta

²¹*Ibíd.*, 69 ss.

²² VALLOCHIA, F., “*Ius Migrandi*”? *Migrazione Latine e Cittadinanza Romana*, en *Diritto@Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, Año XVII, 2018, Cuaderno 16. Nuova Serie. Disponible en: https://www.dirittoestoria.it/17/memorie/romatezaroma/Vallocchia-Ius-migrandi-migrazioni-latine-cittadinanza-romana-%5b2016%5d.htm#_1_%E2%80%93Per.

²³*Loc. cit.*

evolución, no monolítica,²⁴ los miembros de las comunidades latinas pudieron solicitar y acceder a la ciudadanía romana, luego de cumplir con las condiciones jurídico-religiosas del sistema romano y bajo la autoridad del censor.²⁵

Las variables históricas no impiden reconocer que la migración es una realidad inevitable, si se piensa en el significado de la vida humana, su desarrollo individual y social: el reconocimiento de un derecho de base material de los extranjeros. El peso que pudo tener la autoridad política y administrativa del censor romano para que la migración tuviera consecuencias jurídicas en la antigüedad, no le resta importancia ni significado a la realidad del proceso migratorio como pieza de los esfuerzos civilizatorios de la propia humanidad.

Sin embargo, con el paso del tiempo se advierte también, cómo el fundamento de la migración, si se evoca el *Ius migrandi*, se asoma como un instrumento de los estados en occidente para justificar su expansión sobre las colonias y, al mismo tiempo, se instala en las bases del derecho internacional moderno.

El significado práctico de esta idea – como ha señalado Ferrajoli – ha servido para legitimar la conquista europea sobre los territorios del “nuevo mundo”,²⁶ incluso con la guerra a través del principio *vim vi repellere licet* que funcionaba para proteger estos derechos edificantes de los conquistadores contra quienes opusieran resistencia, considerada “ilegítima”.²⁷

El *Ius migrandi* como fuente del derecho a migrar, cuyo carácter se proyecta como universal, estuvo contaminado de este carácter inverso y asimétrico. Se usará como un derecho necesario para justificar la legitimidad de la presencia invasora y del sistema económico impuesto, pues viene asociado a la autonomía para el trabajo y la propiedad para la supervivencia.²⁸

Por lo dicho, resultan pertinentes los matices que Benhabib brinda al referirse indirectamente a ciertos alcances del derecho a migrar presentes en el *Ius migrandi*, y a propósito de *Sobre la paz perpetua* de Immanuel

²⁴ GAGLIARDI, L., *La romanistica ottocentesca e la 'costruzione' niebuhriana del ius migrandi*, en *Historia et Ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, núm. 18, 2020, 1-39. Disponible en: http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/gagliardi_18.pdf.

²⁵ VALLOCHIA, *op. cit.*

²⁶ FERRAJOLI, L., *Políticas contra los migrantes y crisis de la civilidad jurídica*, en *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019, 182-193. En especial 185. <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30492/30699>.

²⁷ *Loc. cit.*

²⁸ *Loc. cit.*

Kant. Seyla Benhabib se detiene especialmente en el tercero de los artículos kantianos que darían lugar a una paz perpetua entre los estados: “El derecho cosmopolita debe limitarse a las condiciones de la hospitalidad universal”.²⁹ Se apresura Kant a señalar que el derecho de hospitalidad al que hace referencia no debe ser entendido como mera filantropía, sino como un auténtico derecho, el “[d]e un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro”.³⁰ Benhabib toma la senda de la aclaración propuesta por Kant para precisar que la hospitalidad no es solo ni principalmente un acto de generosidad, sino que se trata auténticamente de un derecho cuya titularidad pertenece a todo ser humano en la medida que este potencialmente pertenece a una república mundial.³¹

Esta es la ruta que debería seguirse para entender el proceso de movilidad de miles de personas venezolanas al Perú. Las condiciones que se debían brindar a los migrantes, por encima de las consideraciones legales, responden a una raíz cultural compartida, tan relevante como el sentido de humanidad: el derecho a migrar (*Ius migrandi*) que ha permitido la existencia de comunidades y la vida de las personas en el mundo, pero además y como complemento esencial de aquel, el derecho de hospitalidad.

Aunque la historia de la movilidad humana y la migración en el mundo no siempre haya valorado estas premisas o, peor aún, cuando en algunos casos los países y las comunidades receptoras hayan sido refractarias a ellas, lo cierto es que la migración venezolana en el Perú no tendría por qué haber transitado por vías diferentes. La vigencia del derecho a la hospitalidad es una exigencia de la comunidad universal y condición de su sobrevivencia para el extremo de la migración que el caso venezolano ilustra con claridad.

Esta primera pista, para la migración venezolana, implica la correspondencia del derecho a la hospitalidad entendido como el espacio que media entre los derechos humanos y los derechos cívicos, es decir, en los derechos que se explican en función de nuestra pertenencia a la humanidad y aquellos otros que se adscriben a miembros de comunidades políticas específicas.³² Implica, por ello, que la pretensión de residencia temporal no puede ser denegada por el Estado receptor, máxime si tal denegatoria involucra la destrucción o peligro de muerte del solicitante.³³

²⁹ KANT, I., *Sobre la paz perpétua*, Madrid, Tecnos, 1998, 27.

³⁰ *Ibid.*, loc. cit.

³¹ BENHABIB, S., *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 25-26.

³² *Ibid.*, 27.

³³ *Ibid.*, 28.

Sin embargo, las situaciones de peligro de muerte no se agotan en la violencia directa. Las razones que pueden llevar a una persona a la decisión de migrar son diversas y pueden tener como objeto eludir una amenaza directa contra la vida, pero también, como ocurre notoriamente en el caso venezolano, huir de condiciones de restricción en el acceso a bienes y servicios básicos, o evitar situaciones de creciente animosidad ideológica, racial, religiosa o de otro tipo contra un grupo de habitantes. Por ello, la hospitalidad en la forma de una morada temporal implica un abanico más amplio de supuestos de los contemplados por Kant.

Según Benhabib, a partir del derecho de hospitalidad o de morada temporal de origen kantiano,³⁴ se puede afirmar que este implica (i) la capacidad de todos los seres humanos de asociarse y (ii) la común posesión de la superficie de la tierra. En esta segunda premisa se debe advertir la noción de “injusticia” que supone negar el acceso a los recursos a quienes – incluso los extranjeros – los requieren en forma pacífica y sin dañar a los demás: una “circunstancia de justicia”,³⁵ es decir, un entramado fáctico que hace posible y en el cual se inserta la agencia humana.³⁶

El legado del análisis kantiano ha sido notorio para el desarrollo del derecho internacional humanitario. Ahí está la obligación de recibir a migrantes que escapan de situaciones de peligro y el “principio de no devolución” del artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados:³⁷ “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

Esta obligación estatal de no devolver a migrantes opera salvo cuando tal recepción suponga una amenaza para la comunidad receptora (por ejemplo, en la medida que la persona solicitante suponga un riesgo a la vida o seguridad de quienes habitan el Estado receptor). Benhabib lo llama “deber moral imperfecto”, es decir, una obligación de ayudar a quienes lo requieran salvo casos excepcionales relacionados a la autopreservación de la comunidad receptora.

El carácter masivo de los movimientos migratorios durante los siglos

³⁴ La traducción castellana emplea la expresión “derecho de visita” (KANT, 27 ss.), aunque aquí se prefiere la expresión de “derecho de morada temporal”.

³⁵ Véase FLIKSCHUH, K., *Kant and Modern Political Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 133.

³⁶ BENHABIB, *op. cit.*, 30-34.

³⁷ *Ibid.*, 35.

XIX a XXI,³⁸ incluyendo el caso de la migración venezolana en el Perú, han traído consigo exigencias y desafíos a las obligaciones estatales frente a los migrantes. Para Kant no existía un derecho más allá del de morada temporal, y en su lugar se usa el lenguaje de los privilegios. Sin embargo, existe un debate abierto sobre la incorporación del migrante como miembro de una nueva comunidad política.³⁹ Hoy las situaciones de peligro que dan lugar al derecho a la no devolución del migrante no incluyen solamente aquellas amenazas graves contra la vida, sino también situaciones de privación económica o discriminación racial, religiosa o de otro tipo en los contextos de origen.

La migración venezolana ingresa en este espacio de discusión con enorme realismo y dificultad. Debe enfrentar una cultura adversa, donde la comunidad política se resiste a aceptarla y los actores políticos auspician esta resistencia. La informalidad y precariedad que dominan el ejercicio de las prácticas institucionales en el Perú, así como los recursos escasos destinados para este propósito, se entremezclan con las visiones sociales marcadas por esa realidad que resulta fértil para el desarrollo de la xenofobia,⁴⁰ la discriminación y el aprovechamiento utilitario⁴¹ de los migrantes en todas las formas imaginables de explotación sobre los seres humanos.⁴²

Las razones que justifican la migración venezolana no parecen ser suficientes para superar las barreras culturales que provienen de la informalidad y la desarticulación institucional del país. Asistimos a un proceso de asimilación cínica creado por el sistema social que admite la presencia de los migrantes venezolanos, pero los hace parte de las patologías que definen la realidad del país.

³⁸ SASSEN, S., *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza*, Madrid, Siglo XXI, 2014, caps. V-VII.

³⁹ BENHABIB, *op. cit.*, 38-39.

⁴⁰ Véase MAEDA, J., PALACIOS, T., RAMOS, G. y VELARDE, P., *La xenofobia en la lucha contra la discriminación en el Perú. Los retos pendientes para contribuir a una agenda de integración desde el Poder Ejecutivo*, Policy Paper – IDEHPUCP-PUCP, 2021, 15-16. Disponible en: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/181991>.

⁴¹ Véase LOVÓN CUEVA, M.A., GARCÍA LIZA, A.M., YOGUI GUSHIKEN, D., MORENO ZEGARRA, D. y REYNA, B., *La migración venezolana en el Perú: el discurso de la explotación laboral*, en *Lengua y Sociedad*, vol. 20, no. 1, 189-220. En especial 200. Disponible en: <http://revista.letras.unmsm.edu.pe/index.php/ls/article/view/2209>.

⁴² VÉASE OBSERVA LA TRATA – OBSERVATORIO LATINOAMERICANO SOBRE TRATA Y TRÁFICO DE PERSONAS, *El nexa entre los desplazamientos forzados y las formas contemporáneas de esclavitud*, 2021. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Slavery/SR/ReportHRC48/CSOs/Observa_la_Trata_capitulo_Peru-es.pdf.

4. *Deberes de justicia y de ayuda material a los migrantes: Tumbes conoce el problemático legado estoico*

La dignidad se abre paso como contraposición al discurso xenófobo y a las prácticas sociales y estatales que contribuyen a su realización. Pero se trata de una perspectiva de la dignidad que se reconoce en la tradición cosmopolita advertida por Martha Nussbaum⁴³ e incluye a filósofos como Diógenes, Séneca o Cicerón: la dignidad como un atributo que pertenece por igual a todos los seres con capacidad de realizar elecciones morales y de aprender.⁴⁴ La dignidad, alejada de toda prefiguración de jerarquía, no sirve para fundar diferencias de estatus entre las personas, sino más bien como fundamento de su valía y autonomía morales.

La forma estoica y cosmopolita de comprender a la dignidad permite privilegiar los “deberes de justicia”, que consisten en respetar el ámbito de autonomía de las personas, sin agredirlas, torturarlas o privarlas de la vida. No obstante, Nussbaum echa en falta la existencia de una segunda dimensión positiva, es decir, de deberes de ayuda material de algún tipo.

La primacía atribuida a los deberes de justicia, sin embargo, es problemática por algunas razones: en primer lugar, vivimos en un mundo fácticamente desigual, con efectos notorios incluso sobre el nivel de autonomía de las personas.⁴⁵ Privaciones como las del nivel de analfabetismo, una baja esperanza de vida o inseguridad alimentaria tienen, en los hechos, un efecto profundo sobre nuestros planes de vida y posibilidades de desarrollo que la tradición estoica parece no haber ponderado adecuadamente. En segundo término, los deberes de justicia también exigen gastos por parte de la autoridad. Implementar sistemas de seguridad que garanticen la vida e integridad de las personas, y que les protejan de la tortura es tan o más costoso que emprender políticas públicas orientadas a mejorar las prestaciones de derechos económicos y sociales.⁴⁶

Finalmente, Nussbaum observa que la primacía cosmopolita-estoica de los deberes de justicia parece presuponer que las “(...) las posesiones materiales no importan a la hora de ejercer nuestras capacidades de elegir ni para otros aspectos de nuestra dignidad”.⁴⁷ Pero esta presuposición es fal-

⁴³ NUSSBAUM, M., *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal*, Barcelona, Paidós, 2020.

⁴⁴ *Ibid.*, 12.

⁴⁵ *Ibid.*, 157 ss.

⁴⁶ *Ibid.*, 16-17. En la misma línea HOLMES, S. y SUNSTEIN, C., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, 64 ss.

⁴⁷ NUSSBAUM, *op. cit.*, 17.

sa, pues el cultivo de muchas capacidades está directamente atado a la satisfacción de necesidades básicas.

Las reflexiones de Nussbaum adquieren un enorme significado en la región Tumbes, un terreno desértico y caluroso. Esta es la puerta de entrada septentrional al Perú y por el puente fronterizo del río Zarumilla pasan diariamente migrantes venezolanos emprendiendo el largo camino al sur.⁴⁸ Muchos de ellos planifican terminar su travesía en el Perú, pero otros esperan llegar a países como Chile, Bolivia o Argentina. Redes de estafa, tráfico de personas y criminalidad organizada han echado raíces en el norte peruano, poniendo en cuestión el cumplimiento de deberes elementales de justicia por parte del Estado. Tal problema, sin embargo, no es privativo del norte del país: a inicios de 2022, en Lima, un grupo de sicarios asesinaron a trabajadoras sexuales venezolanas y ecuatorianas por resistirse a pagar cupos de extorsión por ejercer su oficio en determinada zona de la ciudad. Escenas como estas se han hecho comunes en el país y han llevado a algunos sectores de la sociedad a hablar de una crisis de seguridad ciudadana. Este escenario ha sido un reguero de pólvora propicio para el florecimiento de discursos xenófobos que atribuyen la creciente inseguridad a la presencia de migrantes venezolanos, en una estrategia discursiva de “chivo expiatorio” de muy larga data.⁴⁹

Esta realidad ha ido mostrando dos rasgos en medio de la magnitud del proceso migratorio.⁵⁰ El primero se refiere a los extremos a los que ha llegado la prohibición efecto de la soberanía, como rasgo emergente del mundo moderno. Es el caso de la figura denominada “persona ilegal”. Es decir, un sujeto sin derechos o casi un “no sujeto”.⁵¹ Conforme a estas determinaciones legales, los inmigrantes – el caso de las personas venezolanas no es ajeno –, “no deben sentirse en casa o titulares de derechos”.⁵² Esa calidad de “no sujetos” implica que la dignidad no sea una condición reconocible en su caso o que, en el mejor escenario, podría ser objeto de dignidad atribuida en función de la discrecionalidad de Estado y sus agencias.⁵³

⁴⁸ En el momento de mayor efervescencia migratoria – junio de 2019 – 5,400 migrantes venezolanos ingresaron al Perú por la región de Tumbes. Véase: <https://gestion.pe/peru/5-400-venezolanos-entran-dia-peru-les-exijan-visa-270153-noticia/>.

⁴⁹ Véase, por ejemplo, SENNETT, R., *El extranjero. Dos ensayos sobre el exilio*, Barcelona, Anagrama, 2014.

⁵⁰ FERRAJOLI, L., *op. cit.*, 185.

⁵¹ FERRAJOLI, L., *Razones Jurídicas del Pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, 129. También: PUGLIESE, E., *La política dell'immigrazione*, en *La rivista del Manifesto*, octubre, 2001.

⁵² FERRAJOLI, L., *Ibíd.*, 129.

⁵³ *Loc. cit.*

Así se entiende el incumplimiento de los deberes de justicia y se suma una crisis de provisión de ayuda material, es decir, de obligaciones positivas. El contexto de la pandemia de Covid-19 generó un colapso del sistema de salud peruano que fue acompañado por una marcada crisis económica. En tal escenario, muchos migrantes quedaron privados de la posibilidad de trabajar (especialmente durante los largos confinamientos que vivió el país en diferentes momentos de 2020 y 2021) y el Estado estuvo en incapacidad de proveer bienes materiales para el sustento de sus necesidades básicas. Precisamente la siguiente sección de este ensayo analiza los deberes de justicia y de ayuda material que se derivan de los estándares de derechos humanos vigentes y exigibles para el Perú.

5. Más allá de los estándares de derechos humanos en materia de migraciones: Los deberes de justicia y ayuda material frente a los desafíos de la realidad

Con la expresión “estándares de derechos humanos” se hace referencia a “(...) los pronunciamientos de organizaciones intergubernamentales y otros organismos de derechos humanos, mediante resoluciones, recomendaciones, declaraciones, o decisiones en casos concretos. (...)”:⁵⁴ provienen del esfuerzo por implementar los derechos humanos y son una expresión de la actividad interpretativa de los tribunales y organismos de derechos humanos. Por ello, representan una auténtica cultura construida a lo largo del tiempo, en la que participan una pluralidad de actores en el radio de influencia del organismo de derechos humanos relevante.

En forma específica, los estándares en materia de migración son las disposiciones de derechos humanos contenidas en instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como los criterios de interpretación sobre la misma materia, establecidos en pronunciamientos de organismos de derechos humanos a nivel interamericano. En este conjunto normativo se pueden distinguir los deberes de justicia y los deberes de justicia material.

En efecto, la CIDH define el término “migrante internacional” como “(...) toda persona que se encuentra por fuera del Estado del cual es nacional”.⁵⁵ Asimismo, se usa la expresión “migrante en situación irregular”

⁵⁴ DE CASAS, I., *¿Qué son los estándares de derechos humanos?*, en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 9, no. 2, 291-301, 294. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20200608_04.pdf.

⁵⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos humanos de migrantes*,

en lugar de “migrante ilegal”. Se debe recordar que esta última noción ha servido para criminalizar y estigmatizar al migrante como alguien que no resulta plenamente persona. Ahora, en cambio, se alude a “(...) aquellos migrantes que hayan ingresado de forma irregular al territorio de un Estado del que no son nacionales o que hayan permanecido más allá del tiempo para el cual estaban autorizados a permanecer en el país en el que se encuentran”.⁵⁶ El énfasis está puesto directamente en la autorización para permanecer en un país ajeno, antes que en la persona o en los derechos del migrante.

Existen seis materias en las que tanto la CADH como el desarrollo de su contenido a través de la actividad de la Corte y la Comisión IDH, reconocen los deberes de justicia en base de los estándares de derechos humanos:

- 1) La condición migratoria de una persona no puede servir como razón para excluirle de las protecciones básicas que otorga el derecho internacional de los derechos humanos.⁵⁷ La condición de “irregular” no pone en cuestión ni anula la dignidad ni la protección de derechos humanos de las personas migrantes.
- 2) La CADH establece que es deber de los estados parte de la Convención respetar y garantizar los derechos y libertades establecidos en dicho instrumento respecto de toda persona sujeta a su jurisdicción, con independencia de su origen nacional (art. 1.1 de la CADH): todas las personas cuentan con la protección por igual, sin discriminación por su nacionalidad o por su condición legal (art. 24 de la CADH).⁵⁸ El trato discriminatorio acarrea la responsabilidad internacional del Estado.⁵⁹
- 3) Existe el derecho (art. 7.3 de la CADH) a no ser sometido a detenciones o encarcelamientos arbitrarios. Este derecho aplica plenamente a los

refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2015, párr. 124. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>.

⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 125.

⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 126; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: cuarto informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, 7 de marzo de 2003, párr. 101. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2235.pdf>.

⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *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*. 19 de agosto de 2014, párr. 62. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf.

⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*. 17 de setiembre de 2003, párr. 96. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>; CIDH, *op. cit.*, 2015, párr. 150.

migrantes, con independencia de su situación irregular. La Corte IDH ha sostenido que no se debe equiparar “arbitrariedad” con “ser contrario a la ley”, sino que corresponde una interpretación amplia que incluya detenciones con elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad.⁶⁰

- 4) Se reconoce el derecho (artículo 22.8 de la CADH) a la no devolución, de modo que no se puede expulsar a un extranjero, o devolverlo a otro país cuando su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo por diversas causas como su condición racial, su nacionalidad, religión, condición social o sus opiniones políticas.
- 5) “Está prohibida la expulsión colectiva de extranjeros” (artículo 22.9). Sobre este derecho, “(...) la Corte [IDH] ha sostenido que el carácter “colectivo” de una expulsión implica una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero, y por ende recae en la arbitrariedad”.⁶¹ Queda claro, entonces, que existe un deber de “(...) analizar, fundamentar y decidir de forma individual cada una de las expulsiones o deportaciones que [los Estados] lleven a cabo”.⁶² Asimismo, corresponde que se implementen procedimientos con reglas mínimas que otorguen a los afectados el derecho de defenderse, así como la posibilidad de corregir errores y abusos. Esto queda claro en un informe elaborado por la CIDH sobre el problema de la expulsión masiva de migrantes haitianos del territorio dominicano.⁶³ Asimismo, el criterio ha sido reiterado por la Corte IDH en el caso *Nagede Dorzema vs. República Dominicana*, en el que, además, se vincula a la expulsión colectiva con un tipo de tratamiento discriminatorio.⁶⁴
- 6) Finalmente, la CIDH ha expresado su preocupación sobre la forma en que se llevan a cabo las detenciones migratorias. Frente a ello, ha establecido que es vulneratorio de los derechos de los migrantes el imponer medidas de detención migratoria sin un análisis individualizado de la persona, y sin evaluar la razonabilidad de la medida.⁶⁵

⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Nagede Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 133. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf.

⁶¹ CIDH, *op. cit.*, 2015, párr. 278.

⁶² *Ibíd.*, párr. 278; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Fondo Núm. 64/12m Caso 12.271, *Benito Tido Méndez y otros (República Dominicana)*. 29 de marzo de 2012, párr. 253.

⁶³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana*. 7 de octubre 1999, párr. 366. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/rep.dominicana99sp/Cap.9.htm>.

⁶⁴ Corte IDH, *op. cit.*, 2012.

⁶⁵ CIDH, *op. cit.*, 2015, párr. 49.

Se revela así la influencia de la tradición filosófica occidental a través del derecho de morada temporal kantiano – expresado como un derecho a la no devolución –, o bien por los deberes de justicia de la tradición cosmopolita que Nussbaum propone. Sin embargo, los estándares referidos a los deberes de ayuda material tienen un desarrollo mucho más austero y, por ello, son escasos los ejemplos en los que se establecen obligaciones estatales respecto de las personas migrantes.

En principio, la Convención Internacional de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y los Miembros de sus Familias, del 18 de noviembre de 1990, “tiene por objeto proteger los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias al establecer un marco jurídico mínimo de condiciones laborales a las que están sujetos, además de implantar medidas para erradicar los movimientos migratorios clandestinos”.⁶⁶ La Convención establece tanto deberes de justicia, ligados a la igualdad de trato entre nacionales y migrantes, como algunas disposiciones que obligan a los Estados a asistir (en salud y educación) a los trabajadores migrantes y sus familias.

En concreto, en la Convención se establecen condiciones mínimas como la proscripción de someter a condiciones de esclavitud y servidumbre a los trabajadores migrantes (artículo 11.1), de privar a los trabajadores migratorios o sus familiares de sus bienes personales (artículo 15), de encarcelar a trabajadores por el hecho de incumplir obligaciones contractuales (artículo 20.1), la obligación de que los trabajadores gocen de un trato tan favorable como el que reciben los nacionales con relación a la remuneración y otras condiciones de trabajo y empleo (artículo 25), el derecho a participar de actividades sindicales, así como a afiliarse a un sindicato u otra organización en el ámbito laboral (artículos 26 y 40), el derecho a gozar el mismo trato referente a la seguridad social que el que reciben los trabajadores nacionales (artículo 27) y el derecho a recibir atención médica urgente que sea necesaria para preservar la vida o evitar daños irreparables a la salud (artículo 28). Se establece que “esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.” También se reconoce el derecho de los hijos de trabajadores migratorios a acceder a la educación en condiciones de igualdad respecto de los nacionales del Estado receptor (artículo 30) y el derecho a recibir igualdad de trato con referencia al acceso a la vivienda y a los planes sociales de vivienda promovidos por los estados (artículo 43.1.d).

Esta perspectiva ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte IDH. Por ejemplo, en el ya citado caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, la Corte establece que existe un deber de los Estados a

⁶⁶ CIDH, *op. cit.*, 2015, párr. 94.

brindar atención médica de emergencia a migrantes en situación irregular.⁶⁷ La evidencia de una adecuada atención médica consistiría, mínimamente, en la existencia de registros de ingreso y egreso en centros de salud y en la existencia de documentos que acrediten un diagnóstico a las personas que buscan atención.⁶⁸

Por otra parte, un deber que cuenta con componentes tanto de justicia como de ayuda material es el de proveer condiciones que permitan un adecuado acceso a la justicia y ejercicio de defensa por parte de personas migrantes. Este deber deriva de los artículos 8 y 25 de la CADH. Por ejemplo, en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, la Corte IDH estableció la importancia de que exista una asistencia letrada para los migrantes, lo que puede implicar la provisión de abogados de oficio a cargo del Estado, es decir, la existencia de un servicio público gratuito de defensa legal.⁶⁹

En síntesis, los deberes de ayuda material incluyen también la provisión de prestaciones de salud, de educación y asistencia letrada en el marco de procesos y procedimientos. Estos estándares mínimos conviven al interior de cada Estado con otras normas nacionales, así como con un ecosistema de políticas públicas en materia de derechos humanos.

Una perspectiva garantista sobre los derechos de cualquier persona, incluidos los migrantes, se define en el caso peruano. “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (art. 1 de la Constitución) es la premisa. A partir de ella se afirma que la enumeración de derechos fundamentales es atribuible a cualquier persona con independencia de la nacionalidad, también se reconoce el deber del Estado para garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (art. 44 de la Constitución). A nivel específico, la Ley de Migraciones (Decreto Legislativo Núm. 1350) reconoce como principio básico el respeto de la dignidad y derechos fundamentales de toda persona y “promueve la integración del extranjero y su familia a la sociedad y cultura peruana.” (artículo IV) y no criminaliza la migración irregular (artículo VIII). Esta ley reconoce expresamente los derechos de personas extranjeras al acceso a la salud, a la educación y al trabajo en igualdad de condiciones que los nacionales (artículo 9). Finalmente, la norma contempla la articulación entre autoridades competentes para atender situaciones de vulnerabilidad de personas migrantes (artículo 11).

⁶⁷ CORTE IDH, *op. cit.*, 2012, párr. 108.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 109.

⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 132, 146 y 254. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf.

Las normas encuentran, al menos nominalmente, un complemento en algunas políticas públicas. Es el caso del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 (vigente), gestionado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.⁷⁰ Entre los trece grupos de especial protección identificados como personas en situación de vulnerabilidad, aparecen las personas en situación de movilidad, categoría en la que se incluye a migrantes, víctimas de trata y personas desplazadas:⁷¹ se promueve la garantía de derechos en condiciones de igualdad a los extranjeros bajo jurisdicción del Estado peruano, la protección migratoria humanitaria a niños, niñas y adolescentes extranjeros, el acceso a programas y servicios a refugiados para facilitar su integración a la sociedad peruana y la asistencia humanitaria a personas migrantes. El cumplimiento de estas metas se controla mediante una Mesa de Trabajo Intersectorial para la Gestión Migratoria en la que participan el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Superintendencia Nacional de Migraciones, el Ministerio del Interior, de Justicia y Derechos Humanos, entre otras instancias gubernamentales.⁷²

Ahora bien, la existencia de esta compleja realidad normativa, en el caso de los migrantes venezolanos, ha evolucionado como parte del proceso histórico y político de nuestra realidad. Por lo tanto, los estándares mencionados adquieren una especificidad, por el significado que se les atribuye y su efectividad, ambos aspectos derivados de los condicionamientos del ecosistema de políticas públicas del país.

En efecto, el ideal normativo expresado por los estándares en materia de migraciones convive con una realidad adversa. Un escenario que, especialmente, desde el inicio de la pandemia de Covid-19, ha sido abiertamente hostil para los migrantes venezolanos en el Perú. Algunos hechos como muestra de ello son los siguientes:

- a) La exclusión de la población venezolana del programa de bonos y ayudas promovidos por el gobierno durante las largas cuarentenas que se impusieron en el país durante 2020 y 2021. Esto motivó que organismos como UNICEF implementaran un programa de transferencias

⁷⁰ Además de esta política destinada a abordar la problemática de la migración, existe la "Política Nacional Migratoria 2017-2025", aprobada mediante Decreto Supremo Núm. 015-2017-RE.

⁷¹ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021*, 2018, aprobado mediante Decreto Supremo Núm. 002-2018-JUS. Recuperado de: <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/1476995-plan-nacional-de-derechos-humanos-2018-2021>.

⁷² VALLEJO, C., *Mesa de Trabajo Intersectorial para la Gestión Migratoria. Un modelo de coordinación interinstitucional en materia de migraciones en el Perú*, Lima: Fondo de Desarrollo de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2015.

económicas multipropósito destinado a paliar la situación económica y social de los migrantes.

- b) El recurrente tópico de la migración venezolana tratada como un mal social y un peligro para la seguridad y la vida de los peruanos durante la campaña de elecciones presidenciales del 2021 y municipales de 2022. El candidato de la extrema derecha Rafael López fue uno de los que articuló un discurso más duro contra la migración, pero no fue el único.⁷³ Otras figuras políticas como Daniel Salaverry y George Forsyth recurrieron incluso a noticias y datos falsos sobre la migración para cosechar los réditos en número de votantes. La xenofobia de la campaña presidencial, sin embargo, era el último eslabón en la utilización del tema migratorio para ganar votos. El ejemplo más claro es el del candidato a la alcaldía de Lima Ricardo Belmont, quien en 2018 ya utilizaba a la migración venezolana como chivo expiatorio del desempleo y la creciente inseguridad en Lima y el Perú.⁷⁴
- c) La criminalización como tendencia, a todas luces contraria con las normas y estándares de derechos humanos, que tiene una clara expresión en el gobierno en funciones desde julio de 2021. En diciembre de dicho año, desde los ministerios del Interior, Defensa y Relaciones Exteriores se promovió y dispuso la expulsión de 41 ciudadanos venezolanos con antecedentes policiales y penales. La medida estuvo acompañada de una ceremonia de la que participaron el presidente y algunos ministros de Estado,⁷⁵ pero como nota paradójica la medida no se llegó a ejecutar debido a que no existía autorización para el aterrizaje por parte del gobierno venezolano.⁷⁶ Finalmente, el propio ministro del interior declaró en medios que las personas que iban a ser expulsadas no estaban realmente involucradas en hechos delictivos pero que sí contaban con infracciones administrativas. El gobierno finalmente desistió de la expulsión, pero esta acción quedó como un peligroso antecedente

⁷³ Vid. France 24, 12 de marzo de 2021, *Migrantes venezolanos, tema de disputa en campaña electoral en Perú*. Disponible en: <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20210312-migrantes-venezolanos-tema-de-disputa-en-campa%C3%B1a-electoral-en-per%C3%BA>.

⁷⁴ Véase <https://peru21.pe/politica/ricardo-belmont-justificar-discurso-venezolanos-nndc-422760-noticia/>.

⁷⁵ Infobae, 23 de diciembre de 2021, *“Operación cacería”, el plan del gobierno de Pedro Castillo detrás de la fallida expulsión de 41 venezolanos del Perú*. Disponible en: <https://www.infobae.com/america/peru/2021/12/23/operacion-caceria-el-plan-del-gobierno-de-pedro-castillo-detras-de-la-fallida-expulsion-de-41-venezolanos-del-peru/>.

⁷⁶ El Peruano, 22 de diciembre de 2021, *Guillén: Caracas no dio permiso de aterrizaje para expulsar venezolanos del país*. Disponible en: <https://elperuano.pe/noticia/135977-guillen-caracas-no-dio-permiso-de-aterrizaje-para-expulsar-venezolanos-del-pais>.

de contravención abierta a las normas de derechos humanos que logra ser ejecutada por funcionarios del Estado.

- d) Una última señal es la expulsión de Paulina Facchin, reconocida activista venezolana de derechos humanos. La orden se produjo mediante una resolución directoral (Núm. 000031-2022-DRCM Migraciones) que finalmente fue revertida por la Superintendencia Nacional de Migraciones. Y aunque esto parece haber ocurrido por la presión de los medios de comunicación, queda como otro antecedente que relativiza los derechos de los migrantes en el Perú.⁷⁷

Algunos avances y peligrosos retrocesos, esa es la imagen final: las normas y políticas analizadas han adoptado el lenguaje y la protección de los derechos humanos, pero la realidad muestra que el discurso político y los hechos pueden desconocer los estándares mínimos de respeto por las personas migrantes.

6. Reflexión final: la migración venezolana entre el ideal democrático y el pragmatismo populista

La migración venezolana en el Perú forma parte del proceso político que se inicia en el 2016 con el gobierno del presidente Kuczynski⁷⁸ y se articula al contexto de pugnas ideológicas en el tramo final de algunos regímenes de izquierda en América Latina.⁷⁹ La crisis venezolana se convierte en un asunto que convoca el interés de los sectores conservadores y de la derecha latinoamericana en general: se busca capitalizar el hecho y convertirlo en una causa política.

En ese itinerario se identifica la creación del Grupo de Lima en el 2017 como espacio que buscaba reunir a los gobiernos contrarios al régimen venezolano. A partir de esta iniciativa, en la que el Perú tuvo una participación protagónica, se promueve una orientación de la política exterior

⁷⁷ Véase Gestión, 21 de mayo de 2022, *Paulina Facchin: Migraciones declara nula expulsión del Perú de activista venezolana*. Disponible en: <https://gestion.pe/peru/paulina-facchin-migraciones-declara-nula-expulsion-del-peru-de-activista-venezolana-rmmn-noticia/>.

⁷⁸ Desde su discurso de asunción, el presidente Pedro Pablo Kuczynski anticipa que comprometería su apoyo a los ciudadanos venezolanos en nuestro país. Véase: <https://rpp.pe/politica/gobierno/ppk-y-su-anuncio-a-venezolanos-en-peru-durante-su-mensaje-a-la-nacion-noticia-1067174>.

⁷⁹ MARTÍNEZ DALMAU, R., “¿Han funcionado las constituciones de nuevo constitucionalismo latinoamericano?”, en MARTÍNEZ, R, STORINI, C. y VICIANO, R., *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Garantías de los Derechos, Pluralismo Jurídico y Derechos de la Naturaleza*, Santiago de Chile, 2021, 162.

para el caso de la migración venezolana. El caso venezolano pasó a ser un asunto de política de Estado desde el propio discurso del presidente de la república, quien anunciaba proclamas de bienvenida a ciudadanos venezolanos, incluso con promesas de salarios justos.

De este modo, se anticipa el carácter de una política migratoria que difícilmente tendría un correlato interno, dadas las condiciones económicas y sociales del país, pero que se articula con un gran sentido de oportunidad al escenario político que implicaba el caso venezolano: por un lado, las consecuencias del Grupo de Lima en su misión de enfrentar ideológicamente al “enemigo” representado en el régimen venezolano y, de otra parte, pero como efecto de lo anterior, el aprovechamiento del estado de necesidad en el que se encontraban los ciudadanos venezolanos que buscaban salir de su país para poner a salvo su integridad, sus vidas y las de sus familias.

La desigualdad estructural y sus consecuencias en las brechas de atención de los servicios públicos básicos, así como en las condiciones del espacio laboral del país, informal y precario, son las bases del modelo económico en el cual se produciría la inserción de las demandas básicas de los ciudadanos venezolanos. El argumento de la defensa de la democracia, como valor ausente en el régimen venezolano, que se exhibe desde el gobierno peruano, sin embargo, no tiene como premisa la transformación de esa realidad.

El manejo de las políticas públicas del país de aquellos años responde a las premisas del sistema económico neoliberal y es ajeno a cualquier influencia de corte igualitarista. Esa orientación enmarca también la política de migraciones y es compatible con las exigencias ideológicas visibles en el Grupo de Lima. Es una perspectiva que carece de un contenido apto para modificar la realidad y, por ello, es incapaz de brindar condiciones reales de acogida a los ciudadanos venezolanos: el *Ius migrandi* es solo una luz tenue en medio de la sombra ocupada por el derecho a la hospitalidad.

En esta línea se explican las medidas institucionales como el Permiso Temporal de Permanencia – PTP y su evolución contradictoria marcada por las limitaciones de la realidad y la agenda política. Un primer momento se produjo en enero de 2017, al compás de las primeras declaraciones del presidente Kuczynski. El PTP se otorgará a los que pudieron arribar al Perú hasta el 2 de febrero de 2017. Un segundo momento se produjo en julio de 2017 y el anuncio nuevamente se hizo parte del discurso presidencial.⁸⁰

Por último, en enero de 2018 se aprobó un tercer PTP para el caso de

⁸⁰ Véase: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11195.pdf>.

las personas que ingresaron hasta el 31 de diciembre, pero ocho meses después, en agosto del mismo año, la temporalidad del mecanismo se redujo al 31 de octubre.⁸¹ Hasta ese momento, para el ingreso al territorio nacional solo bastaba el documento de identificación del país de origen; sin embargo, a partir de agosto de ese año también se incorporó la obligatoriedad del pasaporte.⁸² Por último, luego de la crisis política que produjo la renuncia del presidente Kuczynski en marzo de 2018, con su sucesor Martín Vizcarra, se añadió la exigencia de contar con una visa humanitaria.⁸³

El incremento de los requisitos para la migración muestra que la respuesta institucional del país se esconde detrás de las barreras burocráticas. El Estado peruano no tiene la capacidad para asumir el impacto de la migración venezolana en tan corto tiempo, pero tampoco la tendría en un lapso más extenso, pues las condiciones internas del país no son aptas ni siquiera para los nacionales.

El paso del tiempo confirma lo dicho, pues según información de la Superintendencia Nacional de Migraciones el número de ciudadanos venezolanos que cuenta con el PTP está por debajo de la mitad de los que permanecen en el país. En efecto, del total de 1,301,315 ciudadanos venezolanos que han registrado movimiento migratorio del 1 de enero de 2017 al 30 de junio de 2021, solo el 37.1% se ha inscrito para obtener el PTP y el 62.9% nunca lo hizo. Y, del total de 782,280 ciudadanos venezolanos que permanecen en el país oficialmente, solo el 43.8% contaba con el PTP a esa fecha.⁸⁴

En este escenario las limitaciones institucionales se entremezclan con los intereses políticos y una cultura social no ajena a la xenofobia: el ideal democrático al que se apeló en los inicios del gran proceso migratorio de ciudadanos venezolanos al Perú ha dejado al descubierto las raíces populistas y momentáneas de aquel discurso. La demanda de justicia que exige la migración de los ciudadanos venezolanos apenas está presente en la agenda gubernamental con medidas concretas.

⁸¹ Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/aprueban-lineamientos-para-el-otorgamiento-del-permiso-tempo-decreto-supremo-n-001-2018-in-1609074-1>.

⁸² Véase: https://elpais.com/internacional/2018/08/18/america/1534548256_728762.html.

⁸³ Señaló que dicha medida busca garantizar una migración “segura y ordenada”. Mencionó que la visa humanitaria debe ser tramitada en los consulados de Perú en Caracas. Disponible en: <https://andina.pe/agencia/noticia-desde-15-junio-venezolanos-ingresaran-al-peru-solo-pasaporte-y-visa-humanitaria-754734.aspx>.

⁸⁴ *Característica Sociodemográficas de la Migración Venezolana en el Perú. Febrero 2017 – junio 2021*, cit., 29.

CAPÍTULO 3

El rechazo en frontera de la migración irregular en Ceuta y Melilla

*Emilia Girón Reguera*¹

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El régimen especial de devolución en Ceuta y Melilla en la ley española de extranjería. – 3. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los rechazos en frontera. – 4. La constitucionalidad condicionada de las “devoluciones en caliente”. – 5. Inmigración y derechos humanos en las fronteras exteriores.

1. Introducción

La crisis migratoria acontecida en Ceuta en mayo de 2021, provocada por la llegada masiva de inmigrantes marroquíes a territorio español por el espigón fronterizo ante la pasividad de la policía marroquí² y su devolución inmediata por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a Marruecos, ha reavivado el debate sobre la ilegalidad de la devolución de migrantes en la frontera. En las ciudades españolas de Ceuta y Melilla, única frontera exterior terrestre de la Unión Europea con el continente africano, se aplica una figura conocida como rechazo en frontera, introducida en la legislación española de extranjería en 2015. El rechazo en frontera fue declarado conforme a la Constitución por el Tribunal

¹ Profesora Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Cádiz.

² Esta avalancha, aproximadamente entre ocho mil y diez mil inmigrantes, originó una crisis migratoria, pero también diplomática, al presumirse que fue instigada por las propias autoridades marroquíes como respuesta a la atención hospitalaria de Brahim Ghali en España, secretario general del Frente Polisario y Presidente de la República Árabe Saharaui Democrática, que fue considerada como un agravio por parte de Marruecos. En 2022, la situación se agravó en Melilla: el 2 de marzo se produjo el mayor salto a la valla fronteriza de su historia, alrededor de dos mil quinientos inmigrantes intentaron acceder de forma irregular, y el 24 de junio se produjo otro violento y organizado salto masivo para cruzar la frontera desde Marruecos, en el que participaron unas dos mil personas de origen subsahariano, muchas armadas con objetos punzantes, que se cobró la vida de veinticuatro inmigrantes.

Constitucional español en sus sentencias 172/2020, de 19 de noviembre, y 13/2021, de 28 de enero, que se sustentaron a su vez en la doctrina establecida por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia N.D. y N.T. c. España, de 13 de febrero de 2020. Sin embargo, ambos pronunciamientos condicionaron su constitucionalidad al cumplimiento de ciertos requisitos que, en la praxis, se han manifestado como de difícil cumplimiento. El estudio de ambas resoluciones y los problemas de índole práctico que la aplicación de sus exigencias ha generado centran el objeto del presente trabajo.

2. El régimen especial de devolución en Ceuta y Melilla en la ley española de extranjería

La figura del rechazo en frontera fue introducida en 2015 por *la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana* mediante su *Disposición final primera* que, con el título *Régimen especial de Ceuta y Melilla*, adiciona una disposición adicional décima a la ley española de extranjería, *la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (en adelante, LOEX). Ceuta y Melilla están sometidas a una fuerte presión migratoria, al constituir dos vías de acceso de los flujos migratorios hacia Europa menos arriesgadas que intentar alcanzar las costas europeas por vía marítima.³ La disposición adicional décima LOEX articula un procedimiento específico de devolución de los extranjeros que intentan entrar ilegalmente en estas ciudades cruzando sus vallas fronterizas, con el que se trata de dar respuesta a su singularidad geográfica. El carácter de ciudades fronterizas e intercontinentales justifica “un régimen especial en materia de extranjería para hacer frente a la situación de riesgo que se produce en los perímetros fronterizos de Ceuta y Melilla – frontera exterior de la Unión Europea – por la presión migratoria” (STC 172/2020, FJ 8.B), dando cobertura legal a la devolución inmediata de los inmigrantes que sean interceptados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando intentan traspasar las líneas fronterizas. Su tenor literal es el que sigue:

³ Ambas ciudades disponen de un régimen especial en Schengen, tal como preceptúa el art. 41 del Código de fronteras Schengen, denominación que recibe el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras: “Las disposiciones del presente Reglamento no afectarán al régimen especial aplicable a las ciudades de Ceuta y Melilla, tal como se define en la Declaración del Reino de España relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla, que figura en el acta final del Acuerdo sobre la adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985”.

“1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.

2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.

3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional”.

Con este precepto se legaliza las devoluciones inmediatas de los migrantes que tratan de acceder a Ceuta y Melilla, saltando y escalando las alambradas, y que tenían lugar de facto, pese a la falta de asidero legal. Se articula así un instrumento que permite dar respuesta a los intentos de entrada masiva de forma ilegal cruzando el vallado fronterizo de ambas ciudades, con la única exigencia de que el rechazo sea respetuoso con la legislación internacional en materia de derechos ratificada por España. Se trata de una forma de salida forzosa del país para resolver el caos que se produce en estas ciudades cuando hay avalanchas de inmigrantes tratando de cruzar irregularmente las fronteras. El rechazo en frontera, pese a su carácter coactivo, difiere jurídicamente de la figura de expulsión, pero también del retorno.

En relación con la primera, la expulsión, acordada por orden judicial o por resolución administrativa, reviste el carácter de sanción como consecuencia de la comisión de un ilícito. Al respecto, encontrarse en España en situación irregular es constitutivo de infracción administrativa, que puede ser sancionada con la expulsión del territorio español, previa tramitación del expediente administrativo (art. 57.1 LOEX). Por el contrario, la devolución es una decisión administrativa por la que se decide la salida de España de aquellos que han pretendido entrar ilegalmente en nuestro país por un puesto no habilitado al efecto, eludiendo los requisitos que para el ejercicio del derecho de entrada en territorio nacional exige la legislación en materia de extranjería, que es adoptada sin tramitación de un expediente de expulsión (art. 58.3 LOEX).⁴ La devolución no supone, por tanto, el ejercicio del *ius puniendi* estatal, sino que se dicta como medida de restitución de la legalidad migratoria conculcada, al carecer de los requi-

⁴ Conforme el art. 23 del Reglamento de la Ley de Extranjería (RLOEX) – Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social – no será necesario un expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país, añadiendo que “se considerarán, incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones”.

sitos legalmente exigidos, lo que determina la salida obligatoria del territorio nacional y el viaje de vuelta al país de origen o de procedencia. Con la devolución se “pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que no comporta en sí misma una sanción sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico (...) que se acuerda por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye tanto el necesario control de los flujos migratorios que tiene como destino nuestro país como el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España” (STC 17/2013, FJ 12). La devolución es la figura que más se asemeja al rechazo en frontera en Ceuta y Melilla que regula la disposición adicional décima de la ley de extranjería. Los extranjeros que son interceptados en la frontera o en sus inmediaciones no son expulsados, sino devueltos. Cuando la devolución, que debe ser acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión, no se pueda ejecutar en un plazo de setenta y dos horas se ha de solicitar de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión (art. 58.6 LOEX).

En lo que se refiere al retorno, el rechazo también difiere, porque, aun tratándose también de una forma de salida obligatoria, el retorno consiste en la denegación de entrada en el país a los extranjeros que no acrediten reunir los requisitos establecidos en la normativa de extranjería en los puestos fronterizos habilitados (arts. 26 LOEX y 15 RLOEX). Esta medida, adoptada por los agentes de policía mediante resolución motivada, carece de carácter sancionador al igual que la devolución, pero, a diferencia de ésta última, no se ha entrado o pretendido entrar de forma ilegal en el país.

Los difusos perfiles del rechazo en frontera suscitaron dudas sobre su adecuación a la normativa internacional en materia de derechos humanos y también críticas, al entenderse que su aplicación vulnera la prohibición de expulsiones colectivas e incumple el principio de no devolución.⁵ Visos de inconstitucionalidad sobre los que se tuvo que pronunciar el Tribunal Constitucional, ya que se promovieron dos recursos de inconstitucionalidad, que fueron resueltos por las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional 172/2020 y 13/2021, que confirmaron su constitucionalidad, pero condicionando su interpretación. La desestimación de los re-

⁵ En opinión de P.P. Pinto de Albuquerque y C.H. Preciado Domènech, la Disposición Adicional 10ª LOEX “no es otra cosa que el torpe intento de cubrir de un manto de legalidad lo que no deja de ser una vulneración flagrante de los derechos humanos de las personas migrantes” (*Hablemos de Derechos Humanos. La doctrina del TEDH y su aplicación en España desde los votos particulares del Juez Paulo Pinto de Albuquerque*, Tirant lo Blanch, 2020, 806).

cursos se fundamentó a su vez en la controvertida sentencia de 13 de febrero de 2020 en el asunto N.D. and N.T. c. España dictada por la Gran Sala del TEDH, que se pronunció por vez primera sobre estas devoluciones sumarias de inmigrantes a Marruecos, en este caso, desde Melilla. De ahí que sea necesario analizar, de forma previa al estudio de dichas resoluciones del TC, los argumentos jurídicos esgrimidos por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para admitir los rechazos realizados de forma expeditiva a Marruecos, dando carta de naturaleza a las devoluciones inmediatas de quienes son interceptados intentando superar los dispositivos de control fronterizo de forma irregular en Ceuta y Melilla.

3. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los rechazos en frontera

El asunto que dio origen a la sentencia de la Gran Sala del TEDH de 13 de febrero de 2020 se originó a raíz de la devolución de dos jóvenes inmigrantes subsaharianos, uno procedente de Mali y otro de Costa de Marfil, que, después de permanecer varias horas encaramados en la última valla del puesto fronterizo de Melilla, fueron ayudados a bajar por la Guardia Civil, y, tras interceptarlos, los devolvió inmediatamente al lado marroquí de la frontera el 13 de agosto de 2014. El caso de su devolución llegó hasta el TEDH, porque los dos inmigrantes, N.D. y N.T., interpusieron sendas demandas contra el Reino de España, en las que alegaron que ese retorno inmediato a Marruecos equivalía, en su opinión, a una expulsión colectiva, porque no tuvieron oportunidad alguna de ser identificados, ya que no se llevó a cabo ningún procedimiento escrito para examinar sus circunstancias individuales, y se quejaron de la falta de un recurso efectivo, al no poder impugnar su devolución, así como del riesgo de maltrato al que supuestamente se enfrentaban en Marruecos.⁶ El TEDH tuvo que pronunciarse sobre si tales devoluciones podían ser consideradas una expulsión colectiva y, por consiguiente, si, en dicha actuación, se había respetado el CEDH.

En primera instancia, el TEDH, en sentencia de 3 de octubre de 2017

⁶ Al margen de sus demandas, el 2 de diciembre y el 23 de octubre de 2014 N.D. y N.T. respectivamente lograron escalar las vallas, esta vez con éxito, y accedieron al territorio nacional. En 2015, se emitieron órdenes de expulsión contra ambos migrantes. El primero de ellos solicitó protección internacional, aunque ésta fue rechazada por no tener fundamento y por ausencia de riesgo para el individuo, y al inadmitirse sus recursos, fue devuelto a Malí, su país natal. El segundo demandante no solicitó la protección internacional y, al expirar el plazo máximo de sesenta días de internamiento para inmigrantes irregulares, fue liberado.

apreció, por unanimidad, que estas devoluciones vulneraron el derecho a no ser sometido a expulsiones colectivas de extranjeros establecido en el art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH y también el derecho a un recurso efectivo garantizado por el art. 13 CEDH en relación con el art. 4 del Protocolo núm. 4, porque los migrantes no tuvieron acceso a ningún procedimiento tendente a su identificación y a la comprobación de sus circunstancias personales y no se les permitió realizar ningún trámite, esto es, se les vedó la posibilidad de solicitar refugio o asilo en el puesto fronterizo de Melilla. Se estimó así la demanda de los dos inmigrantes expulsados y se condenó al Estado Español a indemnizar a cada uno de los demandantes con cinco mil euros.

Sin embargo, posteriormente, la Gran Sala del TEDH, a la que el Gobierno español decidió solicitar la remisión del asunto, rectificó dicha sentencia en 2020, considerando que tales devoluciones no vulneran el Convenio Europeo de Derechos Humanos, si concurren varios factores.

En primer lugar, el TEDH exige efectuar una valoración de la propia conducta de los demandantes. Atendiendo a la intención deliberada de traspasar las vallas fronterizas, se dictaminó que no hay vulneración del art. 4 del Protocolo núm. 4 cuando la ausencia de una decisión individual sobre la expulsión, previo examen de sus circunstancias personales es atribuible a la propia conducta del demandante (§ 200).⁷ Sustentándose en la doctrina de la propia conducta, la Gran Sala de Estrasburgo concluyó, por unanimidad, que el Estado español no violó la prohibición de realizar expulsiones colectivas, ni tampoco el derecho al recurso efectivo para impugnar la devolución de quienes previamente se habían situado voluntariamente al margen de la legalidad, al utilizar vías de hecho para traspasar la frontera:

“este Tribunal considera que los demandantes se pusieron en situación ilegal al intentar deliberadamente entrar en España cruzando los dispositivos de protección de la frontera de Melilla el 13 de agosto de 2014, formando parte de un grupo numeroso y en un lugar no autorizado. Así pues, optaron por no utilizar los procedimientos legales existentes para entrar legalmente en territorio español, incumpliendo así las disposiciones pertinentes del Código de Fronteras Schengen relativas al cruce de las fronteras exteriores del espacio Schengen y la legislación interna en la materia. En la medida en que el Tribunal ha

⁷SOSA NAVARRO, M. ha resaltado que con esta doctrina el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por primera vez en su historia, ha supeditado la protección frente a la expulsión colectiva a la forma de entrada en el territorio de un Estado Parte, condicionando la aplicabilidad de la prohibición de expulsión colectiva a la conducta del demandante (*Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable: el asunto N.D. y N. T. contra España ante el TEDH*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 67, 2020, 1051 y 1058).

considerado que la falta de un procedimiento individualizado para su expulsión fue consecuencia de la propia conducta de los demandantes, al intentar entrar sin autorización en Melilla, no puede considerar responsable al Estado demandado por no haber puesto a su disposición un recurso judicial contra dicha expulsión” (§ 242).

En segundo lugar, para evaluar una queja con arreglo al art. 4 del Protocolo núm. 4 no sólo se debe atender a la conducta del demandante sino también si el Estado demandado proporcionó un acceso real y efectivo a los medios legales de entrada existentes a tal efecto, en particular, los procedimientos existentes en la frontera. Expone la Gran Sala que tal exigencia está en sintonía con la línea jurisprudencial establecida en casos anteriores,⁸ porque considera que no hay violación del art. 4 del protocolo núm. 4 si la ausencia de resoluciones individuales de expulsión es consecuencia de la propia conducta del solicitante, aun cuando quisieran hacer valer los derechos derivados del Convenio, al no utilizar los cauces legales existentes que el Estado español puso a su disposición de manera real y efectiva (§ 231):

“Cuando tales mecanismos (*de entrada legal*) existan y aseguren el derecho de solicitar la protección que otorga la Convención, y en particular del art. 3, de forma real y efectiva, el Convenio no impide que los Estados parte, en cumplimiento de su obligación (*Schengen*) de controlar las fronteras, exijan que las solicitudes de protección se presenten en los puestos fronterizos existentes. En consecuencia, pueden denegar la entrada en su territorio a los extranjeros, incluidos los posibles solicitantes de asilo” (§ 210).

Pero, además, el TEDH requiere que aun cuando el Estado demandado haya facilitado dicho acceso, pero un demandante no lo utilice, se debe ponderar también si existieron “razones de peso para no usar esos medios de acceso, fundadas en hechos objetivos de los que el Estado *demandado* sea responsable” (§ 201). A *sensu* contrario, cuando hay una ausencia de razones de peso imputables al Estado para no hacer uso del procedimiento legal de entrada, no cabe considerar ilegal el rechazo en frontera.

⁸En su doctrina jurisprudencial, requiere identificar a cada extranjero, así como un análisis razonable y objetivo del caso concreto, permitiéndoles, en su caso, solicitar asilo. Al respecto, véase la STEDH Gran Sala *Sharifi y otros C. Italia y Grecia*, de 21 de octubre de 2014, que se pronunció sobre la devolución de treinta y cinco inmigrantes – treinta y dos eran afganos, dos sudaneses y uno eritreo – que, tras llegar a Italia por vía marítima procedentes de Grecia, fueron devueltos de forma colectiva a Grecia. Tras demandar al Estado italiano, el TEDH consideró que se había realizado una expulsión colectiva, vulnerando el art. 4 del Protocolo núm. 4, porque no se identificó a los extranjeros, ni se les permitió solicitar asilo, lesionándose el principio de no devolución.

En este caso concreto, el TEDH expone que no existieron tales razones de peso. Es más, el TEDH reprende a los demandantes por no dar una explicación sobre los motivos por los que no intentaron acceder a España por vías legales, solicitando protección internacional en el puesto fronterizo o en las representaciones diplomáticas españolas. Tampoco aportaron pruebas de encontrarse en alguna de las situaciones reconocidas para la concesión de asilo. En la propia sentencia, se indica que el consulado español está a unos trece kilómetros del lugar donde se produjo el asalto a las vallas y que permanecieron dos años en el caso de N.D. y un año y nueve meses en el caso de N.T. en un campamento desde el que podrían haber viajado hasta el consulado. Sin embargo, “no dieron ninguna explicación sobre por qué no lo hicieron. De hecho, ni siquiera alegaron que se les hubiera impedido utilizar dichas posibilidades” (§ 227) y tampoco recurrieron a la opción real y efectiva de solicitar un visado en otras embajadas españolas, ya fuese en sus países de origen o en alguno de los países por los que habían transitado desde 2012. Por el contrario, el gobierno español proporcionó información sobre el número considerable de permisos de trabajo a ciudadanos de Malí y Costa de Marfil que habían expedido en el período, lo que no fue rebatido por los demandantes (§ 228).

La Gran Sala concluyó que los inmigrantes subsaharianos optaron de forma voluntaria por no acogerse a los mecanismos legales, por lo que la falta de un procedimiento individualizado para su devolución fue consecuencia de la propia conducta de los demandantes al intentar entrar sin autorización en Melilla. En tal situación, el Estado demandado no es responsable de no haber puesto a su disposición un recurso judicial contra la expulsión. Consecuentemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos avala que los Estados parte pueden denegar la entrada en su territorio de los extranjeros, incluido los peticionarios de asilo, que, sin concurrir motivos de peso basados en hechos objetivos de los que sea responsable el Estado demandado (§ 229), no hayan hecho uso de los procedimientos legales existentes para obtener la entrada legal en territorio español, tratando de cruzar la frontera por lugares distintos a los habilitados, y especialmente, razona el TEDH, cuando lo han intentado aprovechando su gran número y utilizando la fuerza (§§ 210, 231).

Al concurrir las circunstancias expuestas, el TEDH dio luz verde a las devoluciones sumarias de las personas extranjeras, utilizando como argumento principal la ausencia de razones que justifiquen el intento de cruce irregular de la línea fronteriza, reforzado con otros dos criterios adicionales, que no necesarios: prevalecerse de su gran número, así como el uso de la fuerza, que contribuyen a crear una situación perturbadora de difícil control. Por tanto, no es un requisito necesario que concurren las circunstancias de actuación “en grupo numeroso” y/o “con violencia” para rechazar en frontera,

sino que basta el intento por personas individualizadas de entrar en España y ser sorprendidos en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla.

Con el razonamiento expuesto, la Gran Sala anuló el fallo previo del propio tribunal y concluyó que España actuó conforme a derecho, por lo que revocó la condena inicial y avaló las devoluciones sumarias de los dos subsaharianos, quienes “decidieron no utilizar las vías legales existentes”, saltando la valla, y, por consiguiente, “se pusieron ellos mismos en una situación de ilegalidad” al intentar deliberadamente acceder “de forma irregular” a territorio español, recurriendo además a “la fuerza” y al “efecto masa”. De todo ello se deduce que el TEDH condiciona el cumplimiento del principio de no devolución a dos criterios: la conducta de los demandantes y la existencia de impedimentos objetivos para acceder a las vías para entrar legalmente en España, en particular, a través de procedimientos en frontera.

Se aceptaron, por ende, los argumentos esgrimidos por España, al razonar que, si se intenta una entrada ilegal por una frontera terrestre cuando se podía haber accedido legalmente por la oficina de protección internacional ubicada en el paso autorizado, no puede concluirse que se carece de recurso efectivo contra la negativa de entrada. Estrasburgo expone que la ley española ofrece varias vías para lograr la admisión en el territorio nacional por procedimientos legales, por lo que la devolución fue resultado de la propia conducta de los migrantes, quienes se colocaron ellos mismos en una situación ilegal cuando intentaron de forma deliberada entrar en España por un lugar no autorizado, prevaleciendo de su gran número y del uso de la fuerza. En consecuencia, no se puede responsabilizar al Estado demandado, porque podrían haber solicitado una visa o protección internacional, en particular, en el paso fronterizo, pero también en las representaciones diplomáticas y consulares de España en sus respectivos países de origen, de tránsito o en Marruecos.⁹

4. *La constitucionalidad condicionada de las “devoluciones en caliente”*

La doctrina establecida por la Gran Sala del TEDH en el *asunto N.D. y N.T. c. España* ha sido el canon para la interpretación del rechazo en fron-

⁹La posibilidad de que los nacionales del continente africano accedan mediante un visado es muy reducida, ya que su formación y perspectivas laborales son insuficientes para poder obtenerlo. La entrada en España a través de las vías legales es una utopía para la mayoría de migrantes, lo que explica la utilización de vías irregulares de entrada. Véase al respecto, COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO, CEAR, *Análisis de la Sentencia N.D. y N.T. contra España de 13 de febrero de 2020*, 6, 2020.

tera en la STC 172/2020 y, posteriormente, en la STC 13/2021. El TC ha recepcionado la jurisprudencia de la Corte Europea, aplicando los mismos criterios interpretativos para declarar la constitucionalidad del régimen especial para Ceuta y Melilla, que permite devolver a los extranjeros que intentan cruzar las vallas fronterizas, sin que puedan acceder a los procedimientos legales a los que hasta entonces tenía derecho. En su análisis, el TC aborda primero la naturaleza del rechazo en frontera y, a continuación, examina su adecuación al marco constitucional, partiendo de la premisa de que no existe un derecho fundamental a entrar en España “del que sean titulares los extranjeros con apoyo en el art. 19 de la Constitución Española (*en adelante, CE*)” (STC 236/2007, FJ 12), por cuanto la entrada está condicionada al cumplimiento de los requisitos exigidos en la legislación de extranjería.

Una cuestión dilucidada a priori por el TC es que no resulta trascendente si el “rechazo en frontera” se produce antes, durante o después de traspasar los límites fronterizos, lo relevante es que se trata de acciones llevadas a cabo por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles, esto es, que se está ante una actividad de funcionarios públicos de España en el ejercicio de sus funciones, incluso si aquella se desarrolla en un espacio situado más allá del territorio español, y, por tanto, está sometida al estricto cumplimiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), además de tener que respetar la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional:

“los extranjeros aprehendidos, al intentar superar los elementos de contención, pasan a estar bajo el control y jurisdicción de los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad y, por tanto, del Estado español, resultando irrelevante si dichos elementos – la valla – se sitúan o no en territorio bajo soberanía española, por lo que debe serles de aplicación la legislación en materia de extranjería y (...) le son aplicables las garantías previstas en nuestro ordenamiento jurídico (STC 172/2020, FJ 8.C) (i)”.

El Tribunal Constitucional sigue para fundamentar su posición la misma línea argumental del TEDH, que considera que: “desde el momento en que en un Estado, mediante sus agentes que operan fuera de su territorio, ejerce su control y su autoridad y, por consiguiente, su jurisdicción sobre un individuo, recae sobre tal Estado, en virtud del art. 1, una obligación de garantizar a este individuo todos los derechos y libertades previstos en el Título I del Convenio que atañen a su caso”, por cuanto no puede admitirse la existencia de “zonas de no derecho” donde los individuos no estén amparados por un sistema jurídico capaz de brindarles el disfrute de los derechos y garantías protegidos por el Convenio Europeo

de Derechos Humanos (STEDH de 23 de febrero de 2012, caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, § 74 y 178 a 180).¹⁰

Realizada tal aclaración, el TC define el rechazo en frontera como “una actuación material *de vigilancia* de carácter coactivo orientada a restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento por parte de las personas extranjeras de cruzar irregularmente esta concreta frontera terrestre” y, por ende, tal actuación es constitucional, “sin perjuicio del control judicial que proceda realizarse en virtud de las acciones y recursos que interponga, en cada caso concreto, la persona extranjera” (STC 172/2020, FJ 8.C) (iii)”. En línea con la jurisprudencia del TEDH, el TC justifica la devolución automática en la propia conducta de los demandantes, que no utilizaron los procedimientos oficiales de entrada regular, junto con el “uso de la fuerza” y “el número elevado de personas que intentaron acceder”, por lo que concluye que, en tales circunstancias, los inmigrantes no quedan amparados por la protección que ofrece el CEDH.

Definida la figura, se abordan los motivos de impugnación. Primeramente, la posible colisión del rechazo en frontera con el marco constitucional derivado de los arts. 9.3 y 106.1 CE, en relación con el art. 24.1. CE, alegada por los recurrentes, al considerar que se está ante una vía de hecho, por tratarse de una actuación administrativa llevada a cabo prescindiendo de todo procedimiento. Argumento que es rebatido por el TC con doctrina constitucional ya asentada, que sostiene que no forma parte “de la garantía otorgada por el art. 106 CE un derecho a la completa tramitación de un procedimiento administrativo en materia de extranjería que concluya, en todo caso, con una resolución sobre el fondo del asunto. Por el contrario, las garantías derivadas de este precepto constitucional se satisfacen si los interesados tienen derecho a someter al examen de los tribunales la legalidad de lo que ellos consideran un incumplimiento por parte de la administración de las obligaciones nacidas de la ley” (STC 17/2013, FJ 13). De tal disquisición cabe inferir que la devolución, aunque no requiera la tramitación de un expediente de expulsión, debe estar pre-

¹⁰ La STEDH Gran Sala *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* fue una resolución histórica por dos razones. Por un lado, fue la primera vez que el Tribunal confirmó que se ha violado el art. 4 del Protocolo 4, que consagra la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros e impide rechazos automáticos de migrantes. El Estado italiano incurrió en tal vulneración, al devolver a Libia los migrantes que fueron interceptados en tres embarcaciones por navíos militares italianos, sin ser identificados y sin un examen individual de su situación personal, imposibilitando que pudieran presentar una solicitud de asilo. Por otro lado, fue la primera vez que el TEDH condena a un Estado por un rechazo que no se ha cometido en el territorio nacional, con una frontera física de contención, sino en altamar. Con esta decisión, se ampara la aplicación extraterritorial de las garantías del Convenio Europeo y sus Protocolos a todas las actuaciones de control migratorio realizadas por las autoridades de un Estado parte de la Convención.

cedida de, al menos, un procedimiento administrativo mínimo que permita que la actuación material que el rechazo en frontera supone sea susceptible de control judicial, en virtud de las acciones y recursos que interponga la persona extranjera. Apoyándose en este razonamiento, el Tribunal Constitucional estima que el régimen de rechazo en frontera previsto específicamente para Ceuta y Melilla no incurre en inconstitucionalidad.

A su vez añade el TC, que la propia ley de extranjería exige que esta actuación material de vigilancia de carácter coactivo se lleve a cabo “con las garantías que a las personas extranjeras reconocen las normas, acuerdos y tratados internacionales rubricados por España” (STC 172/2020, FJ 8C). De esta especial consideración a las normas internacionales de derechos humanos deduce el Tribunal Constitucional que los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar una atención preferente a las personas pertenecientes a colectivos vulnerables, entre las que se incluyen, las que aparentemente manifiestamente ser menores de edad, sobre todo cuando no se encuentran acompañados por sus familiares, las embarazadas o inmigrantes afectados por serios motivos de incapacidad, incluida la causada por la edad avanzada.¹¹

Otro motivo de impugnación fue que el rechazo en frontera no respeta la jurisprudencia del TEDH sobre el principio de no devolución (*non-refoulement*), fundamental del derecho migratorio, que prohíbe al país que recibe refugiados devolverlos a un país en el que correrían el riesgo de ser perseguidos por «raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política» –, y les obliga a facilitarles el ejercicio del derecho de asilo previsto en el art. 13.4 CE. El derecho de asilo está, por ello, “especialmente vinculado con el *principio de no devolución* que opera, hoy día, como una garantía aplicable a toda legislación en materia de extranjería, y cuya finalidad es impedir la devolución de una persona a un territorio en el que su vida, integridad o libertad corran peligro (art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados; y en el ámbito de la Unión Europea, se plasma en el art. 19.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales, y el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, del retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular” (STC 172/2020, FJ 8.C.c).

El Tribunal Constitucional hace suya también la doctrina del TEDH, que se ha pronunciado sobre el principio de no devolución con ocasión de las expulsiones o deportaciones, declarando que el principio se traduce en

¹¹ Sobre la complejidad de las situaciones de vulnerabilidad en contextos migratorios, véase LA SPINA, E., *La vulnerabilidad de las personas refugiadas ante el reto de la integración*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020.

la obligación de los Estados de asegurarse del trato al que se exponen los extranjeros, que están bajo su jurisdicción, si se devuelven al país de origen o de procedencia a los efectos de no incurrir en una vulneración del art. 3 CEDH, que establece la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes.¹² Además, el TC trae a colación la STEDH de 13 de febrero de 2020, caso N.D. y N.T. c. España, en la que se recordó a los Estados que, como España, tienen fronteras exteriores de la Unión Europea, el deber de disponer de un acceso real y efectivo a los procedimientos legales de entrada, para que todas las personas que se enfrenten a una persecución, con riesgo para su vida e integridad, y alcancen las fronteras puedan presentar una solicitud de protección internacional, en condiciones tales que garanticen su tramitación de manera coherente con las normas internacionales y el propio Convenio de Derechos Humanos (§ 209). De forma que, si tales medios existen y son efectivos, los Estados “podrán denegar la entrada en su territorio a los extranjeros, incluidos los posibles solicitantes de asilo, que hayan incumplido, sin razones convincentes estas disposiciones al tratar de cruzar la frontera por un lugar diferente no autorizado” (§ 210). En el supuesto de que hubieran accedido al territorio español, no siendo aprehendidos en la frontera, los migrantes también pueden solicitar asilo, lo que suele acontecer para evitar su expulsión de Marruecos.¹³ La gran mayoría de solicitudes de asilo, salvo que se perciba de manera inequívoca indicios de falta de veracidad, son admitidas a trámite, lo que supone la posibilidad de moverse por todo el territorio nacional, incluida la península. Si la solicitud fuera desestimada, se les aplica el correspondiente expediente de expulsión.

Concluye el TC que, dado que la disposición adicional décima de la *Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros* en España en nada excepciona el régimen jurídico previsto en la *Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo*, al limitarse a indicar dónde se han de formalizar las solicitudes – puestos fronterizos de Ceuta y Melilla –, y que los medios, que permiten acceder a un procedimiento de entrada legal al

¹² En tal sentido, se han pronunciado las SSTEDH de 28 de febrero de 2008, caso *Saadi c. Italia*, § 124 a 133, 137 a 141 y 147 in fine; de 5 de mayo de 2009, caso *Sellem c. Italia*, § 28 a 37; de 3 de diciembre de 2009, caso *Daoudi c. Francia*, § 64; de 23 de febrero de 2012, caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, § 113 a 114, y de 19 de diciembre de 2013, caso *N.K. c. Francia*, § 37 a 41, entre otras.

¹³ Así aconteció en 2021 con la entrada masiva de personas extranjeras desde Marruecos a Ceuta, quedando colapsada su oficina de asilo y refugio. También el cierre de fronteras en Ceuta y Melilla durante dos años a causa de la pandemia, desde marzo de 2020, provocó que marroquíes en situación irregular atrapados en dichas ciudades recurrieran al asilo para poder trasladarse a la península. La reapertura de las fronteras terrestres entre España y Marruecos en Melilla y Ceuta no se produjo hasta mayo de 2022, en particular, los pasos fronterizos de Beni Enzar en Melilla y del Tarajal en Ceuta.

territorio español, deben existir y ser efectivos, el TC rechaza acoger los reproches de inconstitucionalidad formulados en los recursos de inconstitucionalidad.

En definitiva, el Tribunal Constitucional español declaró la constitucionalidad de la disposición adicional décima en la ley de extranjería, considerándola conforme a la Constitución, siempre que sea interpretada en los términos expuestos en el FJ 8 C) de la STC 172/2020, que se concretan en el propio fallo, que recoge tres condiciones:

La primera condición requiere la aplicación del rechazo a entradas individualizadas. Tal requisito es obligado por cuanto la disposición debe ser interpretada, conforme el art. 10.2 CE, a la luz del art. 4 del Protocolo n.º 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros y, por ende, reconoce el derecho a no ser expulsado colectivamente. Las devoluciones forzadas de migrantes que hayan sido sorprendidos por la policía fronteriza han de ser llevadas a cabo individualizadamente. Las devoluciones se han de practicar, por ello, de forma individual, identificando a la persona migrante y posibilitándole la presentación de alegaciones contra su devolución ante las autoridades competentes. La ausencia de un procedimiento para cada migrante situaría la devolución al margen de la legalidad. El TC, usando la misma línea jurisprudencial establecida por el TEDH, en la sentencia N.D. y N.T c. España, fundamenta la devolución en la propia conducta de los demandantes, que no utilizan los cauces legales de entrada regular puestos a su disposición de manera real y efectiva, sin razones justificativas convincentes, lo que unido al uso de la fuerza y el número elevado de personas que intentan acceder, justifica que los inmigrantes no queden amparados por la protección que ofrece el CEDH. En relación a esta cuestión, es trasladable la reiterada jurisprudencia del TEDH, en la que se aclara que no es relevante el número de personas expulsadas: “el hecho de que se dicten resoluciones similares a varias personas no permite por sí mismo concluir que existe una expulsión colectiva, siempre que se haya ofrecido al interesado la oportunidad de presentar alegaciones individualmente a las autoridades competentes en contra de su expulsión” (N.D y N.T. c. España, § 199; *Sultani c. Francia*, de 20 de noviembre de 2007, § 81).

Una segunda condición para apreciar la constitucionalidad del rechazo en frontera es el pleno control judicial, en el sentido que se ha de garantizar que la devolución esté sujeta a una efectiva revisión judicial mediante los correspondientes recursos que interponga la persona extranjera, de forma que no pueda privársele de su derecho a la tutela judicial. A tal efecto, resulta esencial facilitarles asistencia jurídica y, en su caso, intérprete, que les ayuden a comprender las razones legales en las que se sustenta la decisión de devolución y les informen de los recursos a su dispo-

sición. El cumplimiento de esta condición requiere la formalización del rechazo en un documento oficial, garantizando así la posibilidad de impugnación y disuadiendo de decisiones arbitrarias que generen indefensión. La salida forzada del país mediante una resolución oral haría inoperante la exigencia de pleno control judicial formulada por nuestro Alto Tribunal.¹⁴ Más cuestionable es quizás conferir efectos suspensivos a un posible recurso, porque, en tal caso, los rechazos en frontera nunca llegarían a practicarse.

La última condición que formula el Tribunal Constitucional para considerar las devoluciones sumarias conformes al texto constitucional es el cumplimiento de las obligaciones internacionales, lo que obliga a ejecutar la devolución con respeto a las garantías que a las personas extranjeras reconocen las normas, acuerdos y tratados internacionales ratificados por España.¹⁵ Entre esas garantías, se ha de resaltar la obligación del Estado de dispensar un trato digno, que incluye asistencia sanitaria, y de realizar las gestiones necesarias para confirmar que esté al alcance de los migrantes, una vez regresados a su país de origen o de procedencia, la posibilidad de solicitar asilo de forma real y efectiva, de modo que se salvaguarde el principio de no devolución. Máxime cuando un porcentaje elevado de quienes tratan de entrar en Ceuta y Melilla se encuentran en las circunstancias requeridas para poder presentar una solicitud de protección internacional. Por ende, no podrá materializarse el rechazo en frontera si en el país de procedencia, de origen o de tránsito, no se puede formalizar la solicitud de asilo y protección internacional o cuando dicho país no ofrezca garantías suficientes de no sufrir tratos inhumanos o degradantes, al ser considerados irregulares.

Satisfechas las condiciones marcadas, el TC avala las devoluciones de inmigrantes cuando sean interceptados intentando sobrepasar las líneas de demarcación territorial de manera no autorizada en la jurisdicción de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, al margen de los procedimientos legales de entrada en territorio español. El reconocimiento condicio-

¹⁴ Así ha sido puesto de manifiesto por MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., que critican el imposible pronunciamiento judicial sobre la ilegalidad de estas prácticas: “la propia naturaleza de estas prácticas, caracterizadas porque no se identifica a las personas y se las entrega a un poder soberano extranjero, dificulta hasta hacer casi imposible su judicialización por los afectados para conseguir un pronunciamiento judicial sobre su ilegalidad” (*La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera*, *Revista Crítica Penal y Poder*, 18, 2019, 35).

¹⁵ En este sentido, González García, J.V. resalta respecto a la práctica de las devoluciones que “las actuaciones que realicen los poderes públicos han de permitir la armonización de las legislaciones: la de extranjería y la de protección internacional” (“*Expulsiones en caliente*, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla”, *Revista de Administración Pública*, 196, 2015, 317).

nado de la constitucionalidad del rechazo en frontera desvela la preocupación por humanizar una figura que resulta necesaria por la peculiaridad de estas ciudades, pero la securitización de las fronteras tampoco es la solución al drama humano que el tránsito migratorio supone. Con frecuencia esos intentos de entrada ilegal son protagonizados por menores, que deben quedar bajo la tutela de la Administración Pública, al no serles de aplicación la disposición adicional décima de la LOEX. Ante la duda sobre su minoría de edad, especialmente si carecen de documentación acreditativa de su identidad, se ha de presumir, conforme al principio de interés superior del menor, su minoría, no pudiendo ser rechazados en frontera.

5. Inmigración y derechos humanos en las fronteras exteriores

En los pronunciamientos analizados en este trabajo, el TEDH y el TC han abordado una cuestión que es manifestación del difícil reto que supone el respeto de los derechos humanos de los migrantes en las fronteras exteriores en pleno siglo XXI. La defensa de la frontera sur de España y, por ende, de la Unión Europea es una tarea sumamente complicada, tanto por la cuestión humanitaria como por las implicaciones políticas que conlleva. El cruce irregular de las líneas fronterizas es una práctica que afecta no sólo a España o a la frontera sur europea, hay más países que sufren una gran presión migratoria, como Polonia, Estados Unidos, México o Colombia, que son receptores de un gran número de migrantes en situación irregular. Los Estados nacionales fronterizos desbordados por las migraciones han de afrontar este fenómeno desde un enfoque de protección de derechos, conciliando su derecho soberano a gestionar sus fronteras, que les legitima para regular la entrada en sus territorios, con la salvaguarda de los derechos humanos de las personas migrantes.¹⁶ Ante este binomio de difícil equilibrio, la respuesta que tanto el TEDH y como el TC español han dado en sus resoluciones son de sumo interés, porque, al avalar las devoluciones de migrantes interceptados tratando de cruzar irregular los perímetros fronterizos, han marcado también unos límites más allá de los cuales estas devoluciones se situarían al margen de la legalidad. La no transgresión de estos límites exige que el Estado español y, en general, to-

¹⁶ En este sentido, la Gran Sala del TEDH resaltó “el amplio consenso existente en la comunidad internacional en cuanto a la obligación y la necesidad de que los Estados contratantes protejan sus fronteras (...), de forma que se respeten las salvaguardas del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en particular, la obligación del principio de no devolución” (N.D y N.T. c. España, § 232).

do país fronterizo disponga de adecuadas infraestructuras y recursos humanos en las zonas limítrofes para prestar una adecuada asistencia humanitaria a quienes traspasan las fronteras ilegalmente, huyendo de los conflictos, la violencia, las persecuciones y violaciones de los derechos humanos o meramente de la pobreza extrema en la que viven en sus países de origen, además de garantizar la protección real y efectiva de los derechos que les son jurídicamente reconocidos por la legislación internacional, comunitaria y nacional, especialmente el derecho de asilo y el derecho a no ser expulsado colectivamente.

CAPÍTULO 4

La desconstrucción de las categorías jurídicas de la migración: propuestas metodológicas y desafíos contemporáneos

Noémie Boivin y Mohamed Elsayeh¹

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El valor de un análisis jurídico decolonial de la migración “irregular”. – 2.1. Decolonialidad y migración. – 2.2. Perspectiva jurídica decolonial sobre la migración “irregular”. – 2.2.1. Límites de las soluciones del derecho moderno. – 2.2.2. Jerarquías de migrantes. – 3. La pertinencia de un estudio cultural del derecho para estudiar el tratamiento de los cuerpos de los migrantes que mueren en las fronteras de la UE. – 3.1. Vincular fronteras y límites a categorías de migrantes. – 3.2. ¿Qué entendemos por responsabilidad moral y política, y cómo se relaciona esto con un estudio cultural del derecho? – 3.3. La importancia de una identificación y gestión adecuadas de los migrantes permanece. – 4. Conclusión.

1. *Introducción*

Se puede argumentar que las dicotomías ejercen una forma de control y poder sobre las vidas. En su intento de gestionar la irregularidad, los enfoques categóricos reflejan cada vez menos las realidades y complejidades de la migración, así como las intenciones migratorias, lo que a menudo resulta en una forma de otredad, pero también de victimización colectiva. La categorización de personas ha perpetuado una forma de desigualdad que no otorga a todos el mismo derecho a la movilidad.² ¿Qué hace “ilegal” una persona? ¿Dónde está la línea entre legalidad e ilegalidad? ¿Justiciabilidad y no justiciabilidad? ¿Quiénes están sujetos a duelo y quiénes no?

¹La autora y el autor le agradecemos sinceramente a Ángela Guardado por su tiempo y generosidad en revisar este trabajo. Noémie Boivin es candidata a Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP). Mohamed Elsayeh es candidato a doctor en la Facultad de Derecho de Sciences Po.

²Véase CUTTITTA, P., and LAST, T. (eds.), *Border Deaths: Causes, Dynamics and Consequences of Migration-related Mortality*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2019.

Estudiar la situación de las y los migrantes “irregulares” en la comunidad en general, nos ayuda a comprender los diferentes procesos de subyugación que enfatizan su otredad y les privan de sus derechos. La ilegalidad puede manifestarse de formas tanto directas como indirectas. Los derechos básicos de una persona dependen, a menudo, de la condición legal o ilegal que le otorga el derecho: ¿se convierte en un migrante “ilegal” o en un “solicitante de asilo fallido”, una persona cuya solicitud de asilo fue rechazada? ¿Es una persona que no puede cumplir con los requisitos de visa, pero que elige migrar de todos modos, culpable de su falta de acceso a las vías regulares de migración?

Si bien la globalización ha mejorado la libre circulación de capitales y mercancías, los académicos argumentan que los procesos de globalización no han favorecido al capital humano.³ Una evidencia de esto ha sido la muerte de tantos que se embarcan en viajes migratorios “irregulares” para llegar a los mercados laborales de los estados de la Unión Europea o a los Estados Unidos de América. ¿Qué relación existe entre los procesos históricos y los patrones de migración? Se puede argumentar que la violencia contra los sujetos coloniales empujó a muchos de estos últimos a emigrar. En un contexto poscolonial, los académicos han argumentado que los ex estados colonizadores se volvieron incapaces de lidiar con el aumento de la desigualdad global y la movilidad resultante. Sin embargo, como argumentamos en este capítulo, la colonialidad no es una “cosa del pasado”: está inherentemente presente y se encuentra, también, en el proceso de migración.

Se ha argumentado que la “crisis de refugiados” en Europa ha sido, más bien, “una profunda crisis política europea que se desató en 2015/2016, paralizándolo la toma de decisiones, y creando profundas, probablemente irreparables, divisiones entre los Estados miembros de la UE”.⁴ Desde un punto de vista *decolonial*, sostenemos que existe, en efecto una crisis, pero de modernidad, en la que nos enfrentamos a la incapacidad del derecho contemporáneo de abordar la movilidad adecuadamente. Del otro lado del Atlántico, la construcción de un muro en la frontera entre México y Estados Unidos puede considerarse como una señal de tal incapacidad, ya que

³ Véase KOVRAS, I. and ROBINS, S., “Missing migrants: deaths at sea and unidentified bodies in Lesbos”, en DONNAN, H., HURD, M., and LEUTLOFF-GRANDITS, C. (eds.), *Migrating Borders and Moving Times: Temporality and the crossing of borders in Europe*, Manchester, Manchester University Press, 2017.

⁴ WOOLLARD, C., “Has the Mediterranean refugee crisis undermined European values?”, en *IEMed Mediterranean Yearbook*, 2018, 150 in GOŹDZIAK, E.M., and MAIN, I., “European norms and values and the refugee crisis: Issues and challenges”, in GOŹDZIAK, E.M., MAIN, I., and SUTER, B. (eds.), *Europe and the refugee response: A crisis of values?*, London, Routledge, 2020, 1 [Traducción libre].

la contención y la militarización son medidas comunes en la “gestión” de fronteras, a pesar de que su eficacia no haya sido demostrada.

Convertir en “ilegales” a las personas ha sido resultado directo de la construcción perpetua de la migración “irregular” a través de los territorios. Ilustración de ello son los acuerdos bilaterales con terceros países. Por ejemplo, el Memorando de Entendimiento entre Italia y Libia (*Memorando de entendimiento entre el Gobierno italiano y el Consejo Nacional Libio de Transición sobre la “gestión de la inmigración”*); el cual propone la financiación de programas de desarrollo por parte de Italia, y su prestación de apoyo técnico y tecnológico a las instituciones libias, con el objetivo de combatir la migración “ilegal”. El MdE ha sido ampliamente criticado por querer frenar la migración “irregular” a toda costa. Una cuestión importante, como destaca Anja Palm, es que “en todo el Memorando de Entendimiento, además de no mencionar nunca los términos ‘refugiado’, ‘migración legal’ o ‘canales de acceso’, las partes parecen ignorar voluntariamente toda disimilitud en el estatus legal de las personas en movimiento, asimilándolas a todas en la categoría indiferenciada de migrantes ilegales (como se narra en el MdE)”.⁵ Otro ejemplo de “ilegalización” de los migrantes es el *Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*,⁶ que les prescribe a las personas que tienen la intención de migrar, que lo hagan de manera “segura”, “ordenada” y “regular”; mandato que, como discutimos más adelante en este capítulo, contribuye a crear una categoría subordinada de migración – y, por lo tanto, de migrantes – que es “insegura”, “desordenada” e “irregular”.

Este capítulo está organizado en dos secciones principales. La primera tiene como objetivo contribuir a la discusión sobre la dicotomía “regular *versus* irregular” en el contexto de la migración, proponiendo en particular un análisis jurídico decolonial de la migración “irregular”, que permita un mejor entendimiento de su construcción legal. La segunda sección argumenta que un análisis cultural del derecho también permite entender mejor esta construcción. Destaca la relevancia de tal análisis suscitado a partir del trato que reciben los migrantes después de su fallecimiento, y más particularmente, de la falta de identificación y gestión de cadáveres de aquellos que intentaron llegar a la Unión Europea a través de rutas marítimas “irregulares”.

⁵ Traducción libre.

⁶ La versión final del *Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular* solo se encuentra disponible en idioma inglés, pero el proyecto de documento final está disponible en español: Asamblea General de las Naciones Unidas, Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, “Proyecto de documental final de la Conferencia”, Documento oficial A/CONF.231/3 [“Pacto Mundial” o “PMM”].

2. *El valor de un análisis jurídico decolonial de la migración “irregular”*

Por lo general, a las personas que desean migrar, se les recomienda que emprendan su viaje a través de “métodos legales”,⁷ es decir, con un pasaporte y visa válidos, y a través de puntos oficiales de control fronterizo. En ese sentido, se ha desarrollado la doctrina global de la “migración segura, ordenada y regular”.⁸

Los elementos de dicha doctrina pueden conceptualizarse de la siguiente manera:⁹ la *migración segura* consiste en el uso de rutas y métodos de movilidad transfronteriza donde no se ponga en riesgo la seguridad, la integridad y la vida de los migrantes; la *migración ordenada* se refiere al cruce de fronteras en lugares donde se encuentran agentes de control fronterizo y, por lo tanto, en los que se cumplen las formalidades administrativas de entrada y/o tránsito; y la *migración regular* significa el cumplimiento, por parte de un extranjero, de los requisitos de las leyes y reglamentos nacionales de inmigración de un Estado determinado.

Sin embargo, como se detallará más adelante, al mismo tiempo que promueve la migración “regular”, la doctrina en cuestión también sanciona la migración “irregular”, lo cual promueve indirecta pero automáticamente, la migración *insegura y desordenada*.

A pesar de los repetidos consejos oficiales de no migrar “irregularmente” o a través de “métodos ilegales”, la gente todavía lo hace. Muchas razones, únicas o combinadas, justifican emprender un viaje internacional: guerra (civil, internacional, ‘contra el narcotráfico’, etc.), violencia (social, económica, de género, de Estado) persecución (LGBTQIA+, líderes indígenas, periodistas, entre otros), desastres naturales, cambio climático, contaminación del agua, de la tierra y del aire como resultado de la indus-

⁷ Discurso de Kamala Harris en Guatemala Ciudad el 7 de junio de 2019: “I want to be clear. [...] Do not come. Do not come. The United States will continue to enforce our laws and secure our borders. There are legal methods by which migration can and should occur.” [underlined added] US Today, “Do not come: VP Harris warns migrants against illegally entering US in Guatemala speech” *US Today*, 8 June 2021. Disponible en: <https://www.usatoday.com/videos/news/politics/2021/06/07/harris-warns-migrants-not-enter-us-illegally-guatemala-speech/7594046002/>.

⁸ Véase Pacto Mundial, *supra* nota 6.

⁹ Tomando como punto de partida la contribución de Elspeth Guild’s, donde se propone conceptualizar los elementos antagónicos de la doctrina: migración insegura, migración desordenada y migración irregular. GUILD, E., “The UN’s Search for a Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration”, en *German Law Journal*, 18(7), 2018, 1779-1796 [GUILD, ‘The UN’s Search’].

tria extractiva (entre otras industrias), falta de oportunidades económicas, reunificación familiar, etc.

Las perspectivas dominantes sobre la migración por lo general no reconocen, o no tratan en específico el hecho de que una parte importante de la población mundial no tiene la posibilidad de ajustarse a formas de movimiento “seguras, ordenadas y regulares”. Migrar “regularmente” tiende a ser más lento, más costoso, incluso administrativamente imposible, para gran parte de la población mundial. A pesar de que la “migración segura, ordenada y regular” pudiera considerarse como un deseo virtuoso, no es una posibilidad universal. En lugar de promover programas de regularización, menores restricciones de visas y la desmilitarización de las fronteras, tal doctrina más bien plantea una lógica de seguridad y contribuye a consolidar una categoría legal de no justiciabilidad.

Efectivamente, al analizar las condiciones legales de la migración, se puede observar que existen distinciones importantes entre los derechos de los migrantes “regulares” y los de los migrantes “irregulares.” Por ejemplo, en 2014, en su informe sobre la expulsión de extranjeros, la Comisión de Derecho Internacional propuso un proyecto de artículos, en el que las garantías judiciales de los migrantes se encuentran protegidas, pero tal protección está también potencialmente limitada a los migrantes “regulares”, en función de lo que prevean las leyes y regulaciones estatales específicas.¹⁰ Del mismo modo, el artículo 13 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) limita las garantías judiciales en materia de expulsión de extranjeros, a aquellos migrantes “regulares”.¹¹

Esta observación nos lleva a sugerir que, aunque migrar “regularmente” esté lejos de quedar exento de obstáculos y violaciones de los derechos humanos, existe al menos una razón estructural crucial que encadena violaciones adicionales de los derechos humanos de los migrantes “irregulares”: la categoría legal de la migración “irregular” en sí misma. Argumen-

¹⁰ CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 66° período de sesiones (A/69/10), 2014, Capítulo IV, Expulsión de Extranjeros [no en vigor]. Texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, art. 26(4): “*Los derechos procesales previstos en este artículo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la legislación del Estado expulsor relativa a la expulsión de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en su territorio desde hace poco tiempo*”.

¹¹ *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, General Assembly resolution 2200A (XXI), art. 13: “*El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas*”.

tamos que se necesita un empeño importante de desnaturalización de la dicotomía “regular/irregular”, recalcando los procesos e implicaciones de su construcción epistemológica y legal.

Lo que hace “regular” o “irregular” a una persona es, antes que nada, las leyes y regulaciones que determinan las fronteras de la legalidad y de la ilegalidad. Más importante aún, la *posibilidad* misma de migrar a través de “métodos legales”, generalmente está condicionada por la nacionalidad y las condiciones socioeconómicas.¹² En ese sentido, no sólo hay una distinción entre migrantes “regulares” e “irregulares,” sino también una “línea abisal”¹³ entre ambos, una que el “migrante irregular” sólo en raras ocasiones puede cruzar, una línea que corresponde a un patrón colonial.

El objetivo principal de esta primera parte del capítulo es proporcionar herramientas jurídicas decoloniales para una emprender deconstrucción de la migración “irregular.”

2.1. Decolonialidad y migración

La decolonialidad es un movimiento intelectual que ha tenido un eco particular en América Latina y África, pero también que se ha producido en el Norte Global.¹⁴

¹² En efecto, la nacionalidad de uno determina las restricciones de visado para sus movimientos internacionales. Véase el concepto de “restricción originaria de la movilidad”, PRIETO DÍAZ, S., “Subalternidad migratoria. Aproximación decolonial a la violencia epistémica en la migración forzada/indocumentada”, 32(90), 2019, Argumentos (UAM-Xochimilco), 28. Además, el acceso a una visa puede estar condicionado por el acceso a una invitación de trabajo previa en el extranjero, a la aceptación por parte de una institución educativa en el extranjero y/o a recursos financieros suficientes (que se demuestran generalmente mediante estados de cuentas), entre otros. El acceso a estas condiciones puede resultar más restringido para personas originarias de determinados países, debido a lo que Ayelet Shachar conceptualiza como el “sistema de asignación de derecho de nacimiento” [Traducción libre] (en inglés: “*birthright allocation system*”), que “defin[e] el acceso a determinados recursos, beneficios, protecciones, procesos de toma de decisiones e instituciones que mejoran las oportunidades que están reservadas principalmente a aquellos definidos como titulares de derechos” [Traducción libre], SHACHAR, A., *The Birthright Lottery: Citizenship and Global Inequality*, Harvard, Harvard University Press, 2009, 7.

¹³ En referencia al concepto de Boaventura de Sousa Santos véase en general: DE SOUSA SANTOS, B., *Epistemologies of the South: Justice against Epistemicide*, London, Routledge, 2016.

¹⁴ Véase en particular, QUIJANO, A., PALERMO, Z. y QUINTERO, P. (eds.), *Antibal Quijano. Textos de fundación*, Buenos Aires, Ediciones del Signo, 2014; MIGNOLO, W.D., *Modernity and Decoloniality*, Oxford University Press, 2011; K, W.D. y WALSH, C.E., *On Decoloniality: Concepts, Analytics, Praxis*, Duke University Press, 2018; LUGONES, M., “Colonialidad y Género”, 2008, 9, *Tabula Rasa*, 73-101; SEGATO, R.L., *La nación y sus otros: raza, etnicidad y diversidad religiosa en tiempos de políticas de identidad*, Prometeo Libros, 2010; BIDASECA,

Una perspectiva decolonial, por lo general, rechaza el hecho de que hubo una descolonización completa.¹⁵ Antes que nada, es menester enfatizar que la *colonialidad* es distinta del *colonialismo*, como recalcan muchos investigadores decoloniales. Mientras que el colonialismo se refiere a las estructuras administrativas de colonización entre los siglos XV-XIX, la colonialidad apunta hacia la dominación colonial permanente, incluso después del fin formal de la colonización, a través de otras formas, como el poder y el conocimiento. La racialización, el capitalismo, el patriarcado

K. (ed.), *Genealogías críticas de la colonialidad en América Latina, África, Oriente*, CLACSO, 2016; GROSFUGUEL, R., “Decolonizing Post-Colonial Studies and Paradigms of Political-Economy: Transmodernity, Decolonial Thinking, and Global Coloniality”, en *TransModernity: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*, 1(1), 2011; GROSFUGUEL, R., “The epistemic decolonial turn”, en *Cultural Studies*, 21(2-3), 211-223; MALDONADO-TORRES, N., “Thinking through the Decolonial Turn: Post-Continental Interventions in Theory, Philosophy, and Critique – An Introduction”, en *TransModernity: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*, 1(2), 2011. Véase, para más referencias sobre teoría decolonial: Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, “Bibliography of Decolonial Theory”, online: Max Planck, https://www.mpipriv.de/1204313/website_bibliography_decolonial_theory.pdf. Para una perspectiva decolonial jurídica, véase en particular, FITZPATRICK, P., “The Revolutionary Past: Decolonizing Law and Human Rights”, en *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2(1), 2014., 117-133; ZITZKE, E., “A decolonial critique of private law and human rights”, en *South African Journal on Human Rights*, 2018, 34(3), 492-516; BARRETO, J.M., *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*, Cambridge Scholars Publishing, 2013; ESMEIR, S., “On the Coloniality of Modern Law”, en *Critical Analysis of Law*, 2(1), 2015, 19-41; SALAYMEH, L., and MICHAELS, R., “Decolonial Comparative Law: A Conceptual Beginning”, en *Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 86(1), 2022, 166-188. Véase, para más referencia sobre teoría jurídica decolonial, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, “Bibliography of Decolonial Legal Studies”, online: Max Planck https://www.mpipriv.de/1204322/website_bibliography_decolonial_legal_studies.pdf. En el Norte Global, herramientas decoloniales han sido empleadas en materia de investigación sobre migración en el Norte Global (véase, por ejemplo, GROSFUGUEL, R. & MALDONADO-TORRES, N., “Los latinos, los migrantes y la descolonización del imperio estadounidense en el siglo XXI”, en *Tabula Rasa*, 9, 2008, 117-130; GROSFUGUEL, R., OSO, L. y CHRISTOU, A., “Racism, intersectionality and migration studies: framing some theoretical reflections”, en *Identities: Global Studies in Culture and Power*, 22(6), 2015, 635-652; HERRERA ROSALES, E., “El espacio, el tiempo y el racismo en las perspectivas decoloniales: apuntes para descolonizar los estudios sobre migración internacional”, en *Interdisciplina*, 6(16), 2018, 167-186; CONTRERAS HERNÁNDEZ, P. y TRUJILLO CRISTOFFANINI, M., “Desde las epistemologías feministas a los feminismos decoloniales: Aportes a los estudios sobre migraciones”, en *Athenea Digital*, 17(1), 2017, 145-162, pero también en relación con los pueblos indígenas (véase, por ejemplo, MONETTE-TREMBLAY, J., “La Commission de vérité et reconciliation du Canada: Une étude de la sublimation de la violence coloniale canadienne”, en *Quebec Journal of International Law*, 31(2), 2018, 103-142.

¹⁵RUFER, M., “La temporalidad como política: nación, formas de pasado y perspectivas poscoloniales”, en *Memoria y Sociedad*, 14(28), 201, 21: “el establecimiento de la continuidad histórica procesual y progresiva como destino sobre el quiebre radical con el pasado tradicional, es una estrategia política en la imaginación histórica que oculta mediante un orden discursivo de ruptura, un orden histórico de continuidad”.

y la modernidad han perdurado en la construcción de esquemas de pensamiento, estructuras de poder y asignación de recursos (económicos, naturales, sociales, etc.).

La decolonialidad propone herramientas relevantes para un análisis de la migración. La colonialidad configura la experiencia de las personas *en movimiento*: el propio proyecto migratorio, las condiciones del viaje, las relaciones con las comunidades de acogida, etc. Ramón Grosfoguel propone un modelo decolonial sistemático para la migración internacional. Se basa en la teoría decolonial de Aníbal Quijano y Walter Dignolo para analizar la migración internacional de latinoamericanos hacia el mundo occidental.¹⁶ Junto con Laura Oso y Anastasia Christou, establecen un diálogo entre la línea abisal de Boaventura de Sousa Santos y la línea de lo humano de Frantz Fanon (zona de ser y zona de no ser).¹⁷ En consecuencia, identifican tres tipos de migrantes transnacionales: “sujetos coloniales/raciales del imperio”, “inmigrantes coloniales” e “inmigrantes”.¹⁸ Tal discusión es relevante en el contexto de la migración porque “los migrantes llegan a un espacio de relaciones de poder que ya está informado y constituido por la colonialidad”.¹⁹

Es también, la colonialidad la que determina los contornos y el alcance de la “irregularidad” en contexto de migración. En efecto, la imposición de documentos a cierta parte de la población mundial, afirma Sergio Prieto Díaz, sigue líneas coloniales. Prieto Díaz critica la doctrina de la migración segura, ordenada y regular; establece que, al poner la migración segura, ordenada y regular como una “solución” a la migración “irregular”, se elude el hecho de que migrar sin documentos no es el resultado de “una mala o errónea decisión que pueda corregirse con algo de voluntad”.²⁰

Propone el concepto de *subalternidad migratoria* en referencia a los migrantes “irregulares” específicamente, subalternos en comparación con los migrantes “regulares”. Presenta el concepto de la siguiente manera:

La ‘subalternidad migratoria’ refiere a una condición histórica permanente, producto de la dialéctica entre modernidad-colonialidad, en la que se condensan complejas jerarquizaciones estructurales e históricas resignificadas conti-

¹⁶ Véase GROSGOQUEL, R. y MALDONADO-TORRES, N., “Los latinos, los migrantes y la descolonización del imperio estadounidense en el siglo XXI”, en *Tabula Rasa*, 9, 2008, 117-130; GROSGOQUEL, R., OSO, L. y CHRISTOU, A., “Racism, intersectionality and migration studies: framing some theoretical reflections”, en *Identities: Global Studies in Culture and Power*, 22(6), 2015, 635-652.

¹⁷ GROSGOQUEL, OSO y CHRISTOU, *supra* nota 16 a 638.

¹⁸ *Ibidem* a 642.

¹⁹ Para más detalles, véase *Ibidem* a 641 [Traducción libre].

²⁰ PRIETO, *supra* nota 12 a 18.

nuamente. El problema ya no es no tener papeles: se trata de enfatizar que es creado y utilizado para justificar políticas restrictivas y discriminatorias; invisibilizado como actor o potencial intérprete de las mismas o de posibles alternativas; responsable del desarrollo de su país de origen, cuyo abandono es traición nacional; rechazado por todos los países implicados en su movimiento, que justifican la limitación discrecional de sus derechos, aunque al mismo tiempo se benefician ampliamente. A pesar de todo, migrar sin papeles e insistir, es una expresión de rebeldía a la violencia epistemológica que los define, limita, controla e instrumentaliza.²¹

Este concepto es relevante por al menos tres razones. En primer lugar, destaca la historicidad del proceso de alterización de los migrantes “irregulares” y su intersección con la racialización, el capitalismo y el patriarcado. Al migrar, los individuos y grupos que históricamente han sido “alterizados” u “otrficados” por estas dinámicas, tienen más probabilidad de ser también “ilegalizados”, incluso criminalizados, debido a su falta de acceso a “métodos legales” de migración.

En segundo lugar, el concepto de “subalternidad migratoria” pone énfasis en el carácter violento de la migración “irregular”. Al negar sistemáticamente el acceso a la migración “regular” a sujetos históricamente “alterizados”, los Estados obligan a quienes desean migrar, a hacerlo de manera “insegura”, “desordenada” e “irregular.”. En ese sentido, la existencia de la migración “irregular” como categoría reitera el hecho de que *no* existe un derecho a migrar; sin embargo, se podría replicar que existe un derecho a migrar de manera segura, ordenada y regular. Es decir, que existe un derecho a migrar para una cierta parte de la población mundial, una que sí tiene acceso a “métodos legales” de migración. Esto significa que los grupos e individuos que no pueden migrar regularmente, por lo general tampoco pueden migrar de manera segura (ni ordenada), dicho de otro modo, sin poner en riesgo su seguridad, integridad y vida.

En tercer lugar, un análisis a través del lente de la “subalternidad migratoria” coloca a los *migrantes* “irregulares”, en lugar de la *migración* “irregular”, en el centro del análisis. Al evitar una perspectiva en la que se analiza un mero estatus administrativo-burocrático en un lenguaje tecnocrático y “neutral”,²² se permite volver a centrar el análisis en las propias personas, en sus motivaciones y experiencias. En particular, nos posibilita ver en el hecho de migrar “irregularmente” una acción emancipadora *per se*, un acto de transgresión contra un sistema violento.

²¹ PRIETO, *supra* nota 12 a 21.

²² Acerca de la “despolitización de la migración”, véase PÉCOUD, A., “Narrating an ideal migration world? An analysis of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration”, en *Third World Quarterly*, 42(1), 2021, 17.

2.2. *Perspectiva jurídica decolonial sobre la migración “irregular”*

Si bien los enfoques decoloniales de la migración (“irregular”) generalmente no se centran en el componente jurídico, podríamos preguntar: ¿qué herramientas nos proporciona una teoría decolonial de la migración para un análisis jurídico de la migración “irregular”?

Las perspectivas jurídicas decoloniales (PJD) son pertinentes en varios aspectos. Peter Fitzpatrick afirma que “el derecho es intrínsecamente capaz de ser decolonial”.²³

Samera Esmeir escribe que el pensamiento jurídico moderno es limitado en el sentido de que considera *el derecho como un concepto límite*, “por el cual algunas zonas son jurídicas y otras no”.²⁴ Declara que en lugar de pensar el derecho moderno como un concepto límite entre el interior y el exterior (el “otro”), “debería repensarse como una *zona de legalidades múltiples*”.²⁵

A partir de la conceptualización decolonial de Esmeir del derecho moderno, se puede argüir que la migración “irregular” – los migrantes “irregulares” – bien se encuentran dentro de una zona de legalidad, aunque no en una de justiciabilidad o de sujeción a duelo.

Las PJD nos permiten señalar al menos dos implicaciones centrales en relación con un análisis jurídico de la migración “irregular”.

2.2.1. *Límites de las soluciones del derecho moderno*

Las PJD nos permiten señalar los límites de las soluciones del derecho moderno. Como argumenta Ndlovu-Gatsheni, en relación con la pandemia de Covid-19, la epistemología moderna se basa en el mito de que el derecho moderno ofrece una solución a todos los “problemas.” Cuando el derecho moderno se enfrenta a situaciones como la migración “masiva” o la pandemia de Covid-19 (o ambas), sus límites destacan aún más. La “fronterización” y la “re-fronterización” aparecen como respuestas anacrónicas a un fenómeno global y transhistórico como lo es la migración.²⁶

²³ FITZPATRICK, P., “*The Revolutionary Past: Decolonizing Law and Human Rights*”, en *Metodo International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2(1), 2014, 125. El autor sugiere dos herramientas específicas para hacerlo: la “desvinculación” y la “pluriversalidad”: “la ‘desvinculación’ del ser y el pensamiento en su finitud de la cuasi-universalidad, la norma positivizada, de un imperio occidental, y darse cuenta de que la desvinculación en una relación receptiva de pluralidad – un ‘pluriverso’ en lugar de un universo” [Traducción libre].

²⁴ ESMEIR, S., “*On the Coloniality of Modern Law*”, en *Critical Analysis of Law*, 2(1), 2015, 27 [Traducción libre].

²⁵ *Ibidem* a 41. [Traducción libre; las cursivas no obran en el original].

²⁶ Expresión empleada por NDLOVU-GATSHENI (en inglés: “borderization” y “re-borderization”).

Las herramientas decoloniales permiten alejarse de un enfoque de resolución de problemas (“*problem-solving*”), donde el “problema” inicial sería la migración “irregular.” La migración “irregular,” tal como sostiene Prieto, es un producto específico del siglo XX, un “resultado de la monopolización estatal de los medios legítimos de movimientos”.²⁷ Tal perspectiva hace eco de la doctrina legal dominante de la migración segura, ordenada y regular, promovida como respuesta a sus elementos antagónicos, la migración “insegura, desordenada e irregular”, que se presenta como un problema que debe ser gestionado o controlado.

Por ejemplo, el *Objetivo 11 del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular* promueve la cooperación en la gestión fronteriza con el objetivo de prevenir la migración “irregular”. Declara lo siguiente:

“Nos comprometemos a gestionar nuestras fronteras nacionales de manera coordinada, promoviendo la cooperación bilateral y regional, garantizando la seguridad de los Estados, las comunidades y los migrantes, y facilitando la circulación transfronteriza de personas de manera segura y regular, *evitando al mismo tiempo la migración irregular*”.²⁸

Sin embargo, establecemos que tal objetivo es incoherente con la promoción general de la “migración segura, ordenada y regular.” En particular, el abordaje que hace el Pacto Mundial sobre la migración “irregular” revela una incoherencia potencial respecto a los otros dos principios clave de la doctrina: la *migración segura*, por un lado, y la *migración ordenada*, por el otro. Al sancionar la migración “irregular,” se promueve de manera indirecta, pero automática, la migración *insegura* y *desordenada*; ya que lo más probable es que las personas que pretenden migrar y que no tienen la posibilidad de hacerlo “regularmente”, opten por rutas y medios de transporte que implican un mayor riesgo para su seguridad, integridad y vida (*migración insegura*), y crucen las fronteras en lugares donde no se encuentren agentes de control fronterizo (*migración desordenada*).

Por lo tanto, el principal “problema” no consiste en la falta de documentos para migrar, sino en la creación de un sujeto de derecho “irregular” que justifica políticas restrictivas y discriminatorias, así como la instrumentalización de una población “irregularizada.”

Esto apunta a otro problema epistémico de la perspectiva dominante de la “gestión” o “gobernanza” de la migración. Tiende a considerar la “irregularidad” como un adjetivo neutro de la persona migrante. Más im-

NDLOVU-GATSHENI, S.J., “*Geopolitics of Power and Knowledge in the COVID-19 Pandemic: Decolonial Reflections on a Global Crisis*”, en *Journal of Developing Societies*, 36(4), 2020, 366-389.

²⁷ PRIETO, *supra* nota 12 a página 23.

²⁸ *Pacto Mundial*, *supra* nota 8 a párrafo 27 [Las cursivas no obran en el original].

portante aún, corresponde a un enfoque neoliberal e individualista donde la carga del cumplimiento del mandato de la migración “regular” se concentra en el individuo. Efectivamente, Leonie Ansems de Vries y Katharine T. Weatherhead argumentan que la doctrina de la “migración segura, ordenada y regular” tiende a imponer la responsabilidad de la seguridad, del orden y de la “regularidad” de sus movimientos transfronterizos a los migrantes, de tal modo que, cuando migran de manera insegura, desordenada o “irregular”, se declara culpable al migrante. Esto contribuye a desviar la atención de las consecuencias letales, y de la responsabilidad legal correspondiente, de las fronteras militarizadas y de actividades criminales como la trata.²⁹ Según las autoras, la formulación del *Objetivo 3 del Pacto Mundial* también sugiere una presunción de ignorancia o desinformación de los migrantes, de tal modo que cuando las personas migran “irregularmente”, existe un prejuicio de que es la consecuencia de su ignorancia o desinformación.³⁰

Como dice Elspeth Guild, la migración “irregular” es una relación subjetiva entre el Estado y el migrante, antes que nada.³¹ Por lo tanto, los Estados son en gran medida responsables de la naturaleza (in)segura, (des)ordenada e (ir)regular de la migración. Un intento de reducir la afluencia y el volumen de migrantes “irregulares” (asumiendo que sea un objetivo en primer lugar), más bien se encontraría dentro de un cambio de régimen(es) jurídico(s).

En lugar de una “crisis migratoria”, se puede declarar que hay más bien una “crisis de la modernidad” o una “crisis civilizatoria”.³² La necesidad que tienen los Estados de restablecer su monopolio de los medios legítimos de movimiento, es una de sus múltiples manifestaciones.³³

2.2.2. Jerarquías de migrantes

La construcción legal de las categorías de migración está informada por una conjunción de poder racial, jerarquía, patriarcado y capitalismo,

²⁹ Véase, por ejemplo, “Migrant father charged with son’s death on journey to Greece”, *Independent*, 18 March 2021, online: *Independent* <https://www.independent.co.uk/news/migrant-father-charged-with-sons-death-on-journey-to-greece-greece-samos-europe-european-union-turkey-b1818856.html>.

³⁰ ANSEMS DE VRIES, L. and Weatherhead, K.T., “Politics of Knowledge Production in the Global Compact for Migration”, en *Interventions*, 23(2), 2021, 305: “By tying accurate information to state frameworks for regular migration and positioning (irregular) migration as an object for control through information provision, the GCM implicitly portrays migrants as uninformed or wrongly informed – and hence potentially a(t) risk”. [Las cursivas no obran en el original].

³¹ GUILD, “The UN’s Search”, *supra* nota 9.

³² *Ibidem* a página 368.

³³ *Ibidem*.

es decir, *colonialidad*. Así, las herramientas decoloniales permiten enfatizar la creación de jerarquías de migrantes, que tendrán consecuencias tanto materiales como simbólicas.

Continuando con la doctrina de la migración segura, ordenada y regular, argumentamos que, en lugar de promover genuinamente este tipo de migración, se refuerza, más bien, la distinción entre las personas que *pueden* migrar de manera segura y ordenada de las que *no*. En pocas palabras, crea y refuerza una jerarquía entre las personas que pueden migrar sin poner en peligro su seguridad, integridad y vida, y las que no pueden, en función de su (falta de) acceso a un estatus migratorio “regular.”

Prieto demuestra que hay países de “nacionalidad restringida,” en los que la libertad de movimiento proporcionada por sus pasaportes es menor que la proporcionada por otros pasaportes.³⁴ Esto también hace eco al concepto de Ayelet Shachar de “lotería del derecho de nacimiento” (“*birthright lottery*”), que no solo contribuye a reproducir una jerarquía de ciudadanos en el mundo, sino que también determina el poder, la riqueza y las oportunidades a los que uno tiene acceso dependiendo del privilegio heredado del espacio territorial en el que ocurrió “el accidente de su nacimiento”.³⁵

Encarnación Gutiérrez Rodríguez califica este marco analítico de “colonialidad de la migración”.³⁶ Ella sitúa el “nexo asilo-migración” en la intersección del capitalismo racial y de la colonialidad del poder.³⁷ Establece que las políticas de asilo y migración siguen “una lógica de racialización de la fuerza laboral” y producen “categorías jerárquicas de migrantes y refugiados”.³⁸

Al promover la migración “regular” o, más bien, al descalificar a su componente antagónico (la migración “irregular”), la doctrina de la migración segura, ordenada y regular también crea una categoría de migración en la que las personas no gozan de protección jurídica: la “migración insegura, desordenada e irregular.”

Sostenemos que la categorización de los migrantes no es producto de un proceso meramente normativo sólo con fines legales o administrativos.

³⁴ PRIETO, *supra* nota 12 a páginas 28-29. Véase también, “The Henley Passport Index”, online: <https://www.henleyglobal.com/passport-index/compare>.

³⁵ SHACHAR, A., *supra* nota 12. Dicha “lotería del derecho de nacimiento” (“*birthright lottery*”) o, en las palabras de PRIETO, “nacionalidad restringida”, puede traducirse al contexto migratorio como “restricción originaria de movilidad.” Véase PRIETO, *supra* nota 12 a página 28.

³⁶ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, E., “*The Coloniality of Migration and the ‘Refugee Crisis’: On the Asylum-Migration Nexus, the Transatlantic White European Settler Colonialism-Migration and Racial Capitalism*”, en *Canada’s Journal on Refugees*, 34(1), 2018, 16-28.

³⁷ *Ibidem* a página 18.

³⁸ *Ibidem* a página 16.

Se basa en un “imaginario de violencia y conflictividad”³⁹ y lo reifica. Las categorías utilizadas para separar a los migrantes “no deseados” de los “bienvenidos” tienen impactos, no solo en la experiencia migratoria de estas mismas personas, sino también en las ideas y sesgos de la población de acogida (ya sea destino final o lugar de tránsito) sobre el migrante “legal, deseable o aceptable”.⁴⁰ La doctrina de la migración segura, ordenada y regular contribuye a la creación del “otro”: el migrante inseguro, desordenado e irregular,⁴¹ lo que refuerza las estructuras de ilegalización⁴² y las “jerarquías de movimiento”.⁴³

Hacer que las personas sean ilegales, como argumentamos, perpetúa una forma de violencia que ha contribuido a la pérdida de vidas debido a viajes peligrosos y fronteras militarizadas. Sus consecuencias se han reflejado, de igual manera, en el sufrimiento de las familias que desconocen el destino de sus seres queridos. Sin embargo, este tipo de categorización plantea otras cuestiones complejas: las relacionadas con el tratamiento después de la muerte. La próxima sección de este capítulo tiene como objetivo participar en una discusión de este trato, más particularmente explicando la relevancia de un estudio cultural del derecho, para ayudarnos a comprender las cuestiones pertinentes relacionadas con el manejo de los cadáveres de migrantes.

3. La pertinencia de un estudio cultural del derecho para estudiar el tratamiento de los cuerpos de los migrantes que mueren en las fronteras de la UE

En 2019, un grupo de abogados internacionales presentó una petición legal a la Corte Penal Internacional. El documento demandaba el enjuiciamiento de la UE y algunos de sus Estados miembros por crímenes de lesa humanidad, respecto a políticas migratorias que resultaron en la muerte de miles de migrantes, y la devolución de migrantes que intentaban huir de Libia.⁴⁴

³⁹ PRIETO, *supra* nota 12 a página 18.

⁴⁰ *Ibidem* a páginas 24-25.

⁴¹ ANSEMS DE VRIES & WEATHERHEAD, *supra* nota 30 a página 294.

⁴² *Ibidem* a páginas 294-295.

⁴³ *Ibidem* a página 309.

⁴⁴ European Council on Refugees and Exiles, “ICC Submission Seeks to Hold the EU Accountable for Creation of “World’s Deadliest Migration Route”, *ECRE*, 7 June 2019, <https://>

Un hecho tan significativo como el mencionado señala cómo el fenómeno de las muertes y desapariciones de migrantes ha sido “uno de los mayores desastres humanitarios en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial”.⁴⁵ La investigación existente sobre este fenómeno se ha centrado comúnmente en las políticas migratorias europeas, las prácticas estatales, así como la falta de procedimientos para la identificación y manejo de cuerpos.⁴⁶ La falta de identificación ha sido relacionada con “la discriminación, las dificultades en la logística y muchas otras variables; resultando en que muchos migrantes permanecen desaparecidos en el mar o mueren sin identidad, y son enterrados sin un nombre mientras que el resto del mundo permanece indiferente”.⁴⁷

Sin embargo, las razones detrás de la carencia de estos procesos, presuntamente complejas, han sido poco estudiadas. La limitada cantidad de literatura sobre la identificación y el manejo de cuerpos de migrantes puede vincularse al hecho de que la búsqueda e identificación de estos ha sido, en gran medida, el trabajo de científicos forenses, recibiendo poca atención, como explican Élisabeth Anstett y Jean-Marc Dreyfus, de historiadores, antropólogos sociales y abogados.⁴⁸

Es verdad que la mayoría de los migrantes “irregulares” que intentan llegar a la UE a través de las rutas marítimas del Mediterráneo son originarios de países que estuvieron bajo el dominio colonial británico, francés o belga hasta mediados del siglo XX. ¿En qué medida influye este hecho en el análisis del vínculo entre la exclusión racial y la violencia fronteriza? Parte de la literatura académica ha situado dichas muertes y desapariciones en este contexto poscolonial. Emilio Distretti apoya este argumento, por ejemplo, cuando vincula las muertes y desapariciones de migrantes con la noción de “desapariciones forzadas”, como algo centrado en las acciones de las autoridades estatales. Distretti explica que las desapariciones

www.ecre.org/icc-submission-seeks-to-hold-the-eu-accountable-for-creation-of-worlds-deadliest-migration-route/, consultado el 15 de diciembre de 2019.

⁴⁵ CATTANEO, C., *et al.*, “*The rights of migrants to the identification of their dead: an attempt at an identification strategy from Italy*”, en *International Journal of Legal Medicine* 1, 2022 [Cattaneo y al].

⁴⁶ Véase ROBINS, S., “*The Affective Border: Missing Migrants and the Governance of Migrant Bodies at the European Union’s Southern Frontier*”, en *Journal of Refugee Studies*, 34(2), 2021, 2508.

⁴⁷ CATTANEO y al, *supra* nota 45 a página 2 [Traducción libre].

⁴⁸ ANSTETT, E. y DREYFUS, J.M., “*Introduction: why exhume? Why identify?*”, en ANSTETT, E. y DREYFUS, J.M. (eds.), *Human remains and identification: Mass violence, genocide, and the ‘forensic turn’*, Manchester University Press, 2015, 1.

forzadas en el contexto de las muertes en frontera están vinculadas al legado de la violencia colonial.⁴⁹

Si bien estos legados son de particular relevancia para un estudio del fenómeno de las muertes y desapariciones de migrantes, ya sea que uno esté involucrado en una discusión sobre políticas migratorias restrictivas que perpetúan estas muertes, o sobre el tratamiento de los restos recuperados en las fronteras de la UE; se necesita un enfoque más amplio de este tema para comprender la falta de manejo de los cuerpos de migrantes, que además contribuya al debate sobre derechos, responsabilidades y reformas legales. Tal aproximación incorpora no solamente perspectivas antropológicas y sociológicas, sino también una investigación filosófica que está en el centro del estudio cultural del derecho propuesto por Paul Kahn.⁵⁰

¿Qué relevancia tiene un estudio cultural del Derecho para la cuestión del tratamiento de los restos de inmigrantes recuperados en las fronteras de la UE? A grandes rasgos, un análisis de este tipo nos ayuda a comprender el papel del derecho, no sólo en la creación de narrativas, sino igualmente en la construcción de sujetos.⁵¹ Por un lado, esta forma de indagación cobra cada vez más relevancia para un estudio de la construcción del migrante irregular y de la dicotomía resultante de este enfoque categórico. Sin embargo, un análisis cultural del derecho permite, además, revelar preguntas sin respuesta relacionadas con el tratamiento legal, o la falta de, respecto a los restos de migrantes, al explorar la relación de la sociedad con la muerte, así como el tratamiento histórico de los cuerpos. La relevancia de un estudio cultural del derecho en el contexto de la muerte es particularmente notable cuando consideramos cómo los cuerpos pueden “estructurar las interacciones humanas, dar forma a las redes sociales y moldear los sistemas de poder”.⁵²

3.1. Vincular fronteras y límites a categorías de migrantes

Un estudio cultural del derecho sobre la falta de identificación y manejo de los restos de migrantes debería comenzar destacando las dicotomías

⁴⁹ DISTRETTI, E., “Enforced Disappearances and Border Death Along the Migrant Trail”, en CUTIITA, P. y LAST, T. (eds.), *Border Deaths: Causes, Dynamics and Consequences of Migration-related Mortality*, Amsterdam University Press, 2019, 119.

⁵⁰ Véase BONILLA MALDONADO, D., “The Cultural Analysis of Law: Questions and Answers with Paul Kahn”, en *German Law Journal*, 21, 2020, 284-298.

⁵¹ *Ibidem* a páginas 284-285.

⁵² TUNG, T., “Agency, ‘Til Death Do Us Part? Inquiring about the Agency of Dead Bodies from the Ancient Andes”, en *Cambridge Archaeological Journal*, 24, 2014, 437.

y narrativas problemáticas que se han aplicado en el contexto de la migración irregularizada a la UE. Los enfoques categóricos se entienden mejor a través de la comprensión del concepto de espacio. Si consideramos que las políticas migratorias restrictivas y la externalización de la gestión migratoria han hecho del Mediterráneo un espacio de conflicto y amenaza,⁵³ como bien destaca Ricard Zapata-Barrero, comenzamos a explorar la interacción del derecho y el espacio, y el papel que el primero tiene en la definición del significado del segundo.

La referencia de Didier Fassin a las fronteras raciales y étnicas características del “control de las fronteras a cualquier costo en términos de vidas humanas”, en el contexto de la llamada crisis de refugiados en Europa,⁵⁴ ayuda a fortalecer nuestra comprensión de la evolución de este espacio. Fassin propone una distinción valiosa entre los conceptos de fronteras y límites, enfatizando la relación del derecho y su poder para con las fronteras, y cómo éstas son “construcciones sociales que proceden de la historia y cultura, de la identificación y otrificación”.⁵⁵

La relación entre estos límites y las categorizaciones es interesante, aunque no necesariamente sencilla, en el contexto de los fallecimientos en fronteras. Iosif Kovras y Simon Robins argumentan que “el cuerpo del migrante muerto encontrado dentro de las fronteras territoriales de la UE, pero al que se le niegan obligaciones dignificantes que el derecho exige para los ciudadanos que han fallecido, permite cuestionar los entendimientos teóricos y prácticos de la frontera”.⁵⁶ Su distinción entre un migrante muerto y uno vivo, y entre un migrante muerto y un ciudadano muerto, resalta cómo las políticas públicas han introducido “nuevas categorías de inclusión y exclusión”.⁵⁷

3.2. *¿Qué entendemos por responsabilidad moral y política, y cómo se relaciona esto con un estudio cultural del derecho?*

La distinción de Kahn entre obligaciones morales y legales en su aná-

⁵³ Editorial, “*Mediterranean thinking*” for mapping a Mediterranean migration research agenda”, *Comparative Migration Studies*, Barcelona, 2020.

⁵⁴ FASSIN, D., “*Introduction: Connecting Borders and Boundaries*”, en FASSIN, D. (ed.), *Deepening Divides: How Territorial Borders and Social Boundaries Delineate Our World*, Pluto Press, 2020, 4-5 [Traducción libre].

⁵⁵ *Ibidem* a páginas 3-4 [Traducción libre].

⁵⁶ KOVRAS, I. and ROBINS, S., “*Missing migrants: deaths at sea and unidentified bodies in Lesbos*”, en DONNAN, H., HURD, M. and LEUTLOFF-GRANDITS, C. (eds.), *Migrating Borders and Moving Times: Temporality and the crossing of borders in Europe*, Manchester University Press, 2017, 158 [Traducción libre].

⁵⁷ *Ibidem* [Traducción libre].

lisis del espacio del derecho puede ser un punto de partida útil, para una discusión sobre la responsabilidad europea respecto al trato adecuado de los restos de migrantes. Kahn explica que “la moralidad puede no tener fronteras, pero el dominio del derecho comienza sólo con la imaginación de la jurisdicción. Tenemos obligaciones morales, pero no legales, con aquellos más allá de nuestras fronteras”.⁵⁸ La importancia de esta distinción se hace aparente por la manera en que la responsabilidad de la UE hacia la identificación y manejo de restos de migrantes fallecidos, no es necesariamente clara. Uno de los argumentos es que, las muertes de migrantes no siempre ocurren dentro de la UE, sino en sus fronteras. Un segundo argumento es que, como se ha destacado anteriormente, estas muertes son el resultado directo de las políticas migratorias restrictivas de la UE y de la falta de vías legales para la migración, que dan lugar, cada vez más, a que los migrantes se embarquen en peligrosos viajes marítimos.

Por lo tanto, la responsabilidad de la UE en la identificación y manejo de restos de migrantes “irregulares” que murieron antes de que pudieran entrar en la UE, debe estudiarse, sólo en parte, a la luz de las prácticas estatales que han dado lugar a muertes en las fronteras y perpetuado su invisibilidad. Un estudio cultural del derecho contribuiría a este debate examinando las formas en las que la noción de alteridad se relaciona con el tratamiento de los restos de los migrantes que mueren en las fronteras de la UE, y hasta qué punto se les han negado las obligaciones legales existentes.

¿Qué herramientas son de mayor relevancia para ayudarnos a comprender el manejo, o la falta de éste, de los restos de migrantes? ¿Qué papel tiene la relación de una sociedad con la muerte, en la determinación del trato de los cuerpos? ¿Cómo los contextos históricos, incluidos los de violencia masiva y genocidio, explican los procesos de otredad? Finalmente, ¿cómo nos ayudan estas investigaciones a entender el trato después de la muerte? Podría argumentarse que la falta de identificación de los cadáveres se relaciona con la (falta de) sujeción a duelo de las vidas, ya que “el anonimato de los cuerpos proyecta una imagen de un ser humano que no importa a otros miembros de la sociedad y que está marginado, a veces hasta su completa desaparición (debido a la descomposición de su estructura orgánica)”.⁵⁹ Puede decirse, como se subraya más adelante, que esta misma falta de sujeción al luto determina el tratamiento tras la muerte.

⁵⁸ KAHN, P.W., *The cultural study of law: reconstructing legal scholarship*, The University of Chicago Press, 1999, 55 [Traducción libre].

⁵⁹ PARRA, R.C. y al, “Unidentified deceased persons: Social life, social death and humanitarian action”, in PARRA, R.C., ZAPICO, S.C. and UBELAKER, D.H., (eds.), *Forensic Science and*

Los contextos históricos, en particular los contextos de violencia masiva y genocidio pueden ayudar a explicar la relación de la sociedad con los muertos. Tal paralelismo es relevante para un estudio de la falta de respuesta a la identificación y al manejo de los restos de los que hoy cruzan la frontera.

Si argumentamos que la violencia del régimen fronterizo de la UE se ha perpetrado contra los migrantes, la responsabilidad de la UE por las muertes y desapariciones de migrantes, o más bien, por el trato adecuado de sus restos, se hace evidente. Sin embargo, centrarse en la violencia del régimen fronterizo de la UE que a menudo se ha abordado en la literatura académica sobre el fenómeno de las muertes y desapariciones en el Mediterráneo es insuficiente para explicar el “olvido” de los restos de las personas que cruzan la frontera.

Ante la ausencia de un marco legal que aborde las muertes en las fronteras, y la negación de las obligaciones legales existentes a los restos de aquellos que han muerto en las fronteras de la UE, argumentamos que la tragedia de la Segunda Guerra Mundial revela una forma de abandono de los restos de algunos grupos que vemos en el contexto de las muertes en las fronteras hoy en día.

En *Frames of War: When is Life Grievable?*, Judith Butler hace una distinción necesaria entre las personas que son sujetas a duelo (“*grievable*”) y las que no lo son: se cree que las vidas de las primeras importan más que las de las segundas.⁶⁰ El relato de Butler nos hace reflexionar sobre cómo las personas cuyas vidas no fueron vistas como valiosas carecen de duelo después de la muerte.⁶¹ De hecho, en el contexto de las muertes de migrantes en las fronteras europeas, “el estudio de las políticas contrastantes desplegadas por las autoridades estatales para tratar a los migrantes y ciudadanos de la UE fallecidos, puede arrojar luz sobre el perdurable impacto que tiene la frontera sobre los cuerpos de los migrantes, incluso después de su muerte”.⁶²

La identificación de los restos de migrantes es de fundamental importancia para las familias que buscan a sus seres queridos desaparecidos, pero también puede ayudar a revelar las circunstancias de una muerte. Estudiar el manejo de los cuerpos de migrantes implica una comprensión

Humanitarian Action: Interacting with the Dead and the Living, John Wiley & Sons Ltd, 2020, 84.

⁶⁰ BUTLER, J., *Frames of War: When is Life Grievable?* (Verso 2010), citado en Kovras y Robins, *supra* nota 56 a página 165.

⁶¹ KOVRAS y ROBINS, *supra* nota 56 a página 165.

⁶² KOVRAS, I. and ROBINS, S., “*Death as the border: Managing missing migrants and unidentified bodies at the EU’s Mediterranean frontier*”, en *Political Geography*, 55, 2016, 41 [Traducción libre].

de lo que sucede con los cuerpos de los migrantes que mueren en las fronteras de la UE, a través de un enfoque particular en el entierro.⁶³

En *What Is a Mass Grave? Toward an Anthropology of Human Remains Treatment in Contemporary Contexts of Mass Violence*, Elisabeth Anstett afirma que las “víctimas de la violencia masiva no han desaparecido; sus cuerpos no se han evaporado simplemente”, y que “los restos de las víctimas de la violencia masiva, en la gran mayoría de los casos (incluido el Holocausto), han sido depositados directamente en el suelo por sus asesinos o por cómplices de estos últimos”.⁶⁴

Para comprender mejor el trato de los restos de los que cruzaron la frontera en la UE (y en contextos de violencia masiva y genocidio), es útil distinguir entre los procesos de identificación y manejo. Los cuerpos de muchos migrantes que mueren mientras intentan cruzar las fronteras nunca son identificados.⁶⁵ Anstett trata la “invisibilización” y la “exhibición” de restos humanos en el contexto de violencia masiva. La primera lógica (invisibilización) implica ocultar los cuerpos de perpetradores, de futuras víctimas y de sobrevivientes. La segunda (exhibición), por el contrario, se refiere a las diferentes formas en que se exhiben los cuerpos; por ejemplo, a través de imágenes.⁶⁶

Se puede argumentar que el contexto de muertes de migrantes en el Mediterráneo se ha caracterizado por la invisibilización de los restos, lo que ha privado cada vez más a las familias de los migrantes muertos el derecho a conocer el destino de sus seres queridos. Sin embargo, se necesita más investigación al respecto de si esta invisibilización específica del contexto ha sido intencional por parte de los Estados y, de ser así, de qué manera. Más concretamente, los débiles esfuerzos de recopilación de datos sobre muertes y desapariciones en las fronteras europeas, junto con los limitados esfuerzos de identificación, apuntan cada vez más hacia una falta de compromiso con el tema a nivel europeo.

El manejo de los cuerpos de migrantes que mueren en las fronteras de la UE también ha sido poco investigado. El entierro de migrantes muertos en la UE es de particular importancia. Las fosas comunes son donde los cuerpos no identificados de los migrantes han sido enterrados, y las cos-

⁶³ Véase BLAU, S. y FONDEBRIDER, L., “*Human Skeletal Remains: Identification of Individuals*”, in SMITH, C. (ed.), *Encyclopedia of Global Archaeology*, Springer, New York, 2014.

⁶⁴ ANSTETT, E., “*What Is a Mass Grave? Toward an Anthropology of Human Remains Treatment in Contemporary Contexts of Mass Violence*”, en ROBBEN, A., (ed.), *A Companion to the Anthropology of Death*, John Wiley and Sons, Inc., 2018, 178 [Traducción libre].

⁶⁵ BRIAN, T. y LACZKO, F., (eds.), *Fatal Journeys Volume 2: Identification and Tracing of Dead and Missing Migrants*, Organización Internacional para las Migraciones, 2016.

⁶⁶ ANSTETT, *supra* nota 69 a página 181.

tumbres y rituales religiosos han sido ignorados.⁶⁷ Kovras y Robins describen un cementerio local que visitaron durante su trabajo de campo en la isla de Lesbos, Grecia, donde fueron enterrados los restos de los migrantes, como “impactante e inquietante, con cuerpos cubiertos por tierra sin marcadores ni lápidas”.⁶⁸ Si bien los cuerpos de los migrantes muertos fueron enterrados en un cementerio local en este caso, y teniendo en cuenta que varias culturas no requieren ninguna lápida, sigue habiendo una falta de información sobre el entierro de migrantes “irregulares” en la UE, en particular porque muchas de sus familias no son conscientes del destino de sus seres queridos, ni de los rituales según los cuales se han llevado a cabo los entierros.

3.3. *La importancia de una identificación y gestión adecuadas de los migrantes permanece*

En *Voyages after Death: Identifying Bodies from the Mediterranean Sea*,⁶⁹ Arianna Jacqmin ofrece un relato pertinente del contexto italiano, para explorar las prácticas locales en los países fronterizos europeos (o principales países de destino) con respecto a la recuperación, identificación y manejo de cadáveres de migrantes. Su capítulo con enfoque en los procedimientos excepcionales para gestionar e identificar cuerpos después del naufragio de Lampedusa en 2013 y la tragedia del Canal de Sicilia en 2015, puede ayudarnos a comprender la ambigüedad y las lagunas legales.

Se podría argumentar que la relevancia del derecho como herramienta para estudiar la identificación y gestión de los restos mortales de los migrantes que mueren en las fronteras de la UE queda patente en cómo a menudo no ha abordado estos procesos en el contexto de las muertes en las fronteras. Sin embargo, la negación de las obligaciones legales existentes mencionadas anteriormente revela una forma de abandono por parte de la UE de los restos de los migrantes que mueren en sus fronteras, pero también un abandono de la obligación moral de garantizar el tratamiento adecuado de los restos de los migrantes muertos que intentaron llegar a la UE.

Además, la investigación sobre la identificación y el manejo de los cuerpos de migrantes debería prestar más atención a lo que se entiende por el manejo “adecuado” de los cuerpos. Esto plantea preguntas complejas. ¿Qué esfuerzos de identificación se están llevando a cabo? ¿Qué leyes

⁶⁷ KOVRAS y ROBINS, *supra* nota 56 a página 167.

⁶⁸ *Ibidem* a página 164 [Traducción libre].

⁶⁹ JACQMIN, A., “*Voyages after Death: Identifying Bodies from the Mediterranean Sea*”, en FYNN BRUEY, V. y BENDER, S.W. (eds.), *Deadly Voyages: Migrant Journeys across the Globe*, Lexington Books, 2019, 106.

y políticas regulan la repatriación de restos? Si los entierros se realizan fuera de los países de origen, ¿de acuerdo con qué rituales, especialmente religiosos, se han llevado a cabo los entierros? ¿La cremación tiene lugar o no? Si no es el caso, y si lo vemos como una práctica funeraria secular, o contraria a algunos rituales religiosos, ¿podría la ausencia de cremación ser una señal de que se están respetando los rituales religiosos? Existe información limitada sobre la eliminación de los restos de migrantes en la UE: ¿se han enterrado a los migrantes “irregulares” en “fosas comunes” o, por lo general, se han llevado a cabo entierros de conformidad con la legislación nacional?

Las leyes que abordan la identificación y el manejo de los cuerpos de nacionales en los países europeos no abordan los procedimientos ni otorgan garantías a los cuerpos de los no ciudadanos.⁷⁰ Por ejemplo, en Italia, uno de los principales países de destino de los migrantes que llegan a través de rutas marítimas irregulares, la Ley 203/2012 sobre la búsqueda de personas desaparecidas no aborda adecuadamente los procedimientos para gestionar e identificar a los no ciudadanos que mueren en el mar. Los protocolos aplicados con carácter excepcional entre el Comisionado Especial para las Personas Desaparecidas y las universidades, las organizaciones no gubernamentales y otras instituciones han, parcialmente, “colmado esta laguna jurídica”.⁷¹

Incluso cuando el derecho se caracteriza por la ambigüedad, el trato digno de los cadáveres sigue siendo una obligación moral y cultural. De hecho, “la identificación es una obligación ética, cultural, administrativa y legal. La necesidad de enterrar y, de alguna manera, honrar a los muertos se remonta al menos hasta Homero”.⁷²

En *Missing Migrants and the Politics of Disappearance in Armed Conflicts and Migratory contexts*, Ninna Nyberg Sørensen y Laura Huttunen destacan la falta de identificación de los cuerpos de migrantes cuando explican que:

En el contexto migratorio, las personas desaparecidas suelen aparecer como cuerpos no identificados, en muchos casos lejos de sus puntos de partida. La responsabilidad de la identificación, la repatriación y el entierro digno sigue siendo una cuestión controvertida. Aunque las personas desaparecidas y

⁷⁰ GRANT, S., “*Dead and Missing Migrants: The Obligations of European States under International Human Rights Law*”, *Mediterranean Missing*, September, 2016, 5 en JACQMIN, A., “*Voyages after Death: Identifying Bodies from the Mediterranean Sea*”, en FYNN BRUEY, V., y BENDER, S.W. (eds.), *Deadly Voyages: Migrant Journeys across the Globe*, Lexington Books, 2019, 106.

⁷¹ JACQMIN, *supra* nota 75 a página 106 [Traducción libre].

⁷² CATTANEO y al, *supra* nota 45 a página 2 [Traducción libre].

los cuerpos sin nombre son tratados de manera diferente en diferentes contextos (sobre todo porque la investigación basada en el ADN requiere una considerable inversión material y humana), el análisis de ADN real está rodeado por toda una serie de profesionales, como antropólogos forenses y arqueólogos, pues sólo este trabajo en equipo hace que la identificación sea científicamente sólida y confiable.⁷³

4. *Conclusión*

Este capítulo ha tenido como objetivo proporcionar ciertas ideas metodológicas proponiendo herramientas que, argumentamos, son útiles para estudiar la construcción de la migración “irregular”. Se ha hecho a través de un enfoque en las jerarquías perpetuadas por las categorías legales de migrantes, y vinculando estas jerarquías al concepto de violencia estatal. El capítulo ha buscado en especial, contribuir a una discusión sobre la dicotomía “regular vs irregular”.

En particular, hemos argumentado que los procesos históricos de subyugación juegan un papel importante en la creación de categorías que se abren paso en el derecho. Nuestro enfoque en la contribución de los estudios jurídicos decoloniales a esta comprensión, pero también la distinción entre lo *decolonial* y lo *poscolonial*, ayuda a avanzar en la discusión sobre el derecho como cultura.

Las formas en las que este trato en vida se refleja en el trato después de la muerte, se han puesto en relieve al arrojar luz sobre el valor de un estudio cultural del derecho, para ayudarnos a comprender el abandono de los restos de los migrantes que intentaron cruzar el peligroso Mediterráneo en su intento de llegar a la UE.

Desde una perspectiva decolonial, argumentamos que el derecho moderno sigue caracterizándose por su incapacidad para responder adecuadamente al movimiento de personas, perpetuando, en cambio, procesos de otredad que pueden estudiarse efectivamente a través de un enfoque más amplio, que debería basarse en una discusión sobre la(s) reforma(s) jurídica(s) y la responsabilidad del Estado.

⁷³ SØRENSE, N. and HUTTUNEN, L., “Missing Migrants and the Politics of Disappearance in Armed Conflicts and Migratory Contexts”, 2020, Ethnos [Traducción libre].

PARTE II

Instrumentos y mecanismos de protección

CAPÍTULO 5

Refugio y migración en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos

*Claudio Nash Rojas*¹

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Refugio. – 2.1. Datos relevantes en la región. – 2.2. Derechos particulares en el proceso de refugio. – 3. Migración. – 3.1. Datos relevantes en la región. – 3.2. Obligaciones generales del Estado y migración. – 3.2.1. Integridad personal (art. 5 CADH). – 3.2.2. Libertad personal (art. 7 CADH). – 3.2.3. Acceso a la Justicia (arts. 8 y 25 CADH). – 3.2.4. Igualdad y no discriminación (arts. 1.1 y 24 CADH). – 3.3. Obligaciones específicas del Estado sobre migración. – 4. Niños/as y adolescentes en situación de movilidad. – 5. Conclusiones.

1. *Introducción*

Los fenómenos de movilidad humana se han transformado en uno de los mayores desafíos políticos, económicos y sociales de las últimas décadas y también se han transformado en un tema de derechos humanos. Así, los organismos internacionales de protección de derechos humanos han debido desarrollar diversos esfuerzos por establecer parámetros mínimos de trato a las personas en situación de movilidad humana.

El sistema interamericano de derechos humanos y, en particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH o la Corte Interamericana) han debido enfrentar este tema a partir de una base normativa que no regula específicamente estas materias, lo que ha obligado a un ejercicio de interpretación de las normas vinculantes para los Estados, en particular, las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH). Esto ha constituido un desafío considerando la variedad de temas que están vinculados con la protección de personas en situación de movilidad humana. Son dos las situaciones que han centrado la atención de la

¹ Profesor en Derecho Internacional en la Universidad de Chile.

protección jurisdiccional: el refugio y la migración, en particular, la migración no regular.

Un aspecto fundamental para entender la aproximación de la Corte Interamericana en estas materias es el rol central que juega la situación de contexto en que se realiza la movilidad humana para interpretar las obligaciones del Estado respecto de las personas en situación de movilidad sujetas a su jurisdicción y, el contexto determinante, es la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran quienes deben movilizarse fuera del Estado del cual son nacionales.²

Por otra parte, la Corte ha sido muy clara en reconocer que los Estados tienen la facultad de establecer las políticas migratorias que estimen pertinentes a sus intereses, sin embargo, esta facultad tiene como límites los compromisos internacionales del propio Estado en materia de derechos humanos.³

El objetivo de esta investigación es sistematizar los principales estándares desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de refugio y migración. Así mismo, se busca demostrar que el enfoque utilizado la Corte Interamericana que asume la situación de especial vulnerabilidad en el goce y ejercicio de sus derechos humanos de quienes están en situación de movilidad humana como eje central, implica obligaciones agravadas de protección de los derechos de las personas solicitantes de refugio y en situación de migración.

²“Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado”, Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 (2003), párr. 112.

³“Este Tribunal ya ha manifestado que, en el ejercicio de su facultad de fijar 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 los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes”, Corte IDH. Caso Vélez Loor (2010), párr. 97. En el mismo sentido: Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas (2014), párr. 350.

2. *Refugio*

2.1. *Datos relevantes en la región*

El refugio internacional es una institución vinculada con la protección de las personas que sufren de persecución en su Estado de origen y que las obliga a movilizarse a un tercer Estado en busca de protección. La regulación del refugio tiene una larga data, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 es el principal instrumento internacional y es parte del proceso global de regulación internacional de la protección de las personas junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y los Convenios de Ginebra de 1949 sobre Derecho Humanitario.

Por otra parte, las situaciones sobre refugio han vuelto a ser un tema central en la agenda internacional las últimas décadas. Así, el último informe de ACNUR sobre la situación a nivel mundial da cuenta de 20,7 millones de personas bajo el mandato de la Organización y, en el caso de Latinoamérica, se da cuenta de más de 750 mil personas en situación de refugio (ACNUR, 2020: 8-10). Así, es evidente que el problema del refugio es una situación grave y que desafía las posibilidades de la protección internacional de derechos humanos.

A continuación, revisaremos algunos de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana en esta materia a fin de ver la forma en la que impacta el contexto de vulnerabilidad de las personas en situación de refugio al momento de analizar el contenido y alcance de los derechos consagrados convencionalmente.

2.2. *Derechos particulares en el proceso de refugio*

En cuanto a las normas aplicables, la Corte Interamericana ha debido realizar un ejercicio interpretativo para poder utilizar en sus decisiones jurisdiccionales, que se encuentran limitadas a la Convención Americana y otros instrumentos del sistema interamericano que le confieren competencia material, instrumentos generales sobre refugio, como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Al efecto, la Corte ha señalado que, en virtud del artículo 29.b (principio interpretación integral), debe considerar otros instrumentos internacionales a fin de interpretar las obligaciones del Estado en materia de refugio; así, señala que “al utilizar las fuentes, principios y criterios del Derecho Internacional de Refugiados como normativa especial aplicable a situaciones de determinación del estatuto de refugiado de una persona y sus derechos correlativos, en forma

complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos”,⁴ sino que los está utilizando con un fin hermenéutico.

Sobre dicha base normativa amplia, la Corte ha podido determinar las obligaciones de los Estados en relación con las personas en situación de refugio conforme a los estándares internacionales aplicables en la materia. Una primera aclaración que ha formulado la Corte es que el reconocimiento de la condición de refugiado es un acto declarativo de un status que surge del cumplimiento de las condiciones que la Convención de 1951 establece.⁵ Además, la Corte reconoce que durante las últimas décadas se han generado prácticas de los Estados “consistentes en otorgar protección internacional como refugiados a las personas que huyen de su país de origen debido a la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”⁶ ampliando con ello los alcances de las condiciones que sirven de base para reconocer a una persona la condición de refugiado, en una clara convergencia entre la protección de derecho humanos y el derecho sobre refugio.

Un aspecto que ha sido desarrollado en forma pormenorizada por la Corte Interamericana es el principio de “no devolución”.⁷ Para la Corte, este representa una “piedra angular” de la protección internacionales de los refugiados y le ha dado un alcance más amplio a la luz de la Convención Americana (art. 22.8). Así, ha señalado que:

“la prohibición de devolución por mandato convencional ofrece una protección complementaria para extranjeros que no son solicitantes de asilo o refugiados en casos en que su derecho a la vida o libertad se encuentre amenazado por los motivos enlistados. La protección del principio de no devolución establecido en la referida disposición (22.8) alcanza, en consecuencia, a toda persona extranjera y no sólo a una categoría específica dentro de los extranjeros, como sería los solicitantes de asilo y refugiados”.⁸

⁴ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo (2013), párr. 143.

⁵ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo (2013), párr. 145.

⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (2014), párr. 79.

⁷ Este principio consiste en “la obligación a cargo del Estado de no devolver de ningún modo a una persona a un territorio en el cual sufra riesgo de persecución” (Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18 (2018), párr. 179). El primer desarrollo de la Corte en este tema fue: Corte IDH. Caso Wong Ho Wing (2015) donde la persona algaba el riesgo de ser condenada a muerte y torturada en caso de ser extraditada a China.

⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18 (2018), párr. 186.

Asimismo, la Corte ha entendido en un sentido amplio qué implica “devolución”, señalando que esta comprende conductas tales como “la deportación, la expulsión o la extradición, pero también el rechazo en frontera, la no admisión, la interceptación en aguas internacionales y el traslado informal o ‘entrega’”.⁹

Por último, un aspecto central para la efectiva protección de los derechos de las personas solicitantes de refugio es la garantía del derecho a un debido proceso en la tramitación de sus solicitudes. De esta forma, la Corte ha establecido algunos estándares mínimos que se deben satisfacer por parte de los Estados: a) garantizarse los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal, para someter su solicitud ante las autoridades; b) la solicitud debe examinarse, con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal; c) las decisiones deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa; d) el procedimiento debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad; e) si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre cómo recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada; y f) el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada.¹⁰

Además, la Corte Interamericana ha aclarado los alcances de la figura del “asilo” como una institución relacionada con el refugio, pero con alcances más amplios.¹¹ En este sentido, la Corte ha desarrollado parámetros de protección en casos de asilo, reconociendo que estos también comprenden elementos diplomáticos más amplios que en las situaciones de refugio, lo que se traduce en posibilidades de protección más variadas que incluyen la protección de un Estado en territorio de un tercer Estado.¹²

En definitiva, la Corte ha ido ampliando y profundizando los estándares de protección de las personas que deben movilizarse internacionalmente en busca de protección frente a la amenaza seria de sus derechos humanos. La condición de vulnerabilidad ha sido, precisamente, el crite-

⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18 (2018), párr. 190.

¹⁰ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo (2013), párr. 159.

¹¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18 (2018).

¹² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-25/18 (2018), párr. 105-107 y 163.

rio que ha guiado a la Corte en la profundización de la protección internacional en estos casos.

3. Migración

En los aparatos siguientes vamos a repasar algunos de los principales desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana en materia de migración. Para ello, en primer lugar, se formularán algunas consideraciones sobre el contexto general del tema a nivel regional; a continuación, se revisarán desarrollos que ha formulado la Corte sobre derechos generales en casos relativos a migración; y, enseguida, se analiza la jurisprudencia de la Corte en relación con derechos más directamente vinculados con procesos migratorios.

3.1. Datos relevantes en la región

De acuerdo con información entregada por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en su último informe anual (2020), había en el mundo 272 millones de migrantes internacionales, lo que equivale al 3,5% de la población mundial. La población apátrida llegó a 3,9 millones de personas (dato 2018). En Latinoamérica el caso de mayor preocupación es el de la migración venezolana que en 2019 había llegado a cerca de 4 millones de personas que habían emigrado de dicho país. Asimismo, el informe de la OIM da cuenta que la mayor parte de la migración latinoamericana reside en regiones fuera de las que nacieron; en América del Norte residen 26 millones de migrantes de Latinoamérica y 5 millones en Europa.

En relación con los trabajadores migrantes, el informe de la OIM da cuenta de 164 millones de trabajadores migrantes en todo el mundo y el valor total de las remesas asciende a la suma de 689.000 millones de dólares (OIM, 2020: 11).

Un último dato relevante del estudio de la OIM dice relación con las causas de la migración. Así, el informe da cuenta de que “los datos mundiales indican también que los desplazamientos causados por conflictos, situaciones de violencia generalizada y otros factores son más numerosos que nunca antes” y en el caso latinoamericano “la mayoría de los nuevos desplazamientos internos en América Latina y el Caribe se debieron a conflictos y situaciones de violencia, no a desastres”, (OIM, 2020: 107) lo que da cuenta del estrecho vínculo que existe entre la migración y la necesidad de protección de los derechos humanos y la relación cer-

cana entre los estándares sobre refugio y los relativos a la migración.

Sin duda, este contexto es el que la Corte Interamericana ha tenido presente para desarrollar estándares exigentes para los Estados en materia migratoria que van en contraposición con la idea tradicional de que en estas materias los Estados contaban con amplias atribuciones, muchas de ellas, completamente discrecionales e incluso arbitrarias.

3.2. Obligaciones generales del Estado y migración

A continuación, vamos a revisar algunos de los derechos convencionalmente protegidos que han sido desarrollados en casos sobre personas en situación de migración a fin de determinar si hay elementos especiales en el análisis de la Corte Interamericana a la luz de la situación de contexto en que se encuentran las personas migrantes.

3.2.1. Integridad personal (art. 5 CADH)

El artículo 5 de la Convención Americana consagra el derecho a la integridad personal. A partir de esta norma la Corte Interamericana ha desarrollado una extensa línea jurisprudencial en relación con la prohibición de tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes, también ha desarrollado estándares relativos a las personas privadas de libertad y una detallada argumentación en relación con las obligaciones del Estado en estas materias.¹³

Un aspecto fundamental en el acercamiento de la Corte al derecho a la integridad personal de personas en situación de migración ha sido el de las condiciones en la que se encuentran las personas migrantes privadas de libertad. Así, el primer caso contencioso de la Corte Interamericana en relación con la situación de migración trató, precisamente, sobre las condiciones en las que una persona migrante se encontraba en el Estado receptor.¹⁴ En este caso, la Corte Interamericana fijó un estándar general en relación con la vulnerabilidad agravada en la que se encuentran las personas migrantes (de por sí ya vulnerables) cuando se encuentran privadas de su libertad.¹⁵

¹³ Sobre esta jurisprudencia de la Corte, puede consultarse Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana Núm. 10 Integridad personal. 2021. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/publicaciones.cfm>.

¹⁴ Corte IDH. Caso Vélez Loor (2010).

¹⁵ “Si bien la Corte ya se ha referido a la situación de particular vulnerabilidad en que suelen encontrarse las personas migrantes [...], en este caso es importante resaltar cómo dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando por causa de su sola situación migratoria irregular son privadas de libertad en centros penitenciarios en los que son reclusas con

En relación con las condiciones de la privación de libertad de una persona en situación de migración, la Corte estableció algunos estándares particulares. En primer lugar, se dispone que “los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria” y funda este deber en el hecho de que la detención y privación de libertad por su sola situación migratoria irregular “debe ser utilizada cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto, solamente admisible durante el menor tiempo posible y en atención a los fines legítimos referidos”. De esta forma, concluye la Corte, “los Estados deben disponer de establecimientos públicos separados, específicamente destinados a este fin y, en caso de que el Estado no cuente con dichas facilidades, deberá disponer de otros lugares, los cuales en ningún caso podrán ser los centros penitenciarios”.¹⁶

Además, la Corte dispone que los centros de detención deben satisfacer condiciones mínimas de habitabilidad y se deben adoptar medidas concretas orientadas a “asegurar que la misma no genere un mayor riesgo de afectación a los derechos, a la integridad y al bienestar personal y familiar de las personas migrantes”.¹⁷

Por otra parte, en un caso sobre personas migrantes que requieren acceso a atención de salud, la Corte destacó la necesidad de que el Estado debe otorgar atención médica en casos de emergencia, sin discriminar por su condición migratoria. De esta forma, con base en la obligación general de no discriminación consagrada en el art. 1.1 de la Convención Americana, la Corte señala que “la atención médica en casos de emergencias debe ser brindada en todo momento para los migrantes en situación irregular, por lo que los Estados deben proporcionar una atención sanitaria integral tomando en cuenta las necesidades de grupos vulnerables”.¹⁸ En el caso concreto, el Tribunal Interamericano concluyó que la falta de atención de urgencia a personas heridas, basada dicha omisión debido a su condición

personas procesadas y/o sancionadas por la comisión de delitos, como ocurrió en el presente caso. Dicha situación hace que los migrantes sean más propensos a sufrir tratos abusivos, pues conlleva una condición individual *de facto* de desprotección respecto del resto de los detenidos. Así, en el marco de sus obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en la Convención, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación”, Corte IDH. Corte IDH. Caso Vélez Loor (2010), párr. 207.

¹⁶ Las citas corresponden a: Corte IDH. Caso Vélez Loor (2010), párr. 208.

¹⁷ Corte IDH. Caso Vélez Loor (2010), párr. 209.

¹⁸ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros (2012), párr. 108.

migratoria irregular, configura una violación del art. 5.1 de la CADH¹⁹ en concordancia con el art. 1.1 del mismo tratado.

De esta misma forma, en el contexto de la pandemia por Covid-19, la Corte ha dispuesto medidas especiales para el acceso a condiciones de salud adecuadas para personas migrantes privadas de libertad.²⁰

Son dos los elementos que es interesante destacar de estos fallos. Por una parte, que la Corte ubique a las personas en situación de migración irregular dentro de los grupos que viven una situación de vulnerabilidad agravada y, en consecuencia, que las medidas que debe adoptar el Estado para la protección de sus derechos son más exigentes. Segundo, que estas exigencias de efectividad en la protección se funden en el principio general de no discriminación; esto, trae aparejada una lectura integral de las obligaciones convencionales a la luz del contexto de vulnerabilidad propio de la migración, pero acentuado o agravado por la situación legal irregular de permanencia en el Estado receptor.

3.2.2. Libertad personal (art. 7 CADH)

El derecho a la libertad y seguridad personal se encuentra consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana. Este artículo consagra un principio general sobre libertad personal y desarrolla una serie de aspectos vinculados con la privación de libertad ambulatoria.²¹

En relación a la legalidad de la detención de personas migrantes, la Corte ha señalado que los Estados deben cumplir con los parámetros de legalidad para la privación de libertad (art. 7.2 CADH), incluso cuando se produzcan detenciones por breve tiempo y con el fin de identificar a las personas migrantes.²² Asimismo, si se produce una privación de libertad, es obligación del Estado registrar dicha detención, incluso cuando esta se practique con fines de deportación.²³ En cuanto a la prohibición de arbitrariedad (art. 7.3 CADH), la Corte ha señalado que las privaciones de libertad de personas migrantes nunca pueden ser con fines punitivos,²⁴ no

¹⁹ Artículo 5 numeral 1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

²⁰ Corte IDH. Caso Vélez Loor. Medidas Provisionales (2020), párr. 30. Medidas especiales ratificadas en: Corte IDH. Caso Vélez Loor. Medidas Provisionales (2020b) y Corte IDH. Caso Vélez Loor. Medidas Provisionales (2021).

²¹ Sobre esta jurisprudencia de la Corte, puede consultarse Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana Núm. 8 Libertad personal. 2020. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/publicaciones.cfm>.

²² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (2014), párr. 191.

²³ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros (2012), párr. 131.

²⁴ Corte IDH. Caso Vélez Loor (2010), párr. 171.

pueden ser por plazos indefinidos o excesivos,²⁵ que las órdenes de detención cuando se justifican (para regular y controlar la migración irregular a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación), deben ser debidamente fundadas en el caso concreto²⁶ y que la privación de libertad no puede ser basada en criterios discriminatorios (por ejemplo, perfiles raciales).²⁷

Por otra parte, la Corte ha desarrollado aspectos específicos respecto de los procedimientos asociados a la privación de libertad de personas migrantes. Así, se ha señalado que el Estado tiene la obligación de informar a las personas migrantes los motivos y razones de su detención (art. 7.4 CADH) conforme a las normas nacionales²⁸ y detallar, por medio oral o escrito, las razones de la detención y, la notificación, por escrito, de los cargos.²⁹

Por lo que se refiere a la obligación de poner a la persona privada de libertad a disposición de autoridad judicial competente (art. 7.5 CADH), la Corte ha señalado que la persona detenida, en este caso una persona migrante “debe comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad”.³⁰ Asimismo, la Corte ha señalado que la expulsión de migrantes que son detenidos y no son puestos a disposición de la autoridad competente, viola el art. 7.5 convencional.³¹ En cuanto a las características que debe cumplir la autoridad competente, la Corte señala que “la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas” y que “resulta imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria”.³²

Por último, en relación con el derecho al recurso de *hábeas corpus* (art. 7.6 CADH), la Corte ha señalado que un recurso de revisión judicial “constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o

²⁵ Corte IDH. Caso Vélez Loor (2010), párr. 117.

²⁶ Corte IDH. Caso Vélez Loor (2010), párr. 116.

²⁷ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas (2014), párr. 368.

²⁸ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros (2012), párr. 132.

²⁹ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas (2014), párr. 369.

³⁰ Corte IDH. Caso Vélez Loor (2010), párr. 109.

³¹ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros (2012), párr. 139.

³² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (2014), párr. 198.

arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél”,³³ cuestión que se ve reforzada en los casos de migración donde la vulnerabilidad es aún mayor y a dicha consideración general ha agregado que “la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan derechos fundamentales”,³⁴ tal como ocurre en materia migratoria donde muchas veces la privación de libertad es decidida en sede administrativa y no judicial. Por último, la Corte reitera su jurisprudencia constante en el sentido de que “la sola existencia de los recursos no es suficiente si no se prueba su efectividad”.³⁵

En definitiva, la Corte ha reiterado estándares tradicionales en materia de libertad personal, pero tomando medidas para la efectividad de estos en casos donde la persona detenida sea un migrante considerando la especial vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes, lo que se ve agravado por la privación de libertad.

3.2.3. Acceso a la Justicia (arts. 8 y 25 CADH)

El derecho de acceso a la justicia es una construcción de la Corte Interamericana a partir del análisis conjunto del derecho a un recurso efectivo (art. 25.1 CADH), del derecho a un debido proceso (art. 8.1 CADH) y de las obligaciones generales consagradas en los arts. 1.1 y 2 de la Convención. En cuanto al derecho de acceso a la justicia de las personas migrantes, el Tribunal ha sostenido que estas tienen derecho – sin discriminación – a acceder a los medios y recursos que les permitan amparar sus derechos, independientemente de su situación migratoria, lo que incluye el derecho a reparación en caso de que sus derechos hayan sido vulnerados.³⁶

A continuación, se analizarán desarrollos específicos sobre recurso efectivo y debido proceso.

En relación con el derecho de acceso a un recurso efectivo (art. 25.1 CADH), la Corte ha fijado como criterio general la obligación de “garantizar un efectivo e igualitario acceso a la justicia de las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad agravada”.³⁷ Esta es una cuestión que cobra especial relevancia en materia migratoria, ya que muchas veces son órganos administrativos y no judiciales los que intervienen

³³ Corte IDH. Caso Vélez Loor (2010), párr. 107.

³⁴ Corte IDH. Caso Vélez Loor (2010), párr. 126.

³⁵ Corte IDH. Caso Vélez Loor (2010), párr. 139.

³⁶ Corte IDH. Caso Roche Azaña y otros (2020), párr. 91.

³⁷ Corte IDH. Caso Vélez Loor (2010), párr. 254.

en decisiones tan sensibles como son la deportación o la privación de libertad de los migrantes.³⁸ Asimismo, es fundamental que el acceso a la justicia sea en condiciones de igualdad y que el “procedimiento no debe resultar discriminatorio debido a nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus”.³⁹

En cuanto al derecho a un debido proceso (art. 8 CADH), la Corte también ha desarrollado algunos aspectos en relación con las personas migrantes. La Corte ha fijado un claro criterio jurisprudencial sobre el alcance de la protección del art. 8 en los casos administrativos que puedan afectar los derechos de personas migrantes, estableciendo que dichos procesos quedan bajo el alcance de los numerales 1 y 2 del artículo 8 de la Convención.⁴⁰

En lo que dice relación con el derecho a la defensa en los casos que afectan a una persona migrante que puede afectar sus derechos (por ejemplo, deportación), la Corte ha señalado la relevancia de contar con asistencia letrada desde que se inicia proceso administrativo sancionatorio a fin de que esta pueda ejercer sus derechos.⁴¹ A ello se debe sumar el deber que tiene el Estado de garantizar el acceso a intérprete⁴² y a asistencia consular.⁴³

Por último, la Corte ha señalado que las decisiones deben poder ser recurridas si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, concedérsele un plazo razonable para ello, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada⁴⁴ y si se recurre, el recurso de revisión o apelación “debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación”.⁴⁵

En síntesis, en materia de acceso a la justicia, tanto la vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes como los efectos que pueden

³⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (2014), párr. 116.

³⁹ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas (2014), párr. 356.

⁴⁰ “No puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican *mutatis mutandis* en lo que corresponda”, Corte IDH. Caso Vélez Loor (2010), párr. 142.

⁴¹ Corte IDH. Caso Vélez Loor (2010), párr. 132.

⁴² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 (1999), párr. 120.

⁴³ Jurisprudencia constante de la Corte desde el año 1999, ver: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 (1999), párr. 122.

⁴⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (2014), párr. 258.

⁴⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (2014), párr. 259.

tener las medidas del Estado, han obligado a ampliar los alcances de la protección judicial y añadir nuevos elementos para su pleno goce y ejercicio en condiciones de igualdad.

3.2.4. Igualdad y no discriminación (arts. 1.1 y 24 CADH)

Uno de los primeros desarrollos jurisprudenciales en materia de migración fue una opinión consultiva (2003) relativa a la “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”.⁴⁶ Al tratar sobre un tema en el que no existen normas específicas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte fundó su razonamiento a partir del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación (arts. 1.1 y 24 CADH).

En esta Opinión Consultiva la Corte señaló claramente que el Estado debía velar porque los trabajadores indocumentados no fueran objetos de tratos discriminatorios y se violara la igual protección de la ley respecto de sus derechos laborales.⁴⁷

En este tratamiento se hace explícito el hecho que la situación de vulnerabilidad en que se encuentran trabajadores migrantes se ve agravada en casos de trabajadores indocumentados o en situación migratoria irregular y esto obliga al Estado a adoptar medidas especiales para la protección de sus derechos.

3.3. Obligaciones específicas del Estado sobre migración

A continuación, se revisan algunos de los derechos convencionalmente protegidos que dicen directa relación con las personas en situación de migración a fin de reseñar los estándares desarrollados por la Corte Interamericana a la luz de la situación de contexto en que se encuentran las personas migrantes. Centraremos el análisis en aquellos derechos que han tenido mayor desarrollo jurisprudencial: protección de la familia, derecho a la nacionalidad y derecho de circulación.

En primer lugar, si bien el derecho a la protección de la familia no trata en forma particular los derechos de personas en situación de migración, sí cobra especial relevancia en casos de deportaciones. Por ello, la Corte viene desarrollando algunos elementos que es útil reseñar. De esta forma, en relación con las obligaciones del Estado conforme al art.17 CADH, la Corte ha señalado que se deben adoptar medidas que permitan fortalecer el núcleo familiar y, por tanto, la separación de niños y niñas

⁴⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 (2003).

⁴⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 (2003), párr. 133-160.

deben ser excepcionales y de preferencia temporales.⁴⁸ Además, ha señalado que las medidas que debe adoptar el Estado deben ser “complementarias a las que deban adoptar la sociedad y la familia”.⁴⁹ Por último, este derecho impone al Estado la obligación de adoptar medidas para lograr la reunificación familiar.⁵⁰

Por otra parte, el derecho a la nacionalidad regulado en el art. 20 CADH consagra no solo el derecho a tener una nacionalidad, sino que también a no ser privado de ella en forma arbitraria. En este ámbito, el derecho a la nacionalidad de los hijos e hijas de las personas migrantes ha sido objeto de particular análisis. En especial, la Corte Interamericana ha destacado la obligación que tiene el Estado de respetar y asegurar este derecho a niños y niñas, sin discriminación, esto es, con independencia del estatus migratorio de los padres y madres.⁵¹ Asimismo, a partir de este derecho ha formulado una serie de consideraciones acerca de la apatridia y el deber del Estado de no adoptar medidas que la provoquen y la protección de quienes se encuentran en dicha condición de vulnerabilidad.⁵²

Por último, en materia del derecho de circulación consagrado en el art. 22 CADH, la Corte IDH ha desarrollado de manera específica los alcances del derecho de circulación y residencia respecto de las personas migrantes. En particular, con base en los arts. 22.8 y 22.9 de la CADH, la Corte IDH ha señalado cuáles son las garantías que deben cumplirse en los procesos de expulsión a la luz de diversos tratados y resoluciones de organismos internacionales a las que hemos hecho referencia previamente⁵³ y, además, ha establecido que la prohibición del artículo 22.8 de expulsión o devolución de extranjeros en cuyo país estaría en peligro su vida o libertad, no es sólo un derecho reconocido a los asilados o refugiados, sino que a los extranjeros en general (tal como lo vimos en el apartado 2.2 de este texto).

Una mención especial debe hacerse al tema de la prohibición de las expulsiones colectivas. En efecto, la Corte ha señalado que el criterio general es que “el carácter ‘colectivo’ de una expulsión implica una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero, y por ende recae en arbitrariedad”⁵⁴ y dicho análisis individual debe permitir a la autoridad “evaluar las circunstancias personales

⁴⁸ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo (2013), párr. 226.

⁴⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (2014), párr. 67.

⁵⁰ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas (2014), párr. 420.

⁵¹ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico (2005), párr. 191-192.

⁵² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (2014), párr. 94.

⁵³ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros (2012), párr. 175. En un sentido similar, ver Caso Familia Pacheco Tineo (2013), párr. 133.

⁵⁴ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros (2012), párr. 171.

de cada sujeto, lo cual requiere, como mínimo, identificar a la persona y aclarar las circunstancias particulares de su situación migratoria”.⁵⁵ Por tanto, la cantidad de expulsados (elemento cuantitativo) no es lo relevante para considerar una expulsión como parte de un proceso “colectivo”.⁵⁶

4. Niños/as y adolescentes en situación de movilidad

Una de las materias que la Corte ha analizado con mayor detalle es la relativa a la protección de derechos de niños/as y adolescentes (NNA), particularmente, aquellos que viajan sin compañía de adultos. Estos desarrollos no solo se han dado a través de casos contenciosos, sino que en 2014 emitió una completa Opinión Consultiva sobre este tema.⁵⁷ A continuación, se reseñan algunas de las materias que han sido objeto de especial consideración por parte de la Corte.

El punto de partida de la Corte es que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales atendida su condición de sujetos en desarrollo y que, por tanto, el artículo 19 debe entenderse como una obligación complementaria que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial.⁵⁸ La principal consecuencia de aplicar este enfoque de derecho a la situación migratoria de NNA es que los Estados deben tener en cuenta “en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos”,⁵⁹ lo que en la práctica se debe traducir en la prioridad que debe darse al interés superiores de NNA en todas las medidas relativas a su situación migratoria.⁶⁰ Finalmente, la Corte llama la atención de que estas medidas también deben considerar sus condiciones personales en contextos de migración (edad, salud, situación del viaje, riesgo de trata, entre otros), a fin de determinar cuáles son las medidas especiales necesarias para la protección de sus derechos.⁶¹

⁵⁵ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas (2014), párr. 381.

⁵⁶ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros (2012), párr. 172.

⁵⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (2014).

⁵⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (2014), párr. 66.

⁵⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (2014), párr. 68.

⁶⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (2014), párr. 70.

⁶¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (2014), párr. 71.

Este enfoque de especial protección de derechos, a juicio de la Corte, debe tener incidencia en todas las materias que afecten a NNA, tales como, solicitud de refugio o asilo, controles de ingreso al Estado, centros de acogida, procedimientos aplicables, separación familiar, procesos de deportación, derecho a la nacionalidad, apatridia, entre otros. Así, un claro ejemplo del impacto de este enfoque de derechos en estos casos es la improcedencia de “privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores” ni aún a pretexto de mantener a la familia reunida,⁶² debiendo siempre optarse por medidas menos lesivas.

5. Conclusiones

La movilidad humana no solo es un dato relevante de nuestros tiempos desde una perspectiva social, política y económico, sino que también lo es desde una perspectiva de derechos humanos. Para enfrentar este fenómeno mundial, los Estados deben contemplar parámetros mínimos basados en sus compromisos de derechos humanos. En ese marco, la Corte Interamericana en su jurisprudencia ha establecido que el elemento central para interpretar los derechos convencionalmente protegidos de personas en situación de migración es el contexto de vulnerabilidad en que se encuentran por su propia condición migratoria.

El enfoque de derechos humanos basado en la idea de que el contexto de vulnerabilidad en que se encuentran las personas en situación de movilidad humana es un elemento determinante para la interpretación de los derechos convencionalmente protegidos, le ha permitido a la Corte ampliar y profundizar parámetros mínimos para el goce y ejercicio de derechos directamente relacionados con la situación migratoria y también desarrollar parámetros sobre derechos generales que son especialmente relevantes para quienes están en situación de movilidad humana. Esto ha sido aplicado tanto para situaciones de refugio como para situaciones de migración.

Asimismo, la Corte Interamericana ha prestado especial atención a los casos de vulnerabilidad agravada como son los trabajadores indocumentados, personas en situación de movilidad que se encuentran privadas de libertad y en casos de niños, niñas y adolescentes que viajan solos. Dicha vulnerabilidad agravada tiene como consecuencias que las medidas que adopten los Estados respecto de las personas en dichas situaciones serán

⁶² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (2014), párr. 160.

objeto de un estándar de escrutinio más alto por parte de la jurisdicción interamericana.

En síntesis, un enfoque de derechos humanos respecto de personas migrantes y refugiados es un elemento central para que las políticas estatales sean compatibles con los compromisos internacionales de los Estados, las personas en situaciones de movilidad humana puedan gozar y ejercer sus derechos humanos y, de esta forma, los Estados no incurran en responsabilidad internacional.

CAPÍTULO 6

El acceso a la justicia de las personas migrantes: el test de vulnerabilidad y el ajuste del procedimiento

*Félix Enrique Ramírez Sánchez*¹

SUMARIO: 1. Abordando el tema. – 2. La vulnerabilidad como categoría impuesta por los derechos humanos. – 3. Los migrantes como grupo vulnerable y la necesidad de otorgarles una protección diferenciada. – 4. El test de vulnerabilidad y el ajuste razonable del proceso para garantizar el acceso a la justicia de los migrantes irregulares.

1. Abordando el tema

El fenómeno migratorio de las personas es tan antiguo, como el hombre mismo, convirtiéndose hoy en día, en un proceso enormemente complejo y amplio, sobre todo cuando de movilidad internacional se refiere,² ello debido al incremento del flujo migratorio a nivel mundial y a los múltiples elementos que la componen. En los últimos años, los niveles de movilidad han llegado a cifras impresionantes, ocurriendo fenómenos como las denominadas “migraciones masivas” o “caravanas migrantes”.³

Si bien es cierto, vivimos en una etapa de globalización caracterizada

¹ Máster por la Universidad de Jaén España; magistrado de la Corte Superior de Justicia de La Libertad y miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

² La movilidad internacional, es según la Organización Internacional para las Migraciones, el movimiento de personas que dejan su país de origen o en el que tienen residencia habitual para establecer en otro país distinto al suyo [indistintamente de las razones que la motivaron], para lo cual han debido atravesar las fronteras. Ver Glosario sobre Migraciones, *Derecho Internacional sobre Migración, Organización Internacional para las Migraciones*, Suiza, 2016, 40.

³ Solo como dato estadístico tenemos, el brindado por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), que estimó, que en el año 2020 había en el mundo aproximadamente 281 millones de migrantes internacionales, una cifra equivalente al 3,6% de la población mundial.

por la apertura de las fronteras de los países para el intercambio comercial y de la información, ello no ocurre en referencia al desplazamiento humano de las personas que se desplazan de sus lugares de origen o de residencia habitual a otros lugar que serán de destino, tal es así que los países receptores han impuesto restricciones, para limitar o controlar el flujo humano, no solo para el ingreso a territorio nacional, sino también para la permanencia en él (política de integración), en la medida que la permanencia de migrantes, implica para el Estado la necesidad de brindar servicios básicos que aseguren su permanencia y desarrollo; la cual muchas veces supera la provisiones políticas de los Estados receptores.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que dichas políticas públicas y legales, como los actos de poder que se generan en el marco de la relación de la comunidad (nacionales) y los distintos organismos del Estado receptor con los migrantes, no están supeditados a los árbitros del Estado y sociedad receptora, sino que ello encuentran límites en el marco impuesto por el sistema internacional de Derechos Humanos [la cual se encuentra incorporado al sistema jurídico nacional vía integración normativa e interpretativa] y en los sistemas constitucionales que nos rigen, los cuales exigen que en todo contexto migratorio debe respetar, preservar y garantizar la dignidad humana y los derechos humanos de los migrantes, en un marco de igualdad a los nacionales. Este sistema de derechos humanos, reconoce que dicho colectivo de personas (migrantes) se encuentran en gran medida, en situación de vulnerabilidad y desventaja, debido a los actos discriminatorios que padecen muchas veces o las limitaciones que se les imponen para el ejercicio de sus derechos fundamentales en el tránsito o permanencia de un país que no es el suyo; es por ello, que dicho sistema también establece que los migrantes son sujetos de protección internacional en el marco de la defensa de los derechos humanos, consecuentemente requieren de protección.

Un dato importante para comprender esta problemática, son los factores y causas que originan dicha movilidad internacional, la cual es múltiple, y va desde una *motivación económica*, llevado por la pobreza, crisis inflacionaria de varios países, deterioro de los servicios que obliga a muchas personas a trasladarse en busca de mejor calidad de vida para ellos y sus familias, prueba de ello, a nivel de latino américa es Venezuela y Haití;⁴ *motivaciones sociales y políticas*, como son la inseguridad que viven

⁴Venezuela y Haití, viven una crisis hiperinflacionaria, sumado al contexto político convulsionado, que se caracterizan por vivir en un contexto de violaciones de derechos humanos por parte de sus propios Estados en contra sus nacionales; y es que se según datos que arroja de Plataforma de Coordinación Inter agencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, a julio del 2022, 6.15 millones de venezolanos han emigrado del país, producto de la

ciertos países, debido a los altos índices de delincuencia, como por altos índices de desempleo, o la presencia de inestabilidad política que afectan a las nacionales, seguido de actos de violaciones de derechos humanos a partir de la actuación del propio Estado; una muestra de ello es México;⁵ *motivaciones ecológicas*; en tanto las causas tienen que ver con desastres naturales, y cambios climáticos, como ocurre en el archipiélago de Kiribati en Oceanía, lo que ha obligado a la población a emigrar debido al incremento progresivo del nivel del agua; *motivaciones bélicas*, que es producto de la guerra o conflictos armados, ejemplo de ello es la guerra entre Rusia y Ucrania,⁶ o lo que ocurre en Afganistán donde los Talibanes tomaron el poder en agosto del 2021; entre otras razones.

Otro dato que resaltar es que la situación de vulnerabilidad por la que atraviesan los migrantes, se incrementa, cuando se trata *de migrantes que se encuentran en situación irregular*, y son aquellas personas que se desplazan de un país a otro, que no siempre cumplen los requisitos que impone las normas, los acuerdos internacionales que rigen la entrada o la salida del país de origen, de tránsito o de destino.⁷ Como se aprecia, la citada definición, comprende los supuestos de ingreso irregular a un país receptor, como también los supuestos en que el ingreso del migrante a un país de destino es regular, pero que luego de incumplir normas de permanencia, pasan a ser irregular. En pocas palabras, la migración irregular se presenta cuando la presencia de un migrante en un país receptor [sea de temporal, permanente o de tránsito] incumple las normas previstas para ello.⁸

Lo cierto, es que dicho grupo de migrantes en situación irregular, viven en gran medida en un contexto de desigualdad material, al encontrarse en un país que no es el suyo, enfrentándose a formas o costumbres sociales distintas, con la presencia de dificultades idiomáticas, económicas, e incluso a una regulación normativa casi desconocida, sumado al temor y

crisis; siendo los países más receptores: Colombia y Perú, con 1.84 millones y 1.29 millones respectivamente.

⁵Según el Instituto de Mexicanos en el Exterior (IME) perteneciente a la Secretaría de Relaciones Exteriores del Gobierno Mexicano, registra que actualmente 11, 913,989 mexicanos viven fuera de México; y que el 97.79% radica en los Estados Unidos de América.

⁶A junio del 2022, se estima que más de siete millones de ucranianos han huido de su país, siendo los países aledaños [sobre todo Polonia], los que tienen mayor índice de receptores migrantes.

⁷Ver Glosario sobre Migraciones, Derecho Internacional sobre Migración, Organización Internacional para las Migraciones, Suiza; 2016; pág. 128.

⁸Ver Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. "*Protocolo para Juzgar Casos que involucren Personas Migrantes y sujetas de Protección Internacional*". Edit. por la misma Suprema Corte de la Nación de México, 2021, 13.

riesgo que viven de ser reportados; y es que, este contexto transgrede el principio de igualdad en la aplicación de la ley que el sistema interamericano de derechos humanos y las Constituciones democráticas, como la nuestra, pregonan, lo que no permite ejercer otros derechos fundamentales (libertad de tránsito, libertad personal, a no ser discriminado, a tener acceso a los servicios básicos, debido proceso, acceso a la justicia entre otros).

En suma, la situación de migrante irregular lleva aparejada la vulnerabilidad de las personas, y es que este grupo de personas se encuentran expuestas a situaciones de permanente transgresión de sus derechos fundamentales en pie de igualdad, lo que hace necesario, que acudan al órgano jurisdiccional o sean invitados a participar de ellos, en busca de tutela jurisdiccional efectiva y exigir el respeto de sus derechos humanos; y es que ello se encuentra relacionado con un derecho esencial como es el “acceso a la justicia” que exige que toda persona logre el respaldo del órgano jurisdiccional para preservar sus derechos fundamentales en condiciones de igualdad, constituyendo dicho derecho humano de naturaleza procesal, una pieza principal para el funcionamiento del sistema democrático, logrando a través de ello la reducción de desigualdades sociales.

No obstante, dichos migrantes, experimentan barreras irrazonables también para el acceso a la justicia, los cuales deben ser eliminados en la práctica, siendo los jueces y juezas los llamados a enfrentar dicha situación, en razón de existir una exigencia convencional de brindar tutela jurisdiccional efectiva y diferenciadas a este colectivo, por la situación de vulnerabilidad que se encuentran, a efectos de garantizar el goce de sus derechos sustantivos.

Es justamente a través de estas líneas que pretendemos explicar la existencia de dos instrumentos o herramientas procesales específicas de tipo convencional que se interrelacionan y que deben ser aplicados por los jueces o juezas en todo proceso judicial, donde interviene un migrante irregular y donde se exija algún derecho fundamental supuestamente vulnerado [indistintamente que la reclamación sea civil, laboral, familia, tutelar, constitucional, penal, etc.] Nos referimos al “*test de vulnerabilidad*” y el “*ajuste del procedimiento*”; instituciones procesales que pretenden hacer frente a dichas barreras de acceso a la justicia, evitando así que dicho grupo vulnerable padezca de una discriminación estructural por parte del Estado a través del Poder Judicial y más bien garantizan una verdadera tutela jurisdiccional efectiva reforzada para el efectivo goce de los derechos sustantivos en juego.

2. La vulnerabilidad como categoría impuesta por los derechos humanos

Iniciamos nuestro estudio, para analizar y entender la noción de “grupos vulnerables” y es que dicha categoría tuvo su origen en la doctrina jurisprudencial desarrollada inicialmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir del voto disidente del Juez Bohumil Repik en el caso *Bucley c. Reino Unido* (1996), quién señaló que debía tenerse en cuenta la condición de vulnerabilidad en la que se encontraba un grupo minoritario como era los gitanos; luego esta categoría fue consolidándose en otros pronunciamientos como *colegiado [Salaman c. Turquía (2000), Mubilanzila Meyka and Kaniki Mitunga c. Bélgica (2006), Svetlana Orlova c. Rusia (2009) B.S.C. España (2012)*; y que luego fue acogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual fue acogida en diversas sentencias como el recaído en los casos *Instituto de Reeducción del menor Vs Paraguay (2004), Comunidad de Moiwana vs Suriname (2005), Valle Jaramillo vs Colombia (2008), Gonzáles et al (campo algodónero) vs México (2000) Vera Vera vs Ecuador (2011)*, entre otros. Lo real de estos pronunciamientos, es que ello evidenciaba una regla y es que la categoría de grupo vulnerables se encuentra ligado indisolublemente al paradigma liberal de los derechos humanos, y específicamente a los conceptos de igualdad y no discriminación.

La vulnerabilidad en términos genéricos deriva de la situación o condición desproporcional en la que se encuentra una persona o grupo de personas frente a una amenaza de riesgo o un daño; pero para los derechos humanos, requiere de una condición más, y es que dicha amenaza de riesgo o daños, debe generarse en el escenario social en el que se desarrollan un grupo de personas, en tanto existen factores sociales, jurídicos, económicos y políticos, que los colocan en una situación de desventaja, estigmatización y exclusión social frente a otras personas para el ejercicio de sus derechos fundamentales; situación que los coloca en un contexto de ser considerados sujetos de protección internacional. Así surge la idea clara que los Estados deben tutelar y proteger a este grupo, compensando dicha desigualdad material por la que atraviesa, para que pueda ejercer plenamente sus derechos humanos; por lo que podemos colegir que el concepto de “grupos vulnerables”, constituyen una institución socio-jurídico que nace de la imposición que tiene los Estados de garantizar los derechos humanos de todos y todas las personas en condición de igualdad.

En resumidas cuentas la condición de vulnerabilidad deriva no solo de la condición personal en la que se encuentra una persona o grupo de ellos

(como es el ser mujer, tener una discapacidad física o mental, adulto mayor, niño, niña o adolescente, por pertenecer a una minoría sexual, o pertenecer a pueblos indígenas o triviales, entre otros) sino también de la situación específica en la que se encuentra (migrantes, individuos o grupos u organizaciones políticas de oposición, los defensores de los derechos humanos, las personas desplazadas, periodistas en un contexto de conflictos armados y en contextos políticos tensos, entre otros); y es que en sí, la vulnerabilidad radica en los obstáculos o barreras sociales, e incluso estatales (discriminación estructural) que no permiten ejercer a estos grupos vulnerables sus derechos fundamentales de manera plena en condiciones de igualdad. En otras palabras, son los actos u omisiones dolosos o culpables de discriminación social o estatal que los colocan en grado de vulnerabilidad en tanto establecen diferenciaciones irrazonables que lidian con el principio de igualdad; así, por ejemplo si una persona con discapacidad física tiene las condiciones para desarrollarse plenamente al contar con recursos económicos para ello, no se encuentra en una situación de desventaja o desigualdad en tanto puede optar por estudiar en una universidad inclusiva que cuenten las facilidades para ejercer su derecho a la educación; situación que no ocurre si dicha persona con discapacidad física no cuenta con recursos económicos (factores económicos) para realizar estudios superiores, o habiendo accedido alguna institución universitaria pública, ella no cuenta con una estructura adecuada para que dicha persona pueda desplazarse libremente dentro del recinto estudiantil y es más, no cuenta con rampas de acceso o ascensores para poder trasladarse a la aula asignada para clases ubicada en un tercer piso, ello evidencia un acto u omisión de discriminación económico-estructural que lo coloca en una situación de desventaja material frente a otras personas.

Creemos necesario, definir jurídicamente desde una perspectiva de derechos humanos, a las personas en condición de vulnerabilidad, entendiéndose que dicha categoría comprende a una persona o grupo de personas, cuya capacidad para *prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas (por edad, género, estado físico o mental o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, etc.), para ejercitar con plenitud ante la sociedad y el Estado los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.*

Por su parte las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”,⁹ precisa de manera muy con-

⁹Dicho instrumento legal fue actualizado en el año 2018 por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Quito-Ecuador y es vinculante en el Perú, específicamente en el ámbito jurisdiccional, en mérito a la: (i) *Res. Adm.*

creta, las causas que podrán generar situaciones de desigualdad y por ende de vulnerabilidad, así en la regla 4 señala “Podrán constituir causa de vulnerabilidad entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de la libertad”, y que a nuestro parecer esta es una regla que incluye un *numerus apertus*, en tanto, no son las únicas causas de vulnerabilidad existente, ya que según las circunstancias pueden darse otros supuestos de vulnerabilidad y de discriminación; solo a modo de ejemplo, tenemos que en el contexto de inicio de la pandemia de la Covid-19, la cual originó una crisis sanitaria a nivel mundial y visibilizó la debilidades del sistema de servicio de salud para hacer frente a una enfermedad de grandes magnitudes como es la causada por el virus SARS-CoV-2, que generó la muerte de millones de persona, sin distingo alguno, y es que al inició cuando no existía una vacuna para prevenir dicha enfermedad, las personas infectadas con dicho virus, eran sujetos de discriminación social e incluso estructural, y es que esta condición de “enfermo del COVID” se convirtió en una causal de vulnerabilidad y discriminación, así lo entendió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al dictar la Resolución Núm. 001/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas” de fecha 10 de abril del 2020, al señalar que los Estados deben “Adoptar de forma inmediata, urgente y con la debida diligencia, todas las medidas que sean adecuadas para proteger los derechos a la vida, salud e integridad personal de las personas que se encuentren en sus jurisdicciones frente al riesgo que representa la presente pandemia”.

En resumidas cuentas el concepto de vulnerabilidad, vista desde una perspectiva convencional y constitucional se encuentra relacionado directamente con el derecho humano a la igualdad, el cual reconoce que todas las personas somos iguales ante la ley, pero también reconoce que en la realidad ello no es tan cierto, ya que existen personas que, de manera individual o agrupadas, *se encuentran en situación de vulnerabilidad* al ser socialmente postergadas, marginadas, por algún razón o condición objetiva, originadas por factores físicos, personales (edad, orientación sexual,

No. 266-2010-CE-PJ expedido por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de fecha 26 de Julio del 2010 que dispone la adhesión del Poder Judicial a la implementación de las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de personas en condición de vulnerabilidad y (ii). - la Res. Adm. 090-2016-CE-PJ de fecha 7 de abril del 2016 que dispone la obligatoriedad por parte de los órganos jurisdiccionales de implementar el “Plan Nacional de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad-Poder Judicial del Perú 2016-2021”; sin embargo, debemos aclarar que su exigencia y vinculación va más allá de dichas resoluciones administrativas, ya que tienen como fuente los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la propia jurisprudencia vinculante del máximo intérprete de la Convención, la Corte IDH.

género, estado físico o mental – discapacidad, situaciones relacionadas a creencias y/o prácticas religiosas,) económicos, sociales (migrantes), culturales y/o políticos; lo que causa las limitación en el ejercicio de sus derechos fundamentales e incluso de acceso al sistema de justicia. C. Díaz Barrado y A. Manero Salvador precisan que la “*vulnerabilidad, ya no es la característica natural de la vida misma, sino las consecuencias de determinada organización jurídica, política y social que hace vulnerables a ciertos grupos sociales por encontrarse en determinadas circunstancias o por poseer determinados caracteres identitarios, provocándoles un daño, lesión o discriminación*”.¹⁰

3. Los migrantes como grupo vulnerable y la necesidad de otorgarles una protección diferenciada

En este ítem, nos referiremos a los migrante como grupos vulnerables, quienes por el contexto en que se encuentran, son víctimas recurrentes de violaciones de derechos humanos. La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció a través de la opinión consultiva OC-18/03 “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, que los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes), la cual se intensifica cuando se trata de migrantes irregulares. En igual sentido se pronunció en la sentencia recaída en el Caso Vélez Loor vs. Panamá, al indicar:

“En este sentido, la Corte ha establecido que, de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. A este respecto, los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues “son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos” y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y “diferencias en el acceso [...] a los recursos públicos administrados por el Estado [con relación a los nacionales o residentes]”. Evidentemente, esta condición de vulnerabilidad conlleva “una dimensión ideológica y se presenta en un

¹⁰ DÍAZ C. y MANERO A. (ed.), “Glosario de términos útiles para el análisis y estudio del Espacio Iberoamericano de Cooperación e Integración: Comercio, Cultura y Desarrollo”, Edit., Marcial Pons, Madrid, 2010, 279.

contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales)". Del mismo modo, los prejuicios culturales acerca de los migrantes permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, dificultando la integración de los migrantes a la sociedad. Finalmente, es de notar que las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, *inter alia*, a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia".

En el preámbulo de la Resolución AGNU 60/169 aprobado por la Asamblea General de la ONU de fecha 16 de diciembre del 2005, se reconoció también la situación especial de vulnerabilidad en la que se encuentran los migrantes, enumerando muchas de las causales que lo originan como son "las dificultades que enfrentan a causa de su discriminación en sociedad, las diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para los migrantes indocumentados o en situación irregular".

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional Peruano, ha reconocido la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran digo grupo humano, que lo coloca en una situación particularmente sensible a las lesiones de derechos humanos, así se aprecia de la lectura de la sentencia recaída en el Expediente EXP Núm. 02744 2015-PA/TC, dónde el máximo intérprete de nuestra Constitución hace suyos los argumentos expuestos por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y señala:

"Ahora bien, dentro del universo de migrantes es posible distinguir dos condiciones esenciales, aquellos cuya estancia en el Estado del que no son nacionales es regular, y aquellos que por no haber respetado las normas de ingreso o por haber permanecido más allá del tiempo para el cual estaban autorizados, se encuentran en una situación jurídica irregular. En ese sentido, resulta innegable la relevancia constitucional que adquiere la situación de los migrantes cuya condición jurídica es irregular, pues como puso en evidencia la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución sobre Protección de los migrantes, estos tienen una especial condición de vulnerabilidad. Y ello porque, al no encontrarse en sus países de origen, enfrentan diversas barreras de idioma, costumbres y culturas, además de dificultades económicas, sociales y obstáculos para regresar a su país de origen; y también porque, dada su situación de irregularidad, se encuentran expuestos a ser víctimas de violencia, xenofobia u otras formas de discriminación o trato inhumano o degradante, pese a lo cual evitan ponerse en contacto con las autoridades por el temor a ser puestas en

detención migratoria y eventualmente deportadas [Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución sobre Protección de los migrantes, A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000, Preámbulo]”.

Por su parte, y acudiendo al derecho comparado, tenemos lo señalado por la Corte Constitucional Colombiana, quién precisa los obstáculos y causas que debe afrontar dicho colectivo en el marco de un contexto de trato desigualitarios, reconociendo también la categoría de grupo vulnerable, y es que en la sentencia T-956/13 indicó lo siguiente:

(...) Desde el derecho internacional de los derechos humanos existe consenso acerca que los migrantes son sujetos de especial protección para los Estados, en virtud de las condiciones de indefensión en que usualmente se encuentran, derivadas, entre otros factores, de su desconocimiento de las prácticas jurídicas locales y del idioma en que se realizan esas prácticas, así como la ausencia de lazos familiares y comunitarios en el país al que arriban. Sobre este particular, a nivel internacional se ha reconocido que los migrantes indocumentados o en situación irregular son un grupo en situación de vulnerabilidad, debido a que no viven en sus estados de origen y deben afrontar barreras de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas, sociales y los obstáculos para regresar a su país de origen. Sin embargo, dicha condición de vulnerabilidad se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). (...).”

Indistintamente de lo dicho, debemos aclarar que, si bien los Estados receptores deben regular el ingreso y permanencia de los migrantes, y establecer límites ello debe hacerse dentro del marco de respeto del derecho humano a “inmigrar”, y es que los límites impuestos deben ser razonables, no debiendo vulnerar los derechos humanos de todos y todas las migrantes que se encuentren en dicho territorio, en tanto como se ha indicado son sujetos de protección internacional; tal es así que la Corte IDH en el caso Vélez Loor vs. Panamá, ha establecido:

“[...] el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. [Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrafo, 248].

En suma, podemos colegir que, en el caso del Estado Peruano, existe la

obligación de garantizar algunos derechos fundamentales de los extranjeros (en especial el de no discriminación, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a un recurso judicial efectivo, a la asistencia consular, entre otros) con permanencia irregular en el territorio, el cual es limitado, pues deben ser tratados en condiciones de igualdad respecto de los ciudadanos nacionales dentro de ciertos límites de razonabilidad que permiten tratos diferenciados; tal es así que incluso, debe proporcionar las atenciones básicas de urgencias (salud, alimentación, educación, etc.) con cargo al régimen subsidiario cuando aquellos carezcan de recursos económicos, en virtud de la protección de la vida digna y la integridad.

Asimismo, los Estados deben compensar las desigualdades existentes de estos grupos vulnerables a través de acciones y medidas positivas, determinables por la condición de vulnerabilidad en la que se encuentre, lo que permitirá garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales, así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al indicar:

“Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.¹¹

En suma, el sistema convencional de derechos humanos y constitucional en el caso peruano, reconoce en primer orden que existe una situación social de vulnerabilidad de las personas migrantes irregulares, pero a la vez, dicha situación, impone como obligación al Estado y a la sociedad misma a brindarles una protección especial y reforzada a dicho grupo vulnerable, a efectos de fomentar condiciones de igualdad y de goce efectivo de sus derechos (a la educación, salud, a la vida, a no ser discriminados, etc.), sin alterarlos o restringirlos, en la medida que debe buscar la extinción y erradicación de toda conducta social o estatal, intencional o no, que discrimine a estas personas por su condición de discapacidad, por

¹¹ Corte IDH., Opinión Consultiva OC-18/03 “*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*” (párr. 104), sentencias Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 271; Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 236; Caso Átala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 80; Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 206; entre otros.

tanto el Estado debe adoptar medidas legislativas, administrativas y de toda índole (como son las decisiones en momento determinado) para el logro de tal fin, debiendo realizar ajustes razonables a todo accionar que tenga que ver con dichas personas.

Para finalizar este ítem, creemos necesarios dejar establecido que la vulnerabilidad que padecen los migrantes irregulares, no solo es por la condición de tal y por las condiciones de desigualdad en la que se encuentra, sino que esta se puede *ver incrementada en intensidad*, si concurren otros factores de vulnerabilidad como son el ser adulto mayor o infante, o padecer de una enfermedad grave como el Covid-19 o vivir en condiciones de pobreza extrema, siendo que el factor de pobreza constituye un factor determinante de vulneraciones;¹² o por su condición de mujer, o encontrarse en un estado de discapacidad o pertenecer a una comunidad LGTBI, entre otros factores; situación que debe ser visibilizada por parte del Estado, a efectos de determinar el grado de vulnerabilidad que se encuentra una persona migrante en un caso determinado, lo que ameritaría un trato diferenciado más intenso, ante la inequidades sociales existentes, en tanto debe el Estado adoptar – como mandato de optimización – todas aquellas medidas que resulten necesarias para compensar dicha desigualdad material existente y garantizar el ejercicio de sus derechos, todo ello en el marco del orden constitucional y convencional vigente. Esta situación de casos de vulnerabilidades complejas, lo abordaremos más adelante, cuando tratemos el test de vulnerabilidad en los procesos judiciales donde los migrantes exijan sus derechos fundamentales [indistintamente de la naturaleza de sus pretensiones, civiles, familiares, laborales, penales, constitucionales, etc.].

4. El test de vulnerabilidad y el ajuste razonable del proceso para garantizar el acceso a la justicia de los migrantes irregulares

El derecho internacional de los derechos humanos, exige a los Estados, brinde a través de recursos judiciales sencillos y rápidos, una protección a los más vulnerables [dentro de ellos a los migrantes], cuando se ven ame-

¹² El Tribunal Constitucional ha establecido claramente y de manera reiterada que “(...) El estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables. Esto es lo que en doctrina constitucional se conoce como discriminación o acción positivas (...). La finalidad de esta acción afirmativa no es otra que compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; persigue, pues, que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentra con acciones concretas del Estado” (STC Núm. 0048-2004-PI/TC, 0050-2004-AI/TC, 003-3007-PI/TC, 02861-2010-PA/TC, 04104-2013-PC/TC, entre otras).

nazados o vulnerados sus derechos fundamentales (artículo 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos);¹³ y es que dicho derecho de corte convencional y procesal constituye hoy en día, un principio básico de todo Estado que se precie de ser democrático y respetuoso de todos los derechos humanos, el cual se encuentra consagrada en distintas normas internacionales, por lo que es considerada una regla imperativa del derecho internacional.¹⁴

Como lo hemos indicado este derecho al acceso a la justicia, constituye el derecho de corte procesal, que tiene todas las personas de acceder a los órganos jurisdiccionales, indistintamente de la pretensión formulada, y que la misma sea resuelta a través de una sentencia debidamente motiva y acorde a derechos, y a la vez sea cumplida. En otras palabras, dicho derecho no solo pretende asegurar la participación o acceso a los justiciables a los distintos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia.¹⁵

Consecuentemente los mecanismos procesales que regulen los procesos en sí mismo, deben ser idóneos y efectivos para tal fin; sólo así se garantizará el derecho humano que tienen los migrantes al acceso a la justicia; sin embargo, debemos señalar que en el contexto actual, los justiciables y en específicos los que pertenecen a grupos vulnerables, no solo se encuentran en una situación de desigualdad sustantiva, sino también procesal, el cual se manifiesta con la presencia de obstáculos sociales, económicos e incluso estructurales en tanto surgen del propio Estado, tanto en su organización como en las normas procesales existentes, que no permiten otorgar la tan ansiado tutela efectiva. Así lo ha reconocido El Comité de Ministros de Consejo de Europa en su recomendación 81, al afirmar “que el procedimiento judicial es frecuentemente tan complejo, largo y costoso que los particulares – y especialmente las personas económica o *socialmente desfavorecidas* – encuentran serias dificultades para ejercer sus derechos en los Estados miembros”.

Carmela Almela Vich describe con firmeza esta realidad al indicar que “*En todas las comunidades hay colectivos que, por diversas razones sociales, económicas o culturales, no pueden acceder a la justicia o no pueden hacer-*

¹³ La Corte IDH en la sentencia recaída en el caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, preciso que los Estados “se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25), lo cuales deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1)”.

¹⁴ Ver Corte IDH, sentencia en el caso Goiburú otros vs Paraguay (2006).

¹⁵ Ver Tribunal Constitucional Peruano, EXP. Núm. 763-2005-PA/TC.

lo de una forma plena y eficaz y cuando esto sucede, es que algo falla. Uno de los elementos que debe caracterizar a la justicia es la eficacia y un sistema solo será eficaz cuando todas las personas puedan acceder a éste en condiciones de igualdad. No se debe olvidar la idea de que la justicia es un servicio público y por ello cualquier que, por la razón que sea, tenga que utilizar los servicios de la administración de justicia debe poder hacerlo sin más a limitaciones que las legalmente establecidas. Por esta razón el Estado está obligado a desarrollar políticas públicas que eliminen impedimentos que dificultan el disfrute de los derechos de la ciudadanía y establezcan mecanismos que puedan compensar las desigualdades existentes ya que, el concepto de acceso a la justicia en condición de igualdad para todos los ciudadanos, está íntimamente vinculado con la propia estructura democrática de la sociedad actual y con la noción de Estado de Derecho, pues constituye premisa indispensable para garantía de la justicia”.¹⁶

Estas son las razones, por las cuales el legislador debe establecer procesos especiales y diferenciadores, guiados por la exigencia convencional y permitir así compensar las desigualdades procesales existentes ante la presencia de grupos vulnerables; permitiendo así brindar una verdadera tutela efectiva; pero si ello no fuera posible, y de existir normas procesales o contextos que no permitan brindar dicho derecho de manera plena, es el juez o jueza, en su condición de garante de la convencionalidad, que debe superar dichas barreras burocráticas, de tal forma, que puedan brindar la tan ansiada tutela jurisdiccional, para ello debe hacer uso de herramientas y principios procesales de corte convencional que permitan adecuar el proceso mismo.

Aquí nos detenemos a efectos de definir lo que entendemos como *barreras burocráticas de acceso a la justicia*, y es que se consideran todas aquellas trabas u obstáculos “irrazonables” que hacen imposible acceder a instancias en las que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos constitucionales y/o resolver sus conflictos de manera real.¹⁷ Así también lo ha entendido nuestro máximo interprete constitucional, el Tribunal Constitucional Peruano, al indicar que es todo aquello que revele exigencias de requisitos irrazonables, impertinentes y/o carentes de utilidad que no permite una tutela judicial efectiva (Sentencia recaída en el Expediente Núm. 02703-2016-PA/TC).

Las causas que originan las barreras burocráticas de acceso a la justi-

¹⁶ ALMELA, C., “Herramienta euro social Núm. 24/2019: Manual para la construcción de políticas públicas sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad”, Edit. por el Programa EURO social, Madrid, España, 2020, 14 y 15.

¹⁷ Definición dada por ROCHE, C.L. y RICHITER, J., “Barreras para el acceso a la justicia”; en AA.VV., “Derechos Humanos, equidad y acceso de justicia”, Edit. por el Instituto Latinoamericano de investigaciones sociales, Caracas, Venezuela, 2005, 14.

cia, pueden ser variadas: pueden ser de tipo técnico-organizacional (estructura organizativa), como también de procedimiento; nosotros nos referiremos a este último; y es que, La Comisión Internacional de Justicia afirma que los obstáculos normativos de acceso a la justicia, “son aquellas que tienen su origen en fuentes normativas o en la interpretación de ellas hacen los jueces competentes; es decir que surgen del derecho mismo. Se trata entonces de disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias o administrativas, o bien de la ausencia de ellas en los casos de algunas normativas, que impidan a las personas acceder a la administración de justicia”;¹⁸ y es que ante ello surge, como ya se ha mencionado, la necesidad del uso de herramientas convencionales que permitan ponderar las circunstancias particulares de la persona (migrante) con el uso razonable de las exigencias formales que existan en cada proceso y permitir que la justicia compense la desigualdad existente y brinda un tutela real y efectiva.

Nosotros analizaremos dos herramientas básicas de tipo convencional, a la cual pueden recurrir los jueces y juezas sean ordinarios o constitucionales, para romper las barreras burocráticas de acceso a la justicia que se dan en un proceso determinado, ya sea por la estructura organizativa del órgano jurisdiccional y/o por las mismas normas procesales existentes, donde se discuten derechos fundamentales de las personas migrantes. Nos referimos al “test de vulnerabilidad” y el “ajuste del procedimiento”, teniendo en cuenta que ambas herramientas convencionales se complementan y a la vez justificaría el accionar del juez o jueza en un caso determinado a efectos de reinterpretar las normas procesales, flexibilizar o modificar las existentes, o hacer usos de medios complementarios, tal y cual lo explicaremos a continuación.

En primer orden, existen estándares impuestos por el sistema interamericano de derechos humanos, que exigen en el marco del derecho al acceso a la justicia, que los jueces y juezas, tengan en cuenta, en todas las etapas del proceso mismo, desde el momento en se activa, durante su tramitación, al momento de resolver un conflicto e incluso al momento de ejecutar una decisión judicial, las circunstancias o particularidades que quienes pertenecen a esta categoría de vulnerables, incluidos los migrantes, y de visibilizar las desventajas que padecen cada uno de ellos y obstaculizan el ejercicio del derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad.¹⁹

¹⁸ La Comisión Internacional de Justicia. “*Acceso a la Justicia: Casos de abusos de Derechos Humanos por parte de las empresas - Colombia*”, Edit. por la misma Comisión y financiada por la Unión Europea, Ginebra, 2010, 32.

¹⁹ La jurisprudencia comparada así lo ha detallado, así tenemos al sentencia expedida por la Suprema Corte de la Nación de México en las sentencias de amparo de revisión 352-3012, 121/2013, 3646/2013, al señalar que las observancia de las obligaciones surgidas del

En otras palabras, deben los y las juzgadoras verificar los factores de vulnerabilidad en la que se encuentra todo justiciable desde el inicio del proceso, ya que a partir de ello se determina que ajustes deben realizarse al proceso para cumplir su finalidad real: brindar tutela efectiva. No olvidemos que los migrantes irregulares, se encuentran, muchas veces, en una situación de fragilidad humana, que se vuelve más compleja aún, no solo por su situación de extranjero irregular, sino que ello siempre va unido a otros factores de vulnerabilidad, incrementándose de manera potencial la vulnerabilidad en la que se encuentra, así se unen otras circunstancias como la situación de pobreza y exclusión social, discapacidad, género, niñez, ser portadora de enfermedades como VIH/SIDA, el pertenecer al grupo LGTBI, entre otros; lo que convierte el caso mismo en un tema complejo, que exige una tutela urgente, donde las personas juzgadoras deben conocer dicha problemática y visibilizarla a través de las propias decisiones judiciales, para ello debe hacer uso de la técnica convencional denominada “test de vulnerabilidad”, que ha surgido a nivel jurisprudencial de corte convencional, y es que así lo ha descrito la profesora de la Universidad de Paris Rosmerlin Estupiñán-Silva al señalar que defiende la postura que la construcción del “test de vulnerabilidad” que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que evoluciona caso por caso.²⁰

En suma, el test de vulnerabilidad constituye *“una herramienta técnica argumentativa que permite al Juez determinar si una persona o grupo de personas se encuentra en una situación especial y objetiva de desventaja (ya sea por factores físicos, personales, económicos, sociales, culturales o políticos) que no le permite ejercer a plenitud los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento jurídico, incluso el de exigencia al sistema de justicia, y como consecuencia de ello, se exige una tutela urgente de protección por parte del Estado o del sistema jurídico internacional”*.²¹

derecho de acceso a la justicia, en relación con el derecho a la igualdad (formal y sustantiva), son aplicables en las diversas etapas que integran el procedimiento judicial, ya sea SJN ha sostenido que el derecho de acceso a la justicia está vigente en todas ellas: (i) en la etapa previa al juicio, que parte del derecho de acción como una especie de derecho de petición, el cual se dirige a las autoridades jurisdiccionales y motiva un pronunciamiento sobre lo solicitado; (ii) en la etapa judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación dentro del mismo (a la que corresponde las garantías del debido proceso); y (iii) en la etapa posterior del juicio, que se identifica con la eficacia de las resoluciones emitidas.

²⁰ Ver ESTUPIÑÁN, R., *“La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología”*, en BURGORGUE, L., MAUÉS, A. y SÁNCHEZ, B. (coordinadores), *“Manual Derechos Humanos y Políticas Públicas”*, Edit. por la Red Derechos Humanos y Educación Superior, Bogotá, 2014, 195.

²¹ RAMÍREZ, F., *El amparo virtual frente a la violación de derechos fundamentales en tiempos de COVID 19: A propósito del Caso Verónica Paredes*, en CASTAÑEDA, J. (coordinador), *“El Estado y Argumentación social”*, Edit. Hammurabi, Chile, 2021, 282.

Ello implica que debe verificar las situaciones de jure (las normas sustantivas existentes que marca tratos discriminatorios contra los migrantes) y de facto (desigualdades estructurales e históricas), sumado a factores contextuales como son la ausencia de mecanismos legales o de políticas públicas con perspectiva de derechos humanos, o situaciones o contextos externo que intensifica los grados de vulnerabilidad; un ejemplo de ello es la sentencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaída en el caso Gonzales Lluy vs Ecuador, donde a partir de un análisis interseccional concluyó que la víctima de derechos humanos tenía un índice de vulnerabilidad al concurrir cuatro factores de discriminación en la víctima, niñez, enfermedad (VIH), discapacidad, género y pobreza, y es que ante dicha situación de “*discriminación compuesta*” exigía una intervención más diligente y célere por parte de las autoridades judiciales.

Por otro lado, tenemos el *principio del ajuste del procedimiento*, que si bien inicialmente fue reconocido expresamente en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (artículo 13.1)²² y en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores (artículo 31),²³ esta ha venido expandiéndose jurisprudencialmente, y es un principio que se aplica en todos aquellos procesos ordinarios o constitucionales, donde se discuten directa o indirectamente los derechos fundamentales de los grupos vulnerables, incluidos los migrantes, y es que es entendida como: “*aquella conducta positiva que debe desplegar el Juez o Jueza durante el proceso judicial mismo [sea la naturaleza que sea], donde se discuten derechos fundamentales de personas vulnerables como son los niños, niñas y adolescentes, migrantes, mujeres, adultos mayores, personas que pertenecen al LGTBI, personas con discapacidad y otros, y que se materializa: reinterpretando las normas procesales acorde a los Tratados Internacionales, modificando y adaptando (ajustes) las normas procesales existente de manera razonable, para garantizar una verdadera tutela procesal efectiva y protección de los derechos fundamentales en discusión*”.

²² Artículo 13. Acceso a la justicia “1. Los Estados Parte asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares” (el resaltado es nuestro).

²³ Artículo 31. Acceso a la justicia. - “(...) Los Estados Parte se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas. (el resaltado es nuestro).

Este principio de ajuste del procedimiento nos permite relativizar las formas procesales existentes, moldear el proceso mismo, reinterpretar las normas procesales, suplir vacíos o defectos normativos con reglas procesales idóneas, lo que permitirá eliminar los diversos obstáculos que impide a los migrantes al acceso a la justicia, adecuado al proceso a la necesidad que amerita el caso concreto. Y es que existe una relación directa entre el test de vulnerabilidad y el principio procesal del ajuste del procedimiento, lo cual ha generado una especie de fórmula matemática convencional y constitucional que debe aplicar los operadores del derecho, dentro del marco del derecho al acceso a la justicia, en tanto permite al órgano jurisdiccional brindar una tutela judicial más efectiva, siendo la ecuación planteada la siguiente: *“Si mayor es la intensidad del estado de vulnerabilidad del accionante (titular del derecho discutido), mayor es el grado de participación y de adecuación del proceso, por parte del órgano jurisdiccional”*. De cumplir dicha ecuación el resultado es: *“tutela realmente efectiva”*.

El uso de dicha fórmula debe ser obligatoria por parte de los y las juzadoras, según el caso concreto, sin embargo, debemos indicar que su uso para ser válido debe darse dentro de la garantía procesal de una debida motivación reforzada, y es que debe justificarse el uso del ajuste del procedimiento en base a los factores visibilizados de vulnerabilidad que ostenta la víctima y la parte en el proceso mismo. Estas acciones pueden evidenciarse modulando la aplicación de los requisitos y condiciones procesales previas al dictado de la resolución de fondo, maximizar el ejercicio de derechos de las garantías del proceso (el desahogo oficioso de elementos de prueba, aplicación de suplencia de queja, *extra* y *ultra petita* o apreciar los hechos, sustituir pruebas de manera oficiosa, etc.) valorar las pruebas, aplicar el derecho tomando en cuenta las condiciones concretas de vulnerabilidad.

Finalmente estos mecanismos procesales (test y principios procesales) constituyen parámetros mínimos que deben tener los jueces y juezas, a efectos de salvaguarda los derechos humanos de las personas vulnerables, cumpliendo así su papel de garantes de la convencionalidad; no debiendo olvidar lo señalado por Calamandrei al afirmar *“todas las libertades son vanas si no se pueden reivindicar y defender en juicio y si el ordenamiento de este juicio no se funda sobre el respeto de la personas humana, el cual reconoce en cada hombre una conciencia libre sólo responsable ante sí mismo y por esto inviolable”*.

CAPÍTULO 7

La efectividad de la tutela judicial de los solicitantes de asilo en los tribunales europeos

Valentina Carlino ¹

SUMARIO: 1. La distancia entre la forma y el fondo. – 2. La tutela efectiva del solicitante de asilo en el espacio jurídico europeo. – 3. Una protección (demasiado) amplia. – 4. La igualdad sustancial como clave de la comprensión.

1. La distancia entre la forma y el fondo

Esta contribución toma como punto de partida la conciencia de que las garantías previstas abstractamente en la legislación para los solicitantes de asilo son a menudo negadas en la práctica, como resultado de medidas legislativas y prácticas administrativas que son incapaces de seguir las obligaciones constitucionales, europeas e internacionales en este ámbito. ² De hecho, los responsables políticos regulan cada vez más los asuntos de la inmigración en busca de un consenso electoral, adoptando enfoques de emergencia y seguridad totalmente inadecuados para gestionar un fenómeno estructural y complejo, ³ cuya principal dificultad radica precisamente en la búsqueda de un equilibrio

¹ Investigadora en Derecho público comparado en el Departamento de estudios empresariales y jurídicos de la Universidad de Siena.

² CAVASINO, E., *Diritti, Sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, en *Federalismi.it, Focus Human Rights*, 3, 2018.

³ Como se ha observado, “el problema fundamental es que a menudo esas decisiones políticas – contrarias al derecho y, por tanto, sujetas con razón al control judicial – parecen reflejar una forma de “voluntad popular” hostil a la perspectiva universalizadora que presuponen los artículos 2 y 3 [de la Constitución italiana]”. Así, GIORGIS, A., GROSSO, E., LOSANA, M., *Introduzione*, en ID. (ed.), *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, Milán, Franco Angeli, 2017, 12. Se advierte que todas las traducciones del italiano o inglés al español en este capítulo son de la autora.

adecuado entre un supuesto interés nacional y las “libertades de los demás”.⁴

Como advierte Norberto Bobbio, la enunciación de un derecho no es suficiente para que se pueda considerar que está verdaderamente tutelado; en la “era de los derechos”, es necesario “darse cuenta inmediatamente de que la teoría y la práctica caminan por dos caminos distintos y a una velocidad muy diferente”.⁵ Si es cierto que, por un lado, el derecho de asilo está reconocido en varios niveles normativos, pero que, por otro lado, existe una hostilidad cada vez más generalizada por parte de los responsables políticos, que a menudo se muestran reticentes sobre la cuestión,⁶ se entenderá entonces cómo la tutela jurisdiccional de los solicitantes de protección constituye un nodo crucial en el marco más amplio de los derechos fundamentales de los migrantes, cuyo análisis no se puede ignorar. Esto es aún más cierto si se tiene en cuenta que la vulnerabilidad de los sujetos implicados es tal que plantea con urgencia la cuestión de la posibilidad efectiva de que hagan valer sus derechos ante una autoridad jurisdiccional (y no sólo jurisdiccional), que con frecuencia se ve debilitada por ciertas peculiaridades de los extranjeros que hacen que su relación con las instituciones del Estado receptor sea especialmente compleja.⁷ En la actualidad, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ocupa una posición de absoluta centralidad en el contexto jurídico europeo, dirigiéndose por un lado al legislador y por otro al juez. Si el primero está obligado para tener en cuenta las necesidades de los individuos a la hora de configurar las normas procesales, el segundo está llamado a utilizar el principio como criterio interpretativo en virtud del cual garantizar que la persona

⁴ SAVINO, M., *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milán, Giuffrè, 2012.

⁵ *Ibid.*, 66. Son significativas en este sentido las palabras de CARLASSARE, L., *Introduzione*, en ID. (ed.), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padua, CEDAM, 1988, 1-7, 2: “Con demasiada frecuencia se tiene la sensación de que los derechos individuales, incluso los fundamentales, definidos como “inviolables” corresponden a posiciones muy débiles en términos de protección. Por ello, para que las solemnes declaraciones constitucionales no se queden en inútiles frases vacías, es necesario, en primer lugar, un serio reconocimiento de los instrumentos que ofrece nuestro ordenamiento para defender los derechos vulnerados o en grave peligro de serlo”.

⁶ Como observan GIORGIS, A., GROSSO, E., LOSANA, M., *Introduzione*, cit., 14, que hablan de una “espantosa brecha colectiva”, ante todo cultural, de la que la clase política debe tomar conciencia.

⁷ BENVENUTI, M., *La protezione internazionale degli stranieri tra polarità vecchie e nuove*, en ANGELINI, F., BENVENUTI, M., SCHILLACI, A. (ed.), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Nápoles, Jovene, 2011, 59-92. El autor defiende la necesidad de “entender el papel crucial que la efectividad, y no la mera normatividad, desempeña en este asunto” (p. 78).

cuya situación jurídica se ha visto perjudicada tenga la oportunidad de obtener una tutela plena y satisfactoria.

En este contexto, los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo desempeñan un doble papel: no sólo es en ellos donde se ha ido modelando progresivamente el principio de efectividad de la tutela jurisdiccional, adquiriendo su aspecto actual; los jueces europeos también lo han aplicado ampliamente, con el fin de reforzar las protecciones previstas a nivel nacional. Para ello, los Tribunales Europeos velan por que el margen de discrecionalidad estatal no conduzca a la denegación de la tutela efectiva de los individuos, desarrollando el sentido y el alcance de la noción y derivando de ella los principios que deben aplicarse en el ámbito particular del asilo, de modo que los medios previstos por los ordenamientos jurídicos nacionales sean adecuados para garantizar dicha efectividad. Al mismo tiempo, suelen ser el lugar donde buscar esa tutela que los jueces nacionales no siempre pueden garantizar.

2. La tutela efectiva del solicitante de asilo en el espacio jurídico europeo

En materia de asilo, el principio de la tutela efectiva se recoge explícitamente en la Directiva sobre procedimientos de asilo, donde sirve de núcleo en torno al cual orbitan todas las garantías procesales establecidas por el legislador europeo en los casos de reconocimiento y revocación de las formas de protección internacional previstas en el ordenamiento de la UE.⁸ Es el preámbulo de la propia directiva el que reitera el concepto, haciendo varias referencias a la Carta de Niza y, en particular, al art. 47.⁹ Como se establece explícitamente, “es un principio fundamental del Derecho de la UE que las decisiones sobre una solicitud de protección internacional, sobre la negativa a reabrir el examen de una solicitud que ha sido suspendida y sobre la revocación del estatus de refugiado o de protección subsidiaria sean susceptibles de un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional”.

⁸ FORASTIERO, R., *La protezione dei richiedenti asilo e l'applicazione del diritto a un rimedio effettivo e del diritto all'audizione*, en *Democrazia e sicurezza*, 1, 2019, 203-241, esp. 214-215.

⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, Preámbulo, Considerando 60: “La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en la Carta. En especial, la presente Directiva pretende garantizar el pleno respeto de la dignidad humana y promover la aplicación de los artículos 1, 4, 18, 19, 21, 23, 24 y 47 de la Carta, y debe aplicarse en consecuencia”.

dicional”.¹⁰ El derecho internacional de los refugiados no impone normas comunes que deban respetarse durante el procedimiento de reconocimiento del estatus, lo que crea una especie de paradoja según la cual las protecciones previstas en el sistema de Ginebra, respaldadas por el derecho de los pactos humanitarios, no están sin embargo respaldadas por ninguna garantía procesal, dejando la cuestión a la discreción de los Estados contratantes¹¹ y permitiendo así, en teoría, un marco heterogéneo de disciplina.¹² Evidentemente, este enfoque no sería aceptable en la Unión Europea, en función de la evolución ilustrada que ha llevado gradualmente a la creación de un Sistema Común de Asilo. Como se resume efectiva-

¹⁰ *Ibid.*, considerando 50.

¹¹ Las razones se encuentran, sin duda, en la mencionada reticencia de los Estados contratantes a imponer restricciones estrictas a su soberanía.

¹² Sobre el tema CANTOR, D.J., *Reframing Relationships: Revisiting the Procedural Standards for Refugee Status Determination in Light of Recent Human Rights Treaty Body Jurisprudence*, en *Refugee Survey Quarterly*, 34, 2015, 79-106; GORLIK, B., *Common Burdens and Standards: Legal Elements in Assessing Claims to Refugee Status*, en *International Journal of Refugee Law*, 3, 2013, 357-376. Cabe señalar que, a pesar de la ausencia de garantías procesales vinculantes, el ACNUR enumera una serie de normas recomendadas que todo procedimiento nacional de determinación de la condición de refugiado debería garantizar. Véase ACNUR, *Conclusions sur la protection internationale. Adoptée par le Comité exécutif du programme du HCR*, primera versión de 1975 y posteriormente actualizada anualmente al final de cada nueva Sesión del Comité Ejecutivo; véase en especial la 28ª Sesión, 1977, párrafo 8, Détermination du statut de réfugié [Determinación de la condición de refugiado], letra e): “[El Comité Ejecutivo] Ha recomendado que los procedimientos a seguir para determinar la condición de refugiado respondan a las exigencias mínimas que figuran a continuación –: (i) El funcionario competente (por ejemplo, el funcionario de inmigración o el funcionario de la policía de fronteras) al que se dirige el postulante en la frontera o en el interior del territorio de un Estado contratante deberá tener instrucciones precisas para tratar los casos susceptibles de aplicar los instrumentos internacionales pertinentes. II deberá actuar conforme al principio de no devolución – y remitir estas demandas a una instancia superior; (ii) El postulante deberá recibir las indicaciones necesarias sobre el procedimiento a seguir; (iii) Un servicio bien determinado – que será, en la medida de lo posible, un servicio central único – deberá encargarse especialmente de examinar las demandas de estatus de refugiado y de tomar una decisión en primera instancia; (iv) El demandante deberá acceder a las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, para presentar su caso a las autoridades interesadas. II deberá tener también la posibilidad – debiendo ser informado – de ponerse en contacto con un representante del ACNUR; (v) Si se reconoce la calidad de refugiado al postulante, éste – deberá ser informado y recibir un documento que certifique su condición de refugiado; (vi) Si no se reconoce esta cualidad, deberá concederse un plazo razonable para solicitar la revisión de la decisión, ya sea a la misma, ya sea a otra autoridad administrativa o judicial, según el sistema existente; (vii) Se autorizará al demandante a permanecer en el país hasta que la autoridad competente mencionada en el punto (iii) – haya tomado una decisión sobre su demanda inicial, a menos que dicha autoridad haya establecido que su demanda es manifiestamente abusiva. II También se le debe autorizar a permanecer en el país, aunque una instancia administrativa superior o los tribunales de apelación no se hayan pronunciado sobre su caso a raíz de un recurso”.

mente en el Programa de Ypres, “la plena transposición y aplicación efectiva del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) constituyen una prioridad absoluta. Esto debería traducirse en unas normas comunes elevadas y en una mayor cooperación, creando unas condiciones equitativas para asegurar las mismas garantías procesales y la misma protección para los solicitantes de asilo en toda la Unión”.¹³

Con este objetivo, la Comisión Europea propuso en el año 2000 la promulgación de un instrumento jurídico vinculante que, por primera vez, fuera capaz de establecer unas normas mínimas de procedimiento de adopción obligatoria en los Estados miembros. «Consistent with the 1951 Convention and the 1967 Protocol, all asylum seekers must be granted access to fair and effective procedures for determining their protection needs» [“En consonancia con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, se debe conceder a todos los solicitantes de asilo el acceso a procedimientos justos y efectivos para determinar sus necesidades de protección”];¹⁴ por lo tanto, resultaba problemática la tendencia entonces observada de algunos países a establecer normas de procedimiento “hacia abajo”, destinadas a evitar un uso instrumental y abusivo del asilo – en un clima generalizado de desconfianza y sospecha hacia los solicitantes – en lugar de identificar a las personas que necesitan protección.¹⁵

Así, tras una larga y ardua negociación,¹⁶ la versión original de la Directiva de Procedimientos (dir. 2005/85/CE) tuvo el mérito de ser la primera en establecer normas destinadas a circunscribir el margen de maniobra estatal en la definición de las normas procesales relativas al examen de las solicitudes de asilo; por otra parte, sin embargo, la resistencia de los Estados miembros es claramente visible en el texto, calificado efectivamente por la doctrina autorizada como «un corpus juridique de faible valeur, fait d’ambiguïtés sinon de contradictions volontaires, seule méthode susceptible de forcer le consensus européen indispensable à l’époque» [“un corpus jurídico de escaso valor, compuesto de ambigüedades si no

¹³ Consejo Europeo de Ypres, párrafo 7.

¹⁴ UNHCR, *UNHCR’s observations on the European Commission’s proposal for a Council Directive on minimum standards on procedures for granting and withdrawing refugee status*, párr. 2.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 5 “Quizá lo más preocupante sea el clima de desconfianza y sospecha en el que se desenvuelven los procedimientos de asilo, la mayoría de las veces”.

¹⁶ Sobre lo cual ACKERS, D., *The Negotiations on the Asylum Procedures Directive*, en *European Journal of Migration and Law*, 7, 2005, 1-33 y MICHELOGIANNAKI, M., *The Negotiations of Directive 2005/85/EC*, en ZWAAN, K. (ed.), *The Procedures Directive: Central Themes, Problem Issues and Implementation in Selected Member States*, Nimega, Wolf Legal Publishers, 2008, 21-26.

contradicciones voluntarias, único método capaz de forzar el imprescindible consenso europeo en la época”].¹⁷

Es interesante a este respecto el estudio comparativo realizado en 2010 por el ACNUR, que comparó la legislación sobre los procedimientos de solicitud de asilo en 12 Estados miembros (incluidos Italia y Francia), poniendo así de manifiesto la falta de armonización en la legislación y la práctica.¹⁸ Evidentemente, aún no había llegado el momento de poner en práctica ese objetivo de “proporcionar normas comunes para un procedimiento de asilo justo y eficaz” proclamado en Tampere.¹⁹

El progresivo avance de la integración europea en el ámbito de la inmigración y el asilo, y la consiguiente necesidad de un mayor nivel de armonización de las disciplinas sustantivas y procesales nacionales, ha llevado a un replanteamiento de los instrumentos normativos europeos pertinentes, en un intento de aplicar ese principio de equivalencia de los sistemas internos que sustenta todo el SECA.²⁰ Así, en junio de 2013 se aprobó la nueva – y ya mencionada varias veces – Directiva de Procedimientos (dir. 2013/32/UE), que sigue constituyendo el texto europeo de referencia. Muchos son los méritos de la intervención reglamentaria, cuyo objetivo declarado es “garanti-

¹⁷ LABAYLE, H., *Le droit européen de l'asile devant ses juges: précisions ou remise en question?*, en *Revue française de droit administratif*, 2, 2011, 273-290, 274; en sentido crítico también BYRNEM, R., *Remedies of Limited Effect: Rights of Appeal under the Forthcoming EU Directive on Minimum Standards on Procedures*, en *European Journal of Migration and Law*, 2005, 71-86. Sobre este tema, véase DE BRUYCKER, P., *Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile*, en EDSTRÖM, O., JULIEN-LAFERRIERE, F., LABAYLE, H. (ed.), *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruselas, Bruylant, 2005, 45-76. Sobre la versión original de la Directiva de Procedimientos, véase también BARTOLINI, G., *Osservazioni in margine alla “direttiva procedure” 2005/85/CE*, en BENVENUTI, P. (ed.), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, L'Aquila, Il Sirente, 2008, 177-214. Interesante reconstrucción de VEDSTED-HANSEN, J., *Common EU Standards on Asylum – Optional Harmonisation and Exclusive Procedures?*, en NIELSEN, G., GUILD, E. (ed.), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, 255-271; el autor, al ilustrar el contenido de la Directiva sobre procedimientos, destaca la relación entre el bajo grado de armonización y las reticencias estatales que caracterizaron el procedimiento de aprobación del texto, destacando también “La interrelación entre las normas comunes de la UE sobre aspectos procesales y sustantivos de la protección”.

¹⁸ UNHCR, *Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice. Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions*, marzo de 2010, disponible en <https://www.unhcr.org/protection/operations/4ba9d99d9/improving-asylum-procedures-comparative-analysis-recommendations-law-practice.html> (consultado por última vez en agosto de 2023).

¹⁹ Consejo Europeo de Tampere, citado, párrafo 14.

²⁰ POULY, C., *Les garanties procédurales dans le nouveau régime d'asile européen commun*, en *Actualidad jurídica. Derecho administrativo*, 41, 2013, 2358-2363.

zar una mayor coherencia entre los instrumentos de la UE en materia de asilo, simplificar, racionalizar y consolidar los regímenes procesales en toda la Unión y permitir decisiones más sólidas en primera instancia, con el fin de evitar los abusos y mejorar la eficacia del procedimiento de asilo”²¹ protegiendo al mismo tiempo los derechos de los solicitantes.²²

La directiva está dividida en seis capítulos, el primero de los cuales se ocupa de establecer disposiciones generales sobre el objetivo y el ámbito de aplicación del texto normativo, definir los conceptos de los que se ocupa y determinar determinados requisitos que deben cumplir las autoridades nacionales encargadas de examinar las solicitudes de protección.²³ El segundo capítulo enumera un conjunto de principios y garantías fundamentales que los Estados miembros deben reconocer a lo largo del examen de las solicitudes de asilo, desde el acceso al procedimiento hasta la fase de decisión de la autoridad competente.²⁴ Entre ellos, el derecho del solicitante a recibir información y asesoramiento a su llegada al territorio de un Estado miembro y durante todo el procedimiento, a permanecer regularmente en el país hasta la decisión en primera instancia sobre su solicitud, a recibir comunicaciones en un idioma que comprenda, a tener una entrevista personal antes de que la autoridad competente adopte una decisión y a obtener asistencia jurídica y representación gratuita en los procedimientos de primera instancia y de recurso. Todas las obligaciones establecidas en el segundo capítulo vinculan a los legisladores nacionales en la configuración de los procedimientos en primera instancia, respetando necesariamente aquellas normas mínimas comunes enumeradas en el ter-

²¹ Comisión, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o revocar la protección internacional (refundición), Bruselas, 2009, (párr. 1.1). El documento es accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009PC0554>. Es interesante destacar cómo el documento menciona la “proliferación, a nivel nacional, de regímenes procesales dispares y de deficiencias en relación con las garantías procesales de los solicitantes de asilo, derivadas principalmente del hecho de que la actual directiva deja a los Estados miembros una amplia discrecionalidad”. Por lo tanto, la Directiva carece de potencial para apoyar la Directiva sobre los requisitos y garantizar un examen riguroso de las solicitudes de protección internacional de acuerdo con las obligaciones internacionales y comunitario de los Estados miembros en relación con el principio de no-devolución”.

²² Véase COSTELLO, C., HANCOX, E., *The Recast Asylum Procedures Directive 2013/32/eu: Caught between the Stereotypes of the Abusive Asylum-Seeker and the Vulnerable Refugee*, en CHETAIL, V., DE BRUYCKER, P., MAIANI, F. (ed.), *Reforming the Common European Asylum System*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2016, 377-455, esp. 389-444.

²³ Dir. 2013/32/UE, Capítulo I, Arts. 1-5.

²⁴ *Ibid.*, capítulo II, artículos 6-30.

cer capítulo.²⁵ Este último prevé también la posibilidad de proceder al examen de determinadas solicitudes con carácter prioritario, así como de establecer procedimientos acelerados en determinadas circunstancias previstas en el mismo. También se prevé la posibilidad de establecer una excepción a los principios y garantías establecidos en el capítulo dos en los casos en que el solicitante entre ilegalmente en el territorio de un Estado miembro procedente de un tercer país considerado seguro, en el sentido de la Directiva. Por último, establece las condiciones en las que las solicitudes de protección pueden ser declaradas infundadas o inadmisibles. A continuación, el capítulo cuatro establece las normas de procedimiento que deben seguirse en los casos de revocación de la protección internacional.²⁶ El capítulo cinco trata de los procedimientos de impugnación.²⁷ El mismo está constituido únicamente en el artículo 46, cuyo apartado 1 establece que los Estados miembros garantizarán al solicitante el derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional contra una decisión sobre su solicitud de protección internacional, incluso cuando se adopte en la frontera o en las zonas de tránsito del país de que se trate, contra la negativa a reabrir el examen de una solicitud y contra la decisión de retirar la protección. En los párrafos siguientes se exponen algunas normas de procedimiento que especifican el mencionado derecho a recurrir, garantizando su efectividad en relación con el asunto.²⁸ Por último, el capítulo seis contiene algunas disposiciones generales y finales.²⁹

Evidentemente, la Directiva sobre procedimientos de asilo atestigua una renovada conciencia de la esencialidad de las garantías procesales que, si no se adaptan al contexto al que se refieren, pueden comprometer la plena realización de los objetivos fijados por el derecho sustantivo, frustrando en última instancia el alcance de las normas que protegen las situaciones subjetivas. El legislador nacional está, pues, vinculado por una restricción adicional al contenido más general del artículo 47 de la Carta de Niza, que más bien sirve de guía a la luz de la cual leer la necesidad de un recurso efectivo (en los casos enumerados anteriormente) afirmada en la Directiva 2013/32/UE. Ha sido el propio Tribunal de Justicia el que ha afirmado que “las características del recurso previsto en el artículo 46 de la Directiva 2013/32 deben determinarse con arreglo al artículo 47 de la

²⁵ *Ibid.*, capítulo III, artículos 31-43.

²⁶ *Ibid.*, capítulo IV, artículos 44-45.

²⁷ *Ibid.*, capítulo V, artículo 46.

²⁸ Un estudio general de las garantías previstas en el mismo, completado con referencias a la jurisprudencia de Luxemburgo, se encuentra en AMADEO, S., SPITALERI, F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Turín, Giappichelli, 2019, 169-179.

²⁹ Dir. 2013/32/UE, Capítulo VI, Art. 47-55.

Carta, que constituye una reafirmación del principio de tutela jurisdiccional efectiva”.³⁰ En cualquier caso, esto no impide que el tribunal luxemburgués utilice también el artículo 47 como criterio para completar las garantías previstas en el Derecho derivado, si el margen de apreciación que éste concede es tal que pone en peligro el derecho a la protección efectiva de los solicitantes.

3. Una protección (demasiado) amplia

En efecto, si bien es evidente que la Directiva sobre procedimientos de asilo se ocupa de establecer el principio de protección efectiva en el ámbito de la protección internacional, fijando los requisitos previos que luego se transponen al Derecho nacional,³¹ no es menos cierto que las normas que establece no son especialmente estrictas. Al objetivo de una normativa procesal común que rijan el Sistema Europeo de Asilo se opone, en los hechos, una amplia autonomía nacional, lo que lleva a considerar la convergencia de las legislaciones nacionales en materia de garantías jurisdiccionales muy inferior a la que se encuentra en referencia a los perfiles sustantivos de los estatutos de protección;³² a ello hay que añadir la falta de exhaustividad de las garantías relativas a la fase jurisdiccional, tratada en la Directiva 2013/32/UE de forma muy minoritaria en comparación con la fase administrativa que caracteriza a los procedimientos de primera instancia. Por lo tanto, la afirmación de que la Directiva sobre procedimientos de asilo es “un texto destinado principalmente a definir normas comunes, especialmente en la fase administrativa de evaluación de las solicitudes de protección internacional, y a reservar a la fase jurisdiccional del recurso unas pocas normas, representadas esencialmente por el artículo 46”³³ puede apoyarse plenamente.

En consecuencia, existe una cierta heterogeneidad en las normas procesales jurisdiccionales fijadas por los responsables políticos nacionales, que a menudo aprovechan el margen de maniobra que les deja el legisla-

³⁰ TJUE, sentencia de 26 de julio de 2017, caso C348/16, *Moussa Sacko*, apartado 31.

³¹ En relación con nuestro análisis, los distintos perfiles de la tutela judicial efectiva de los solicitantes de asilo en la Directiva sobre procedimientos de asilo se tratarán con más detalle en los siguientes capítulos, en los que analizaremos los distintos medios de tutela previstos por los ordenamientos jurídicos italiano y francés, a menudo en aplicación de las normas procesales establecidas por el Derecho de la Unión Europea.

³² STRAZZARI, D., *Diritto a un ricorso effettivo e autonomia processuale degli Stati: l'audizione personale del ricorrente nelle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale*, en *DPCE online*, 4, 2017, 987-996, esp. 988-989.

³³ *Ibid.*, 989.

dor europeo y su autonomía procesal para “rebajar” el nivel de garantías previsto en el ámbito de la Unión Europea, hasta el punto de apartarse a veces de él por completo.

En este contexto, se subraya aún más el papel de los tribunales europeos, a los que se confía la tarea de precisar el alcance del contenido de las obligaciones derivadas del derecho convencional y del derecho de la UE, tanto primario como derivado. Como se ha reconstruido de forma muy satisfactoria, los jueces utilizan para ello tres conceptos principales: la ponderación de los distintos intereses en juego, a menudo contrapuestos; la equidad del procedimiento en su conjunto, en todos sus aspectos y en todo momento; las características y necesidades de la categoría de sujetos a los que se aplican las normas procesales.³⁴ Es bajo el prisma de éstos, por tanto, que la jurisprudencia ha extrapolado el alcance y contenido del principio de tutela judicial efectiva garantizado en la Directiva de Procedimientos de Asilo, para ser interpretado y complementado por referencia al artículo 47 de la Carta de Niza que, a su vez, no puede ofrecer normas procesales inferiores a las establecidas en los artículos 6 y 13 de la CEDH. A partir de las garantías generales que se derivan del derecho a una solución jurídica efectiva, y haciendo uso de los tres cánones mencionados anteriormente, los tribunales europeos derivan así de vez en cuando principios específicos, relativos a las situaciones individuales en las que se manifiesta.

“El énfasis en la efectividad del recurso lleva al Tribunal Europeo, por un lado, y al Tribunal de Justicia, por otro, a valorar la protección otorgada en términos concretos, no deteniéndose en la existencia formal del derecho, sino verificando si es en su aplicación práctica tal que garantice una defensa efectiva contra la vulneración de los derechos”.³⁵ De ello se desprende que los tribunales europeos han deducido de la noción general un conjunto de corolarios indispensables para que la protección judicial de los solicitantes de asilo sea efectiva, en el sentido de que esta noción ha sido dada por los propios tribunales con referencia a otros ámbitos, conscientes de la necesidad de considerar el carácter absoluto de los intereses en juego, así como las “debilidades” específicas de los individuos afectados.

Así, es precisamente la supuesta vulnerabilidad de la categoría de solicitantes de asilo postulada por la CEDH la que da lugar a esa necesidad de

³⁴ Así, RENEMAN, A.M., *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2012, esp. 108 para la lista de las “tres nociones básicas” que la autora recoge de su estudio.

³⁵ FAVILLI, C., *L’Unione che protegge e l’Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, en *Questione Giustizia*, 2, 2018.

“protección especial”³⁶ mencionada anteriormente y que se manifiesta en varios perfiles,³⁷ incluido el procesal.³⁸ En resumen, el principio-derecho a un recurso efectivo (ex art. 6 y 13 CEDH) en el contexto del asilo (y, por tanto, de los sujetos con necesidades específicas derivadas de su particular fragilidad) requiere una serie de garantías jurisdiccionales reforzadas, tanto más cuanto que la denegación o la retirada de la protección internacional podría exponer al sujeto al riesgo de ser tratado en el país de retorno de forma contraria a los artículos 2 y 3 del Convenio (los llamados derechos absolutos), creando así un daño irreversible. Por ello, el juez de Estrasburgo exige un nivel de protección más elevado; en este sentido es significativa la sentencia M.S.S. de 2011: «compte tenu de l’importance que la Cour attache à l’article 3 et de la nature irréversible du dommage susceptible d’être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, l’effectivité d’un recours au sens de l’article 13 demande impérativement un contrôle attentif par une autorité nationale, un examen indépendant et rigoureux de tout grief aux termes duquel il existe des motifs de croire à un risque de traitement contraire à l’article 3» [“teniendo en cuenta la importancia que el Tribunal atribuye al artículo 3 y la naturaleza irreversible del daño susceptible de ser causado en caso de realización del riesgo de tortura o de malos tratos, La efectividad de un recurso en el sentido del artículo 13 exige necesariamente un control atento por parte de una autoridad nacional, un examen independiente y riguroso de todo lo que se refiere a los motivos para pensar en un riesgo de trato contrario al artículo 3”].³⁹

Este requisito también se ha incorporado al derecho de la Unión Europea, tanto en la legislación como en la jurisprudencia. El artículo 46, apartado 3, de la Directiva sobre procedimientos de asilo establece que, para que el recurso del solicitante sea efectivo (en el sentido del apartado 1), los Estados miembros garantizarán un “examen completo y ex nunc de los elementos de hecho y de derecho, incluido, en su caso, un examen de la necesidad de protección internacional en el sentido de la Directiva 2011/95/UE, al menos en el procedimiento de recurso ante el tribunal de

³⁶ Véase, por ejemplo, TEDH, 4 de noviembre de 2014, Ref. 29217/12, *Tarakhel contra Suiza*, párrafo 97.

³⁷ Sobre el tema TIGROUDJA, H., *L’apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme dans l’examen au fond de la demande d’asile*, en TUOT, T. (ed.), *Droit d’asile*, París, Pedone, 2015, 203-210.

³⁸ IPPOLITO, F., *La vulnerabilità come criterio emergente per una maggiore tutela del migrante nel contenzioso internazionale*, en NESI, G. (ed.), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell’emergenza?*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2018, 447-466.

³⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, párrafo 293.

primera instancia”.⁴⁰ De ello se desprende que el juez debe realizar un examen necesariamente individual, teniendo en cuenta todas las circunstancias objetivas y subjetivas del caso. Ha sido el propio Tribunal de Justicia el que ha precisado que “por lo que se refiere a la expresión “garantizar que un recurso judicial efectivo prevea un examen completo y ex nunc de los elementos de hecho y de derecho”, es necesario, para no privarla de su sentido habitual, interpretarla en el sentido en el que los Estados miembros están obligados en virtud del artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32, a adaptar su Derecho nacional de modo que el tratamiento de los recursos de que se trata prevea un examen por el juez de todos los elementos de hecho y de derecho que le permitan realizar una apreciación actualizada del asunto. A este respecto, la expresión “ex nunc” subraya la obligación del juez de realizar una apreciación que tenga en cuenta, en su caso, los nuevos elementos surgidos desde que se dictó la resolución objeto del recurso”.⁴¹

Además, es precisamente el carácter absoluto de los intereses en juego en los casos de asilo lo que da lugar a otro requisito específicamente referido a los solicitantes de asilo, reiterado en la jurisprudencia europea. En efecto, para evitar un trato contrario a los artículos 2 y 3 de la Convención Europea, el Tribunal de Estrasburgo ha dictaminado que el recurso del extranjero debe tener efecto suspensivo – es decir, debe poder interrumpir la ejecución de la expulsión resultante de la decisión impugnada – siempre que se invoque una infracción de estas disposiciones.⁴² Así, en el caso *Gebremedhin*, Francia fue condenada por la violación del derecho a un recurso efectivo en virtud del artículo 13 de la CEDH en relación con el artículo 3,⁴³ como: «Compte tenu de l’importance que la Cour attache à l’article 3 de la Convention et de la nature irréversible du dommage susceptible d’être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, cela vaut évidemment aussi dans le cas où un Etat partie décide de renvoyer un étranger vers un pays où il y a des motifs sérieux de croire qu’il courrait un risque de cette nature : l’article 13 exige que l’intéressé ait accès à un recours de plein droit suspensif» [“Teniendo en cuenta la importancia que el Tribunal atribuye al artículo 3 de la Conven-

⁴⁰ Directiva 2013/32/UE, Art. 46(3).

⁴¹ TJUE, sentencia de 25 de julio de 2018, caso C585/16, *Alheto*, párrafos 110-111.

⁴² Como se ha señalado, para el TEDH la intensidad de las protecciones que deben garantizarse varía en función de la naturaleza del derecho potencialmente afectado. En este sentido, véase TEDH, 13 de diciembre de 2012, Rec. 22689/07, *De Souza Ribeiro contra Francia*, esp. párr. 83.

⁴³ Condena que llevó al legislador francés a modificar la legislación correspondiente para cumplir la sentencia.

ción y la naturaleza irreversible del daño susceptible de ser causado en caso de realización del riesgo de tortura o de malos tratos, es evidente que también lo es en el caso de que un Estado parte decida devolver a un extranjero a un país en el que existen motivos fundados para pensar que corre un riesgo de esta naturaleza: El artículo 13 exige que el interesado tenga acceso a un recurso con efecto suspensivo de pleno derecho”].⁴⁴

Fue justamente esta orientación del Tribunal de Estrasburgo, iniciada desde principios de la década de 2000, la que llevó al Juez de Luxemburgo a alinearse, llenando el vacío legal de la entonces directiva de procedimientos (dir. 2005/85/CE), que no contemplaba el derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro. Afirmado por primera vez en la jurisprudencia,⁴⁵ se consagra ahora en el artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32, según el cual, salvo en los casos enumerados exhaustivamente, “los Estados miembros autorizarán a los solicitantes a permanecer en su territorio hasta la expiración del plazo en el que puedan ejercer su derecho a un recurso efectivo o, si éste se ha ejercido en el plazo establecido, hasta el resultado del recurso”. De ello debe deducirse que, cuando se adopta una decisión de repatriación (a un país en el que la persona correría el riesgo de recibir un trato contrario a los artículos 2 y 3 de la CEDH) tras el resultado negativo del procedimiento administrativo de examen de la solicitud de protección, y cuando se ha interpuesto un recurso en el plazo previsto, dicha decisión sólo es legítima si se suspenden totalmente sus efectos hasta la conclusión del procedimiento judicial de primera instancia.⁴⁶

Y si es cierto que las obligaciones derivadas del art. 13 CEDH exigen que el recurso sea ““effectif” en pratique comme en droit” [““eficaz” tanto en la práctica como en el derecho],⁴⁷ en el sentido de que su ejercicio no debe ser impedido u obstaculizado de forma injustificada, es evidente que de este postulado se derivan otras obligaciones para los Estados y, especularmente, garantías para los solicitantes. Para que sea efectivo, el solicitante de asilo al que se le deniegue su solicitud de protección debe dispo-

⁴⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 26 de abril de 2007, Rec. 25389/05, *Gebremedhin*, párrafo 66.

⁴⁵ TJUE, sentencia de 17 de diciembre de 2015, asunto 239/14, *Tall*, párrafos 51-59.

⁴⁶ Así, TJUE, sentencia de 19 de junio de 2018, caso 181/61, *Gnadi*, sobre la que AMADEO, S., SPITALERI, F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., 226-228. El TJUE ha afirmado en repetidas ocasiones que no existe la obligación de los Estados de prever una segunda instancia, ni de conceder efectos suspensivos a cualquier procedimiento de apelación (al hacerlo, el TJUE se ha remitido a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este punto). *Ex multis* TJUE, sentencia de 26 de septiembre de 2018, caso 180/17, *X y Y*, apartado 26.

⁴⁷ *Ex multis* Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 27 de junio de 2000, Rec. 22277/93, *Ilhan contra Turquía*, párr. 97.

ner de tiempo suficiente para interponer un recurso; como señala también la Directiva sobre procedimientos de asilo, “los Estados miembros establecerán plazos razonables y otras normas necesarias para el ejercicio por el solicitante del derecho a un recurso efectivo contemplado en el apartado 1”. Los plazos establecidos no deberán hacer imposible o excesivamente difícil dicho acceso”.⁴⁸ Una vez presentado el caso ante el juez, el demandante debe tener garantizados los cánones de un juicio justo, en particular el derecho a la asistencia, a la defensa, – y, en su caso, a poder ser asistido gratuito por un abogado de oficio – a una audiencia pública, ante un juez independiente e imparcial, en la que pueda disfrutar de los principios del procedimiento contradictorio y, por tanto, del derecho a ser oído por el juez. Dadas las especificidades de la categoría en cuestión, así como las exigencias de celeridad que subyacen en la modelización nacional del contencioso sobre el asilo, estos cánones se declinan de manera peculiar en el asunto que nos ocupa.⁴⁹ Así, en relación con el derecho a una defensa efectiva, está el deber de información que incumbe a los Estados receptores, la utilización de un idioma comprensible para el solicitante para la comunicación, el papel de las asociaciones y organizaciones que ofrecen apoyo jurídico a los extranjeros, el derecho a un intérprete.⁵⁰ En relación con el derecho más específico a ser oído, no está consagrado explícitamente en la legislación europea vigente; sin embargo, como declaró el Tribunal de Justicia en el conocido caso *Moussa Sacko*, la ausencia de audiencia del solicitante de asilo durante el procedimiento de recurso contra la denegación de protección internacional constituye una violación del derecho de defensa, parte integrante y necesaria de la tutela jurisdiccional efectiva; no obstante, no se trata de un derecho absoluto, por lo que el juez puede decidir no oír al extranjero en persona si la elección está justificada por las circunstancias concretas de cada caso.⁵¹

4. *La igualdad sustancial como clave de la comprensión*

¿Cuál es entonces el significado que la efectividad asume en relación con la protección jurisdiccional? ¿Cuáles son las dimensiones en las que la

⁴⁸ Directiva 2013/32/UE, Art. 46(4).

⁴⁹ *Infra*.

⁵⁰ Las garantías establecidas por la Directiva de Procedimientos en referencia a la fase administrativa del procedimiento de concesión de la protección deben garantizarse también, al menos de forma equivalente, en la fase jurisdiccional.

⁵¹ TJUE, sentencia *Moussa Sacko*, citada anteriormente, esp. párrafos 23-49.

misma se expresa? En definitiva, ¿en qué consiste un remedio efectivo?

La evolución que ha experimentado el concepto en los ordenamientos de la Unión Europea y de la CEDH, que a su vez influyen y se ven influidos por los ordenamientos jurídicos nacionales,⁵² permite captar esencialmente tres corolarios:⁵³ a) el derecho de acceso al juez, tanto de hecho como de derecho; b) el derecho a una serie de garantías procesales mínimas, que se concretan en el derecho a un juicio justo; c) el derecho a una solución jurídica efectiva, es decir, a una forma de protección capaz de satisfacer la demanda del demandante. Valorando la dimensión concreta de la tutela jurisdiccional más allá de las meras declaraciones formales, lo que se desprende es básicamente la necesidad de promover la igualdad sustantiva, lo que explica también la configuración de la efectividad del derecho de acceso a la justicia como un derecho con un valor autónomo.⁵⁴

Es decir, la tutela jurisdiccional efectiva no puede resolverse simplemente afirmando el derecho de toda persona a interponer una acción ante un juez. Es necesario que el Estado se ocupe de considerar las diferencias entre los sujetos – por tanto, aquellas situaciones de hecho y de derecho que para algunos pueden resultar un obstáculo para el ejercicio concreto de ese derecho – y, posteriormente, las elimine. Del mismo modo, para que no queden anuladas, las garantías del proceso deben poder declinarse y adaptarse en función de las necesidades específicas del litigio en cuestión.

La tutela jurisdiccional, por tanto, es eficaz cuando se sitúa en la perspectiva de los sujetos, considera sus necesidades y flexibiliza la rigidez de las normas procesales en función de ellas. Este es, pues, el sentido que debe adquirir la noción de acceso a la tutela jurisdiccional: el acceso a un juicio efectivo,⁵⁵ es decir, la aplicación de ese principio de igualdad, formal, pero sobre todo sustantiva, que constituye el sustrato de los ordenamientos constitucionales contemporáneos.

«Effective access to justice can thus be seen as the most basic requirement – the most basic “human right” – of a modern, egalitarian legal sys-

⁵² COMOGLIO, L.P., *Etica e tecnica del “giusto processo”*, Turín, Giappichelli, 2004, 34.

⁵³ La siguiente reconstrucción concisa es también propuesta por STRAZZARI, D., *Access to justice e stranieri: l’effettività della tutela nella prospettiva pluri-ordinamentale*, en *Diritto costituzionale*, 3, 2018, 162 y por DALFINO, D., *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3, 2014, 907-941, 914.

⁵⁴ OSTI, A., *Teoria e prassi dell’access to justice*, Milán, Giuffrè, 2016, 10-13, donde la autora se detiene en la noción de acceso a la justicia, destacando su (necesaria) dimensión procesal.

⁵⁵ Así DALFINO, D., *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, cit., 913.

tem which purports to guarantee, and not merely proclaim, the legal rights of all» [“El acceso efectivo a la justicia puede considerarse, por tanto, como el requisito más básico – el “derecho humano” más elemental – de un sistema jurídico moderno e igualitario que pretende garantizar, y no sólo proclamar, los derechos legales de todos”].⁵⁶

Por estas razones, el juicio puede entenderse como un “instrumento de política social”, en el que “el legislador, abandonando la posición tradicional, que querría limitar su intervención a garantizar el respeto de las reglas del juego individual, se posiciona a favor de la parte socialmente más débil”.⁵⁷ Desde este punto de vista, el reforzamiento de “los poderes procesales a favor de una parte constituye el medio de realización de los derechos sustantivos que el sistema le atribuye”,⁵⁸ reconociendo la “dimensión prestacional” del derecho a la tutela judicial, garantía del carácter liberal-democrático efectivo de la forma de Estado”.⁵⁹

De hecho, la protección jurisdiccional de los solicitantes de asilo presenta características particulares, que están vinculadas a los múltiples perfiles de vulnerabilidad de los sujetos, a los que corresponden otros tantos deberes específicos por parte de los Estados. Así, por ejemplo, la falta generalizada de información de los solicitantes sobre sus derechos y sobre el modo de ejercerlos corresponde al deber de las autoridades nacionales de proporcionarles la información necesaria para permitirles el acceso a los procedimientos; la ausencia o el desconocimiento del idioma italiana corresponde la obligación del Estado de garantizar que el individuo comprenda todos los actos que le conciernen.

Por otra parte, cabe señalar cómo la particularidad de los sujetos considerados se manifiesta también en el hecho de que, en el contexto de la protección político-humanitaria, la fase jurisdiccional se inicia sin que haya existido una violación previa de un derecho, sino precisamente para

⁵⁶ CAPPELLETTI, M., GARTH, B.G., *Access to Justice: the Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, en *Buffalo Law Review*, 27, 1978, 181-292, 185. El trabajo citado representa una elaboración más de un estudio muy amplio, el *Florence Access to Justice Project*, cuyos resultados se publicaron en una obra de cuatro tomos que no podemos dejar de mencionar: CAPPELLETTI, M. (ed.), *Access to Justice*, Milán, Giuffrè, 1978-1979.

⁵⁷ DENTI, V., *Processo civile e giustizia sociale*, Milán, Edizioni di Comunità, 1971, 53.

⁵⁸ *Ibid.*, 53-54.

⁵⁹ Así STRAZZARI, D., *Access to justice e stranieri: l'effettività della tutela nella prospettiva pluri-ordinamentale*, cit., 162. El autor considera (de forma muy convincente) que adoptar el punto de vista de la persona-extranjera permite también captar el carácter universal del derecho a la tutela jurisdiccional, extendido también a los no ciudadanos, así como “el impacto que la dimensión constitucional de los derechos determina en el propio ejercicio de la función jurisdiccional”, en el sentido de que induce a “lecturas incluso dinámicas de las limitaciones tradicionales de la función jurisdiccional” (pp. 158-160).

evitar dicha violación.⁶⁰ El solicitante de asilo recurre al juez para que éste reconozca su derecho a acceder a un estatus de protección al que tiene derecho precisamente porque, en caso de denegación, podría sufrir una compresión de su esfera personal de derechos y libertades fundamentales. De ello se desprende que, al fin y al cabo, el derecho al recurso jurisdiccional y, en particular, a un recurso efectivo, se postula en la propia ratio del derecho de asilo, que de otro modo perdería su sentido.

⁶⁰ LENZERINI, F., *Asilo e diritti umani*, Milán, Giuffrè, 2009, 433-434.

CAPÍTULO 8

El derecho a la nacionalidad en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos

*Giammaria Milani*¹

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El derecho a la nacionalidad en el sistema americano y en el sistema europeo de protección de los derechos. – 3. El Tribunal Europeo y el derecho a la nacionalidad. – 4. La Corte Interamericana y el derecho a la nacionalidad. – 5. Conclusión: ¿qué obstáculos hay para el diálogo entre las Cortes en materia de nacionalidad?

1. *Introducción*

El objetivo de este artículo es analizar la contribución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a la garantía del derecho a la nacionalidad y su definición como derecho humano. Para ello, examinaremos en primer lugar los contextos normativos que caracterizan a los dos sistemas regionales en relación con el derecho a la nacionalidad (apartado 2). A continuación, se analizará la jurisprudencia desarrollada en torno a la garantía de este derecho por el TEDH (apartado 3) y por la Corte IDH (apartado 4). Por último, se compararán las dos experiencias para resaltar el papel que desempeñan los tribunales regionales en la garantía internacional del derecho a la nacionalidad (apartado 5): un papel que, ya podemos anticipar, ve a la Corte de San José como protagonista, mientras que el Tribunal de Estrasburgo sigue batallando para afianzarse como garante del “derecho a tener derechos”.

¹ Profesor de Derecho Público Comparado en el Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Sienta, Italia.

2. *El derecho a la nacionalidad en el sistema americano y en el sistema europeo de protección de los derechos*

El derecho a la nacionalidad está reconocido, aunque con diferentes modalidades y efectividad, tanto en el sistema americano como en el sistema europeo de garantía de los derechos fundamentales.

La Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) no contiene una referencia explícita al derecho a la nacionalidad. Sin embargo, se puede anticipar desde ya que el TEDH ha mitigado en parte los efectos de esta ausencia con su jurisprudencia, al afirmar que “aunque el derecho a la nacionalidad no está garantizado como tal por la Convención o por sus Protocolos (...) el Tribunal no excluye que una denegación arbitraria de la ciudadanía pueda, en determinadas circunstancias, plantear una cuestión en relación con el art. 8 de la Convención debido a las repercusiones de dicha denegación en la vida privada del individuo”.²

Además, el Consejo de Europa lleva mucho tiempo trabajando en cuestiones de nacionalidad y en la conveniencia de su regulación a nivel supranacional. El resultado más apreciable de este compromiso llegó en 1997, con la adopción de la Convención Europeo sobre la nacionalidad. La Convención tiene el mérito de englobar en un solo texto la regulación de diversas cuestiones relativas a la nacionalidad,³ así como de establecer algunos principios importantes en la materia. El art. 3, al reafirmar la competencia de los Estados para regular la adquisición y la pérdida de la nacionalidad mediante sus propias leyes, establece que esta competencia debe ejercerse de conformidad con los tratados internacionales aplicables, el derecho internacional consuetudinario y los principios de derecho internacional sobre la nacionalidad generalmente reconocidos. A continuación, el art. 4 define estos principios: toda persona tiene derecho a la nacionalidad; debe evitarse la apatridia; nadie puede ser privado arbitrariamente de la nacionalidad; y un cambio en la relación matrimonial no debe afectar automáticamente a la nacionalidad del cónyuge.

Aunque contiene obligaciones específicas para los Estados parte,⁴ la

² Así, a partir de *Karassev contra Finlandia* (dec.), no. 69405/01, 9 de octubre de 2003.

³ Véase HAILBRONNER, K., *Nationality in Public International Law and European Law*, en BAUBÖCK, R., ERSBÖLL, E., GROENENDIJK, K., WALDRAUCH, H. (eds.), *Acquisition and Loss of Nationality. Policies and Trends in 15 European States*, Tomo 1: *Comparative Analyses*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006, 52; PANELLA, L., *Sulla revoca della cittadinanza come misura degli Stati per combattere il fenomeno dei foreign fighters*, en *Federalismi*, 7, 2015.

⁴ HALL, S., *The European Convention on Nationality and the right to have rights*, en *European Law Review*, 1999, 595.

Convención de 1997 tiene la importante limitación de quedar fuera de la jurisdicción del TEDH, que se limita estrictamente a las violaciones de la CEDH y de sus protocolos y no de otros tratados, aunque se hayan adoptado en el marco del Consejo de Europa.⁵

Más decisivo, en cambio, es el enfoque adoptado en esta materia por la Organización de Estados Americanos, que desde su creación ha mostrado una cierta sensibilidad respecto al reconocimiento del derecho de nacionalidad. Así, ya unos meses antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en 1948 al amparo de la Organización, reconocía en su art. XIX que “toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponde y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela”.

Por ello, no es de extrañar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), adoptada en 1969 y que entró en vigor en 1978, contenga un reconocimiento expreso del derecho a la nacionalidad. El art. 20 de la Convención, en sus apartados I y III, reproduce sustancialmente lo que ya se decía en la Declaración Universal de 1948,⁶ reconociendo que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad” y que “nadie podrá ser privado arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”. La contribución más significativa e innovadora de la CADH a la definición del derecho efectivo a la nacionalidad está sin duda contenida en el apartado II,⁷ que establece que “toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio ha nacido, si no tiene derecho a otra nacionalidad”.

El reconocimiento claro y explícito del derecho a la nacionalidad en la CADH ha permitido a la Corte IDH intervenir en varias ocasiones, como se verá más adelante, para garantizarlo; por el contrario, la falta de esa referencia explícita en la CEDH parece ser uno de los principales obstáculos

⁵Véase STARACE, V., *La competenza della Corte*, en BARTOLE, S., CONFORTI, B., RAIMONDI, G. (eds.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padua, CEDAM, 2001, 537-541; RANDAZZO, B., *Competenza della Corte*, en BARTOLE, S., DE SENA, P., ZAGREBELSKY, V. (eds.), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 611-614; ZAGREBELSKI, V., CHENAL, R., TOMASI, L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bolonia, Il Mulino, 2016, 108-114.

⁶Véase GANCZER, M., *The Right to a Nationality as a Human Right?*, en *Anuario Húngaro de Derecho Internacional y Derecho Europeo*, 2014, 26.

⁷Según CHAN, J.M.M., *The right to a nationality as a human right. The current trend towards recognition*, en *Human Rights Law Journal*, 1991, 5, “va mucho más allá que la Declaración Universal de los Derechos Humanos al imponer al Estado contratante la obligación de conceder su nacionalidad a todo apátrida nacido en su territorio”.

a los que se enfrenta todavía hoy el TEDH para proteger el derecho a la nacionalidad.⁸

3. *El Tribunal Europeo y el derecho a la nacionalidad*

La ausencia del derecho a la nacionalidad en el texto de la Convención Europea tuvo efectos previsibles en los primeros casos examinados por los órganos de la Convención en esta materia: primero la Comisión Europea de Derechos Humanos y después el propio Tribunal de Estrasburgo negaron apodócticamente que este derecho estuviera entre los garantizados por la CEDH.

Ya en 1972, en el caso de X contra Austria, la Comisión declaró que “ningún derecho a la nacionalidad, como tal, está incluido entre los derechos y libertades garantizados por la Convención”;⁹ en 1985, en el caso Familia K. y W. contra los Países Bajos, la Comisión concluyó que “el derecho a adquirir una nacionalidad determinada no está cubierto por, ni relacionado con, [el art. 8] o cualquier otra disposición de la Convención”.¹⁰

La estricta exclusión de las cuestiones de nacionalidad de la competencia *ratione materiae* de los órganos de la CEDH también es reiterada por el Tribunal que, en el caso Poenaru contra Rumanía de 2001, afirma una vez más que “la Convención no garantiza, como tal, el derecho de un extranjero a entrar o residir en un país determinado, ni el derecho a obtener una nacionalidad determinada”.¹¹

Sin embargo, ya dos años antes, el Tribunal de Estrasburgo había empezado a atemperar este enfoque firme del tema¹² al admitir su competencia, aunque limitada, para conocer las violaciones de la CEDH causadas por las normas de nacionalidad. En el asunto Karassev contra Finlan-

⁸ La diferencia entre ambas Convenciones sería, de forma más general, la expresión de la “voluntad del sistema americano de diferenciarse para responder a las necesidades específicas del continente de referencia (...), lo que ha supuesto que la Convención Americana regule un mayor número de derechos y que algunos de ellos sean más detallados”. Así, GROPPi, T., LECIS COCCO, ORTU, A.M., *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo?* [Las citas recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?], en *Federalismi*, 2013, 10.

⁹ X v. Austria (Comisión dec.), no. 5212/71, 5 de octubre de 1972.

¹⁰ Familia K. y W. contra los Países Bajos (Comisión dec.), no. 11278/84, 1 de julio de 1985.

¹¹ Poenaru contra Rumanía (dec.), no. 51864/99, 13 de noviembre de 2001.

¹² PANELLA, L., *Sulla revoca della cittadinanza*, cit., 6.

dia, el Tribunal, tras reafirmar que “el derecho a la nacionalidad no está garantizado como tal por la Convención ni por sus Protocolos”,¹³ reconoce, sin embargo, que en determinadas circunstancias la denegación de la nacionalidad puede suponer una violación de la Convención, y en particular del art. 8. En este sentido, el Tribunal desarrolla un test que será la base de sus posteriores sentencias en la materia: a) la medida debe ser arbitraria y b) debe tener un impacto en la vida privada del individuo.

El caso se refería a un niño nacido en 1992 en Finlandia de padres que habían sido previamente ciudadanos de la Unión Soviética. El demandante había solicitado ser reconocido como ciudadano finlandés en virtud del art. 1 de la Ley de Nacionalidad de Finlandia,¹⁴ según el cual una persona nacida en Finlandia se convierte en ciudadano finlandés si no recibe ninguna otra nacionalidad al nacer. De hecho, los padres del demandante habían abandonado la Unión Soviética antes de su disolución y declararon que nunca habían obtenido la nacionalidad de la Federación Rusa. Por el contrario, las autoridades finlandesas sostenían que los padres del demandante debían ser considerados ciudadanos rusos en el momento de su nacimiento, lo que hacía inaplicable el art. 1 de la Ley de nacionalidad finlandesa.

Por lo tanto, el Tribunal de Justicia, al resolver el asunto, examina si la denegación de la nacionalidad fue arbitraria y si tuvo repercusiones en la vida privada del demandante. En cuanto a la arbitrariedad de la decisión de denegación de la nacionalidad, el análisis del Tribunal parece detenerse en la comprobación de la conformidad de la medida con el derecho vigente en Finlandia; para ello, considera que la denegación del reconocimiento de la nacionalidad no fue arbitraria, teniendo en cuenta que los padres del demandante eran ciudadanos rusos en el momento de su nacimiento y que, por tanto, habían transmitido la nacionalidad rusa al niño nacido en Finlandia. A continuación, el Tribunal de Justicia examina la repercusión de la denegación en la vida privada del individuo, señalando cómo varios elementos, entre ellos la ausencia de amenaza de expulsión del país y el disfrute de prestaciones sociales y asistenciales por parte de la familia, llevan a la conclusión de que la denegación del reconocimiento de la nacionalidad no tiene consecuencias graves sobre los derechos garantizados por el art. 8 de la CEDH. Por ello, los jueces de Estrasburgo declaran el recurso de Karashev manifiestamente infundado y, por tanto, inadmisibles.

Algunos elementos de la trayectoria argumentativa desarrollada merecen ser señalados. En primer lugar, el Tribunal, al tiempo que abre la posibilidad de pronunciarse sobre las medidas de nacionalidad, no olvida

¹³ Karashev contra Finlandia (dec.).

¹⁴ Ley no. 401/1968 sobre la nacionalidad finlandesa.

precisar que la nacionalidad, como tal, no es un derecho cubierto por las disposiciones de la CEDH. En segundo lugar, en el caso en cuestión el Tribunal de Justicia se refiere únicamente a los casos de denegación de la nacionalidad, sin precisar si los mismos argumentos pueden aplicarse también, y de qué manera, a otras medidas susceptibles de incidir en el *estatuto civitatis* del individuo, y en particular a la retirada de la nacionalidad. Por lo que respecta, más concretamente, al test que elabora para verificar la presencia de un posible conflicto con las normas de la CEDH, existe en primer lugar una cierta ambigüedad en la definición de la relación entre las dos condiciones establecidas por el Tribunal. Si, en un primer momento, los jueces parecen configurar los dos parámetros, es decir, la arbitrariedad y la repercusión en la vida privada del individuo¹⁵ de forma acumulativa, más tarde la posición parece cambiar y los dos criterios parecen fijarse de forma alternativa, de modo que la concurrencia de uno de los dos sería suficiente para detectar una violación de la Convención.¹⁶ Por último, cabe señalar que tanto el análisis de la arbitrariedad como el de la repercusión en la vida privada del individuo parecen realizarse de forma sumaria, sin tener en cuenta, en particular, la situación de apatridia que podría derivarse de la decisión de denegación; esto parece, además, coherente con el enfoque tantas veces referido según el cual el derecho a la nacionalidad no está reconocido por la CEDH como tal.

La posición adoptada por el Tribunal en el asunto Karashev se consolidó, de hecho, en decisiones posteriores sobre la materia,¹⁷ en las que los jueces de Estrasburgo reiteraron con firmeza la ausencia de un derecho convencional a la nacionalidad.¹⁸ Emblemático en este sentido es el caso Slivenko contra Letonia de 2002: la Gran Sala, al decidir sobre la admisibilidad de un recurso, se remite expresamente al art. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 para confirmar la ausencia de tal disposición en la CEDH y sus protocolos.¹⁹

¹⁵ Karashev contra Finlandia (dec.): “El Tribunal no excluye que una denegación arbitraria de una nacionalidad pueda, en determinadas circunstancias, plantear una cuestión en virtud del artículo 8 de la Convención, debido al impacto de dicha denegación en la vida privada del individuo”.

¹⁶ Karashev contra Finlandia (dec.): “Es necesario examinar si las decisiones finlandesas revelan tal arbitrariedad o tienen tales consecuencias que puedan plantear cuestiones en virtud del artículo 8 de la Convención”.

¹⁷ Véanse, por ejemplo, Slivenko contra Letonia (dec.) [GC], no. 48321/99, 23 de enero de 2002; Kuduzovic contra Eslovenia (dec.), no. 60723/00, 17 de marzo de 2005; Savoia y Bounegru contra Italia (dec.), no. 8407/05, 11 de julio de 2006.

¹⁸ Véase CIPOLLETTI, C., *Il diritto alla cittadinanza e il rispetto della vita privata e familiare nella sentenza Ramadan v. Malta della Corte europea dei diritti dell'uomo*, en *Rivista di diritto internazionale*, 2016, 1197.

¹⁹ Véase Slivenko contra Letonia (dec.) [GC], párr. 77: “Un derecho a la nacionalidad si-

El Tribunal parece haber dado pasos hacia el reconocimiento de la nacionalidad como un derecho en dos sentencias emitidas en 2010 y 2011; en ambos casos, el Tribunal de Estrasburgo consideró que ciertas medidas de nacionalidad eran contrarias a la CEDH. Tanto en el primer caso, Kuric contra Eslovenia,²⁰ como en el segundo, Genovese contra Malta,²¹ el Tribunal llega a declarar contrarias a la Convención las normas y prácticas en materia de nacionalidad por el impacto que pueden tener en principios como la prohibición de la discriminación y el respeto a la vida privada y familiar de las personas.

Estas decisiones, si bien constituyen un importante avance hacia la protección convencional contra normas arbitrarias y discriminatorias en materia de nacionalidad, no parecen socavar la posición del Tribunal respecto a la ausencia, en la CEDH y sus Protocolos, de un derecho autónomo a la nacionalidad;²² así lo demuestra también una sentencia más reciente del mismo Tribunal en el asunto Ramadán contra Malta, parece volver sobre sus pasos al negarse a declarar una medida de revocación de la nacionalidad contraria al artículo 8 de la CEDH.

El caso, resuelto en 2016, tuvo su origen en la revocación de la nacionalidad maltesa de Ramadán, antiguo ciudadano egipcio. El demandante había adquirido la nacionalidad maltesa por matrimonio con una nacional maltesa y tras renunciar a su nacionalidad egipcia, ya que tanto Malta como Egipto no permiten la posesión de la doble nacionalidad. Tras la anulación del matrimonio, se revocó la nacionalidad maltesa de Ramadán porque, según las autoridades, se había adquirido de forma fraudulenta: de hecho, se consideró, a la luz de las circunstancias del matrimonio, que su único objetivo era obtener la nacionalidad maltesa.²³

La revocación de su nacionalidad maltesa había provocado, por tanto, la apatridia de Ramadán; el precario estatus del demandante afectaba tam-

milar al del artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos no está garantizado por la Convención ni por sus Protocolos, aunque una denegación arbitraria de la nacionalidad puede, en determinadas circunstancias, equivaler a una injerencia en los derechos del artículo 8 de la Convención”.

²⁰ Kuric y otros contra Eslovenia, no. 26828/06, 13 de julio de 2010.

²¹ Genovese contra Malta, núm. 53124/09, 11 de octubre de 2011, párr. 41: “Si bien la identidad de la madre era siempre cierta, no sería el caso de la del padre”.

²² Véase DEMBOUR, M.B., *When Humans Become Migrants*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 145-146.

²³ Esto habría sido apoyado por las circunstancias del matrimonio, a las que también se refiere el Tribunal Europeo: la joven edad de la esposa, la duración del matrimonio, los episodios de violencia contra la esposa durante el propio matrimonio. Véase CIPOLLETTI, C., *Il diritto alla cittadinanza e il rispetto della vita privata e familiare nella sentenza Ramadán v. Malta della Corte europea dei diritti dell'uomo*, en *Rivista di diritto internazionale*, 2016, 1196.

bién a su vida familiar, ya que, tras la anulación de su primer matrimonio, Ramadán se había casado de nuevo y tenía dos hijos. Por tanto, Ramadán alegó una violación del artículo 8 de la CEDH, argumentando que la revocación de su nacionalidad era contraria a los criterios de proporcionalidad y conformidad con la ley.²⁴

El Tribunal aplica a esta cuestión el test desarrollado en el caso *Karashev*, analizando si la revocación de la nacionalidad fue arbitraria y si tuvo un impacto en la vida privada y familiar del individuo. Al negar que la medida adoptada por las autoridades maltesas sea arbitraria, el Tribunal de Justicia señala en primer lugar que fue adoptada de forma compatible con el Derecho nacional. En efecto, el art. 14 de la ley maltesa preveía de hecho, cuando se produjeron los hechos, que el ministro podía privar de la nacionalidad a quien hubiera obtenido dicho estatus de forma fraudulenta. Los jueces también afirman, para reiterar la idoneidad de la base jurídica sobre la que se adoptó la medida revocación, que el demandante ha gozado de todas las garantías procesales necesarias, incluida la posibilidad de solicitar información y de impugnar la medida.²⁵

En cuanto a las consecuencias que el acto de revocación de la nacionalidad puede tener en la vida privada y familiar del individuo, el Tribunal declara, con dificultad, que el demandante no ha demostrado suficientemente que se haya convertido en apátrida, al no haber presentado, en particular, ningún documento que pruebe que ha renunciado a su nacionalidad egipcia.²⁶ El Tribunal añade que la revocación de la nacionalidad maltesa no supondría una amenaza de expulsión del país y que Ramadán podría haber solicitado un permiso de trabajo o de residencia para estabilizar su posición en el país y proteger su derecho a la vida privada y familiar, observando, sin embargo, que no se adoptó ninguna medida en ese sentido y que no se presentó ninguna motivación para justificar dicha inacción.²⁷ Por lo tanto, las consecuencias de la revocación no son, según el Tribunal, tan graves como para suponer una violación de la vida privada y familiar del individuo.

Independientemente de estas conclusiones del Tribunal, lo que parece más criticable es la adopción de ciertas posiciones que tienen repercusiones más generales sobre el papel de la nacionalidad en el sistema convencional.

En primer lugar, como se ha señalado, el Tribunal de Justicia ignora de hecho la diferencia entre las medidas de revocación y las medidas de de-

²⁴ Ramadán contra Malta, no. 76136/12, 21 de junio de 2016, párrafos 49 y siguientes.

²⁵ Véase CIPOLLETTI, C., *Il diritto alla cittadinanza*, cit., p. 1201.

²⁶ Ramadán contra Malta, párrafo 92.

²⁷ Ramadán contra Malta, párrafos 90 y siguientes.

negación de la nacionalidad. Los jueces de Estrasburgo niegan, en un primer momento, que exista una diferencia entre ambos tipos de medidas, para afirmar su competencia *ratione materiae* también sobre los actos de revocación de la nacionalidad.²⁸ De hecho, por primera vez el Tribunal de Justicia se encuentra decidiendo sobre este tipo de medidas, ya que su jurisprudencia anterior, como hemos visto, siempre se ha referido a casos de denegación del estatuto *civitatis*. El Tribunal insinúa, brevemente y entre paréntesis, que la revocación puede tener un impacto “aún mayor” en la vida privada y familiar del individuo,²⁹ pero luego olvida por completo referirse a los diferentes niveles de protección que, en derecho internacional, caracterizan a ambos casos. La denegación de la nacionalidad se inscribe más bien en el ejercicio del derecho de los Estados a verificar la existencia de un vínculo efectivo con el individuo, respetando las normas internacionales en la materia. La revocación, en cambio, supone un control más estricto y una limitación más avanzada de la soberanía de los Estados, que sólo pueden anular la concesión o el reconocimiento de la nacionalidad en casos excepcionales.³⁰

En segundo lugar, el Tribunal también parece ignorar o subestimar el hecho de que la revocación de la nacionalidad puede causar la apatridia del individuo. También en este caso, como ya se ha observado en relación con el caso Karassev, tanto el análisis de la arbitrariedad como el de los efectos en la vida privada del individuo se llevan a cabo de forma totalmente ajena a la consideración del estatus de apátrida en el que se encuentra el demandante como consecuencia de la medida impugnada.³¹

En estas posiciones adoptadas por el Tribunal parece subyacer, una vez más, la ausencia del reconocimiento de un derecho autónomo a la nacionalidad en el sistema convencional: la oportunidad que brindaron las circunstancias particulares del caso Ramadán, en el que por primera vez los jueces de Estrasburgo se pronunciaron sobre una medida de revocación que daba lugar a la apatridia del solicitante, no permitió al Tribunal consolidar los tímidos pasos adelante dados en los casos Kuric y Genovese y abrirse finalmente al reconocimiento convencional del derecho a la nacionalidad.

²⁸ Ramadán contra Malta, párrafo 85.

²⁹ Ramadán contra Malta, párrafo 85: “El Tribunal considera que la pérdida de la nacionalidad ya adquirida o con la que se ha nacido puede tener el mismo (y posiblemente mayor) impacto en la vida privada y familiar de una persona”.

³⁰ Véase también DEMBOUR, M.B., *Ramadán contra Malta*.

³¹ *Ibíd.*

4. La Corte Interamericana y el derecho a la nacionalidad

Mientras que el Tribunal de Estrasburgo se enfrenta a considerables dificultades para reconocer y garantizar la nacionalidad como derecho fundamental, la Corte Interamericana se ha dedicado a proteger este derecho desde tiempos remotos.

Ya en 1984, la Corte de San José tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, emitiendo una opinión consultiva sobre ciertas modificaciones de la Constitución costarricense de 1949 en materia de nacionalidad.³² La Corte Interamericana, de hecho, basándose en el artículo 64 de la CADH, puede ser consultado por los Estados miembros y los órganos de la Organización de Estados Americanos en relación con la interpretación de la Convención u otros tratados de derechos humanos vigentes en los Estados americanos.³³

La revisión constitucional ante el Tribunal se refería a los artículos 14 y 15 de la Ley Fundamental de Costa Rica. El texto vigente en ese momento preveía, entre otras cosas, la posibilidad de solicitar la naturalización después de un año de residencia en el país para los ciudadanos de otros estados centroamericanos al nacer, después de dos años para los que tuvieran la nacionalidad española o iberoamericana al nacer, después de cinco años para los centroamericanos, iberoamericanos y españoles que hubieran obtenido su nacionalidad por nacimiento, y para los demás extranjeros; también se exigía, en todos los casos, la posesión de buena reputación y medios de subsistencia suficientes y el compromiso de residir regularmente en el país.

El texto de la revisión constitucional sometido a la opinión consultiva del Tribunal modificaba los requisitos de residencia previstos, exigiendo un plazo de cinco años para los ciudadanos por nacimiento de España y

³² Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica [Propuestas de modificación de la disposición sobre naturalización de la Constitución de Costa Rica].

³³ Sobre la función consultiva de la Corte Interamericana véase PASQUALUCCI, J.M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 27 ss.; HENNEBEL, L., *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruselas, Bruylant, 2007, 313 ss.; TIGROUDJA, H., PANOUSSIS, I.K., *La Cour interaméricaine des droits de l'homme. Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruselas, Anthemis, 2003, 21 ss.; RU-NAVOT, M.C., *La fonction consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme: splendeurs et misères de l'avis du juge interaméricain*, en HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H. (eds.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, París, Pedone, 2009, 121 ss.; BURGORGUE-LARSEN, L., *Advisory Jurisdiction [Jurisdicción consultiva]*, en BURGORGUE-LARSEN, L., ÚBEDA DE TORRES, A. (eds.), *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 75 ss.

de los Estados centroamericanos e iberoamericanos y un plazo de siete años para quienes hubieran obtenido la nacionalidad de dichos Estados por nacimiento y para los demás extranjeros. La propuesta también introdujo el requisito del conocimiento de la lengua española, la historia y los valores del país, y el juramento de respetar el orden constitucional de la República.

La posición adoptada por la Corte Interamericana es muy diferente a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; los jueces de San José dedican un amplio espacio en su dictamen a la definición de la nacionalidad como derecho humano y de la relación a este respecto entre la discrecionalidad de los Estados y los límites internacionales.

En el fondo, de hecho, el dictamen del Tribunal comienza reconociendo que “hoy en día se acepta generalmente que la nacionalidad es un derecho innato de todos los seres humanos”.³⁴ La declaración del Tribunal, calificada de valiente,³⁵ aunque no sea del todo convincente a la luz de las normas internacionales vigentes en ese momento,³⁶ deja clara de inmediato la orientación del Tribunal, que se reitera a continuación en la primera parte de su dictamen.

Afirma, en efecto, que “aunque tradicionalmente se acepta que la atribución y la regulación de la nacionalidad son cuestiones reguladas por los Estados individuales, la evolución contemporánea demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites al amplio poder de los Estados en este ámbito, y que las formas en que los Estados regulan los aspectos relativos a la nacionalidad no pueden considerarse hoy en día exclusivamente dentro del ámbito de su competencia; ese poder del Estado está además circunscrito por la obligación de garantizar el pleno respeto de los derechos humanos”. El enfoque clásico, que consideraba la nacionalidad como un atributo concedido por el Estado a sus súbditos, ha evolucionado gradualmente hasta el punto de que la nacionalidad se percibe ahora como una cuestión que implica tanto la competencia del Estado como cuestiones de derechos humanos”.³⁷

Partiendo de este supuesto, el Tribunal afirma que, dado que la nacionalidad la concede el Estado, es lógico y natural pensar que sea éste quien decida los procedimientos de adquisición de la nacionalidad, verifique el cumplimiento de los requisitos establecidos y modifique dichos requisitos

³⁴ Advisory Opinion [Opinión consultiva] OC-4/84, párrafo 32.

³⁵ Así, CHAN, J.M.M., *The right to a nationality*, cit., 5.

³⁶ Véase DEMBOUR, M.B., *When Humans Become Migrants*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 136-137.

³⁷ Advisory Opinion [Opinión consultiva] OC-4/84, párrafo 32.

a medida que cambian las condiciones y necesidades del país.³⁸ No obstante, el espacio reservado al Estado está limitado por los principios internacionales en materia de nacionalidad, que, a la luz del artículo 20 de la CADH, se remontan al derecho de todos a la nacionalidad, a la obligación de los Estados de conceder la nacionalidad *jure soli* al nacer a las personas que no tendrían de lo contrario, ninguna nacionalidad y la prohibición de privar arbitrariamente a las personas de su nacionalidad o impedirles que la cambien.

El Tribunal reconoce que el objetivo general de la enmienda es establecer condiciones más estrictas para la naturalización de extranjeros, pero también observa que ninguna de las enmiendas propuestas entra realmente en conflicto con ninguno de los principios expresados en el artículo 20 de la CADH.

La opinión de la Corte Interamericana, aunque adoptada en el contexto de su función consultiva y sin llegar a encontrar un conflicto con el art. 20 de la Convención, que garantiza expresamente el derecho a la nacionalidad, es importante porque establece la necesidad de un equilibrio necesario entre la protección de los derechos humanos y la competencia de los Estados, prevaleciendo la primera sobre la segunda.³⁹ Sin embargo, la opinión consultiva también constituye la base de las sentencias posteriores de la Corte que, en sede contenciosa, ha declarado repetidamente que las normas nacionales son contrarias al derecho convencional a la nacionalidad.

El primer caso importante en el que la Corte constató una violación del artículo 20 de la CADH se remonta a 2001.⁴⁰ El asunto sometido a la decisión del Tribunal se refería a Ivcher Bronstein, ciudadano naturalizado peruano de origen israelí, que era el editor de un canal de televisión que había sido crítico con el gobierno peruano durante el régimen de Fujimori. El demandante, a raíz de una serie de programas de televisión en los que denunciaba diversos actos de tortura y corrupción, había sido privado de su nacionalidad peruana; el motivo de la medida fue la supuesta falta de renuncia expresa a la nacionalidad israelí, lo que dio lugar a la revocación de la nacionalidad peruana *ex tunc*.⁴¹ Según la Ley del Sistema de Televisión,⁴² la nacionalidad peruana era un requisito necesario para la

³⁸ Advisory Opinion [Opinión consultiva] OC-4/84, párrafo 36.

³⁹ Véase DEMBOUR, M.B., *When humans become migrants*, cit., 136-137.

⁴⁰ Caso Ivcher Bronstein contra Perú. Sentencia del 6 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

⁴¹ Así, en virtud de los artículos 12 y 13 del Decreto Supremo no. 004-97-IN, de 23 de mayo de 1997 (Reglamento de la Ley no. 26574 de 3 de enero de 1996, Ley de Nacionalidad).

⁴² Véase el artículo 23 del Decreto Legislativo No. 702 de 8 de noviembre de 1991 (Decla-

posesión de canales de televisión, por lo que la revocación de la nacionalidad fue seguida de la suspensión del canal de televisión.⁴³

En el caso Ivcher Bronstein contra Perú, la Corte Interamericana recuerda tanto el artículo 20 de la Convención como la Constitución peruana de 1993, que, según los artículos 2 y 53, establece que la nacionalidad peruana sólo puede perderse tras un acto de renuncia expresa. Dado que el análisis de los hechos muestra que en ningún caso el demandante renunció a su nacionalidad peruana, la revocación se considera arbitraria, por ser contraria a la ley, y por tanto contraria al artículo 20 de la Convención.⁴⁴

Aún más significativo en relación con el reconocimiento del derecho a la nacionalidad y los límites impuestos a la discrecionalidad de los Estados en esta materia es el largo asunto judicial relativo a la situación de las personas haitianas o de origen haitiano en la República Dominicana. El país hace frontera con Haití, ocupando juntos todo el territorio de la isla en la que se encuentran ambos estados; las condiciones socioeconómicas de los dos países siempre se han caracterizado por fuertes disparidades, lo que ha llevado a la población haitiana en situación de extrema pobreza a buscar trabajo en las plantaciones de caña de azúcar de la República Dominicana; tras llegar al país con contratos de trabajo temporales, los inmigrantes se han instalado a menudo en territorio dominicano, viviendo en condiciones incómodas y sin permisos de residencia regulares. La grave crisis que afectó a la industria azucarera en los años 80 tuvo efectos evidentes en la política migratoria dominicana, lo que llevó no sólo al cierre de las fronteras, sino también, en los años 90, a operaciones de repatriación colectiva de haitianos irregulares a su país de origen.⁴⁵

Ya en el año 2000, los tribunales de San José adoptaron medidas provisionales para proteger a las personas afectadas por las operaciones de repatriación; de hecho, según el artículo 63 de la CADH, la Corte puede intervenir con dichas medidas en casos de extrema gravedad y urgencia y para evitar daños irreparables a las personas.⁴⁶ Cinco años después, el

ran de necesidad pública el desarrollo de telecomunicaciones y aprueban normas que regulan la Promoción de Inversión Privada en telecomunicaciones).

⁴³ Véase, para un análisis de esta decisión, ÚBEDA DE TORRES, A., *The Right to Nationality*, en BURGORGUE-LARSEN, L., ÚBEDA DE TORRES, A. (eds.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., 577.

⁴⁴ Caso Ivcher-Bronstein contra Perú, párrafos 85-97.

⁴⁵ Véase BALUARTE, D.C., *Inter-American Justice Comes to the Dominican Republic: An Island Shakes as Human Rights and Sovereignty Clash*, en *Human Rights Brief*, 2006, 25.

⁴⁶ Sobre la posibilidad de que la Corte adopte medidas provisionales para proteger los derechos humanos, véase BURBANO, HERRERA, C., *The Inter-American Court of Human Rights and Its Role in Preventing Violations of Human Rights through Provisional Measures*,

Tribunal interamericana dictaminó en el conocido caso de las niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, declarando la violación de varios artículos de la Convención Americana, *in primis* del derecho a la nacionalidad ex art. 20.⁴⁷

Las demandantes, Dilcia Yean y Violeta Bosico, nacieron en territorio dominicano de madre dominicana y padre haitiano. Ambos se quejan de que hasta 2001, cuando tenían 5 y 16 años respectivamente, las autoridades dominicanas no les habían concedido la nacionalidad del país. La regulación constitucional de la nacionalidad se basa en el principio del *ius soli*: según el art. 11 del texto constitucional aprobado en 1994 y vigente en el momento de los hechos, las únicas excepciones a este principio se referían a los hijos de diplomáticos residentes en el país y a los hijos de personas en tránsito. La negativa de las autoridades a conceder la nacionalidad se basaba en una interpretación amplia de esta segunda categoría, que vendría a incluir no sólo a las personas que estuvieran en territorio dominicano durante un periodo de tiempo limitado, sino también a las que residieran allí de forma ilegal. Además, según el Estado, las demandantes ni siquiera pudieron presentar la documentación requerida para probar su nacimiento en territorio dominicano.

Hay que hacer una observación preliminar sobre la decisión del Tribunal con respecto a su competencia *ratione temporis*, que parece significativa teniendo en cuenta el enfoque diferente que ha caracterizado a la CEDH en el pasado. Este último, en los casos Kuric contra Eslovenia y Makuc contra Eslovenia, se declaró incompetente porque las medidas censuradas de denegación de la nacionalidad habían tenido lugar antes de la entrada en vigor de la CEDH en el país. Por el contrario, el Tribunal de San José afirma que su competencia se extiende tanto a los hechos ocurridos después de la entrada en vigor de la Convención como a los hechos ocurridos con anterioridad que impliquen una violación persistente de los derechos que continúa incluso después de la entrada en vigor de la Convención, como en el caso de la denegación de la nacionalidad que está examinando el Tribunal.⁴⁸

en HAECK, Y., RUIZ-CHIRIBOGA, O., BURBANO-HERRERA, C. (eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2015, 355 ss.; PASQUALUCCI, J.M., *The Practice and Procedure*, cit., 291 ss.; HENNEBEL, L., *La Convention Américaine des Droits de l'Homme*, cit., 198 ss.; ÚBEDA DE TORRES, A., *The Right to Order Provisional Measures*, en BURGORGUE-LARSEN, L., ÚBEDA DE TORRES, A. (eds.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., 193 ss.

⁴⁷ Caso de las niñas Yean y Bosico contra la República Dominicana. Sentencia del 8 de septiembre de 2005 (Excepciones preliminares, Fondo, Daños y Costas).

⁴⁸ Caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, párr. 106. Véase ÚBEDA DE TORRES, A., *The Right to Nationality*, cit., 575.

En cuanto al fondo, el Tribunal retoma las consideraciones ya realizadas en su opinión consultiva y pasa a precisar cuáles son, en concreto, los límites que el derecho internacional y convencional imponen a la discrecionalidad de los Estados en esta materia. El punto de partida es, una vez más, el reconocimiento de la nacionalidad como un derecho humano fundamental e inderogable.⁴⁹ “La determinación de quién tiene derecho a ser ciudadano”, afirma el Tribunal, “sigue siendo competencia del Estado. Sin embargo, su discrecionalidad en este punto se ha visto limitada gradualmente por la evolución del derecho internacional”.⁵⁰ En este punto, el Tribunal define cuáles son estos límites: por un lado, la obligación de los Estados de garantizar a los individuos una protección plena y efectiva por parte de la ley contra toda forma de discriminación; por otro lado, su obligación de prevenir, evitar y reducir la apatridia.⁵¹ En cuanto al primer punto, la Corte articula el principio de igual y efectiva protección como una prohibición de producir normas que tengan efectos discriminatorios sobre individuos o grupos de individuos y como una obligación de adoptar medidas capaces de garantizar el disfrute efectivo de los derechos por todos.⁵² En cuanto a la segunda limitación, el Tribunal considera contrarias a la Convención todas aquellas normas o prácticas que den lugar a un aumento de apátridas.⁵³ Aplicando estos principios al presente caso, el Tribunal de Justicia determina otras condiciones precisas impuestas por la Convención a los Estados: en particular, afirma que el estatus de migrante no se transfiere a los hijos y no puede constituir un motivo para privar a una persona del derecho a la nacionalidad y que el nacimiento en el territorio es el único requisito que debe probarse para la adquisición de la nacionalidad en casos de personas que, de otro modo, serían apátridas.⁵⁴

Al negar el reconocimiento de la nacionalidad a los demandantes, el Tribunal concluyó que la República Dominicana habría sobrepasado estos límites. De hecho, los jueces destacaron que, a las dos niñas, según la práctica observada en el país, se les había exigido la presentación de diversos documentos para probar su nacimiento en territorio dominicano,

⁴⁹ Caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, párr. 136.

⁵⁰ Caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, párr. 140.

⁵¹ Caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, párr. 140. Véase ÚBEDA DE TORRES, A., *The Right to Nationality*, cit., p. 575; SCALABRINO, M., *Les travailleurs clandestins dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, en CHE-TAIL, V. (ed.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, Tomo II, Bruselas, Bruylant, 2007, p. 391.

⁵² Caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, párr. 141.

⁵³ Caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, párr. 142.

⁵⁴ Caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, párr. 156.

los cuales eran a menudo difíciles de obtener o presentar, considerando también la difícil situación socioeconómica de la población de origen haitiano, lo cual fue recordado varias veces a lo largo de la sentencia.⁵⁵ De hecho, esta situación es discriminatoria para esta parte de la población y puede aumentar los casos de apatridia. Por lo tanto, además de declarar la violación del artículo 20 de la CADH, el Tribunal pidió al Estado que adoptara todas las medidas necesarias para que el procedimiento de adquisición de la nacionalidad fuera sencillo, accesible y razonable, a fin de evitar que las personas con derecho a ella siguieran siendo apátridas.⁵⁶

Las normas de nacionalidad vigentes en la República Dominicana volvieron a ser objeto del dictamen del Tribunal unos años después, en 2014.⁵⁷ La cuestión, una vez más, se refería a personas de origen haitiano que habían nacido en la República Dominicana, pero a las que el Estado no reconocía la nacionalidad por ser hijos de padres que se encontraban en territorio dominicano de forma ilegal.

Ya hemos visto cómo la Corte Interamericana rechazó interpretación planteada por el Estado respecto a la categoría de personas “en tránsito”, afirmando que la transitoriedad debe referirse al tiempo de estancia y no al estatus migratorio. Sin embargo, cabe destacar dos cambios importantes que se produjeron tras la primera sentencia del Tribunal y que fueron recordados por los jueces en la segunda decisión.

En primer lugar, en 2010 se modificó la Constitución dominicana; en concreto, se modificó la regulación de la nacionalidad, ahora contemplada en el art. 18, incluyendo expresamente el nacimiento de inmigrantes irregulares entre las excepciones a la aplicación del *ius soli*.⁵⁸ Posteriormente, en 2013, el Tribunal Constitucional dominicano intervino en un caso de denegación de nacionalidad, reafirmando la inclusión de los inmigrantes irregulares dentro de la categoría de personas “en tránsito”:⁵⁹

⁵⁵ Caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, párr. 109.

⁵⁶ Caso de las niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, párrafo 8 de la parte dispositiva. Sobre los recursos previstos por el Tribunal en el caso, véase DEMBOUR, M.B., *When Humans Become Migrants*, cit., 113 ss.

⁵⁷ Caso de los dominicanos y haitianos expulsados contra la República Dominicana. Sentencia del 28 de agosto de 2014 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

⁵⁸ Constitución de la República Dominicana: “Artículo 18. Nacionalidad. Son dominicanas y dominicanos: (...) 3) Las personas nacidas en territorio nacional, con excepción de los hijos e hijas de extranjeros miembros de legaciones diplomáticas y consulares, de extranjeros que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano. Se considera persona en tránsito a toda extranjera o extranjero definido como tal en las leyes dominicanas”.

⁵⁹ Así, el Tribunal Constitucional dominicano en la sentencia no. TC/0168/13, párrafo 11.1.3.

de este modo, avaló la interpretación realizada por las autoridades dominicanas en la primera sentencia de la Corte Interamericana y refutó la conclusión de esta última, considerada erróneamente interpretativa del derecho nacional.⁶⁰

La Corte IDH reitera efectivamente la decisión ya adoptada en 2005, declarando de nuevo una violación del artículo 20 de la Convención. Sin embargo, surgen otros dos aspectos que merecen ser destacados.

En primer lugar, de la sentencia se desprende que el riesgo de aumento de la apatridia es suficiente para que exista un conflicto con las normas convencionales. Uno de los argumentos del Estado en este caso fue, en efecto, la posibilidad de que los demandantes adquirieran la nacionalidad haitiana, que adopta predominantemente el principio del *ius sanguinis*; pues bien, según el Tribunal, “el Estado no ha probado suficientemente que esas personas hubieran obtenido otra nacionalidad”.⁶¹ Es evidente, una vez más, la brecha que separa al Tribunal de San José del de Estrasburgo: basta recordar la decisión adoptada por este último en 2016 y anteriormente analizada, relativa al caso Ramadán contra Malta, en la que incluyó, entre los motivos de desestimación del recurso contra la medida de revocación, el hecho de que el demandante no había demostrado suficientemente que se había convertido en apátrida.⁶²

En segundo lugar, otro aspecto sin duda significativo es la parte dispositiva de la sentencia de la Corte IDH. Por un lado, ordena al Estado que tome medidas para evitar los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional de 2013; éste, de hecho, había pedido al Gobierno que realizara una comprobación de los registros del Registro Civil para determinar quiénes habían obtenido la nacionalidad *jure soli* tras el nacimiento de padres inmigrantes irregulares y privarles de la misma.⁶³ Por otro lado, la Corte Interamericana pide al Estado que adopte todas las medidas necesarias, incluidas las constitucionales, para evitar que la situación irregular de los padres sea una posible excepción al criterio del *ius soli*: en otras palabras, la Corte sugiere que la propia Constitución, tras la reforma constitucional, se considere contraria a la Convención Americana, afirmando así de forma inequívoca la existencia de límites internacionales a la disci-

⁶⁰ Sobre este punto, me remito a MILANI, G., *Figli di haitiani in transito?*, disponible en <http://www.diritticomparati.it>.

⁶¹ Caso de los dominicanos y haitianos expulsados contra la República Dominicana, párrafos 297 ss.

⁶² Véase *supra*.

⁶³ Véase de nuevo MILANI, G., *Figli di haitiani in transito?*, disponible en <http://www.diritticomparati.it>.

plina nacional de la nacionalidad y su eficacia también respecto a los textos constitucionales de los Estados.

5. *Conclusión: ¿qué obstáculos hay para el diálogo entre las Cortes en materia de nacionalidad?*

El análisis realizado aquí demuestra claramente la existencia de dos enfoques diferentes de la cuestión de la nacionalidad por parte del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La razón principal, o al menos original, de esta diferencia de actitud se encuentra, sin duda, en los contextos normativos en los que los dos Tribunales están llamados a actuar. Sin embargo, más allá de la brecha normativa, existe también una clara brecha jurisprudencial entre los dos Tribunales. Una posible causa de la posición vanguardista de la Corte Interamericana es su estricta adhesión al principio *pro homine*, que, en materia de derechos de los extranjeros en general y del derecho a la nacionalidad en particular, parece alejarla significativamente de la orientación del Tribunal Europeo.⁶⁴ La aplicación estricta del principio *pro homine* por parte de los jueces de San José se acompaña, como se ha señalado, elementos importantes que caracterizan la jurisprudencia de la Corte IDH y que son relevantes para el tema de este trabajo. Así, por ejemplo, se ha destacado la tendencia del Tribunal a buscar fuera de su contexto regional para apoyar sus decisiones;⁶⁵ por el contrario, el Tribunal Europeo no se remite a los numerosos convenios y declaraciones que reconocen la nacionalidad como un derecho humano. Esta tendencia va acompañada de otra, relacionada con el papel del *regional consent* y del *margin of appreciation*:⁶⁶ en una de las pocas ocasiones en que el tribunal de San José se refirió al margen de apreciación, esta doctrina se utiliza de forma completamente

⁶⁴ Véase DEMBOUR, M.B., *When Humans Become Migrants*, cit., 7; generalmente, sobre la orientación pro-humana de la Corte Interamericana, ver HENNEBEL, L., *La Convention Américaine des Droits de l'Homme*, cit., 41; BURGORGUE-LARSEN, L., *Advisory Jurisdiction*, cit., 97.

⁶⁵ Véase DE PAWN, M., *The Inter-American Court of Human Rights and the Interpretative Method of External Referencing: Regional Consensus v. Universality*, en HAECK, Y., RUIZ-CHIRIBOGA, O., BURBANO-HERRERA, C. (eds.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., 10 ss.; HENNEBEL, L., *La Cour interaméricaine des droits de l'homme: entre particularisme et universalisme*, en HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H. (eds.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, cit., 109 ss.

⁶⁶ Véase CAPPUCCIO, L., *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali: una bussola per gli Stati*, en CAPPUCCIO, L., LOLLINI, A., TANZARELLA, P., *Le Corte regionali tra Stati e diritti*, Nápoles, Editorial Científica, 2012, 197.

diferente a la elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, precisamente para reafirmar el carácter recesivo de este margen frente a la evolución del derecho internacional y la afirmación de los límites de los Estados en materia de nacionalidad.⁶⁷

Estos son sólo algunos de los factores que pueden explicar los diferentes enfoques que caracterizan la jurisprudencia de los dos tribunales regionales sobre la nacionalidad. La posibilidad de que se desarrolle un diálogo entre Estrasburgo y San José sobre este punto parece, por el momento, bastante remota. Sin embargo, no se puede descartar, y probablemente sería deseable, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como parte de la creciente (aunque todavía débil) tendencia a “observar” el trabajo de la Corte Interamericana,⁶⁸ adopte un enfoque más universalista que le lleve a reconocer y tutelar el derecho a la nacionalidad como un “derecho a tener derechos”.

⁶⁷ Véase DEMBOUR, M.B., *When Humans Become Migrants*, cit., 139-140.

⁶⁸ Véase GROPPI, T., LECIS COCCO-ORTU, A.M., *Le citazioni reciproche*, cit., 37; DI STASI, A., *La Corte interamericana e la Corte europea dei diritti dell'uomo: da un transregional judicial dialogue ad una cross-fertiliation?*, en CASSETTI, L., DI STASI, A., LANDA ARROYO, C. (eds.), *Diritti e giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, Nápoles, Jovene, 2014, 20; GARCÍA ROCA, J., NOGUEIRA ALCALÁ, H., BUSTOS GILBERT, R., *La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo*, en GARCÍA ROCA, J., FERNÁNDEZ, P., SANTOLAYA, P., CANOSA, R. (eds.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Navarra, Civitas, 2012, 97-98.

PARTE III

*La persona migrante en el proceso migratorio:
los vulnerables entre los vulnerables*

CAPÍTULO 9

La protección internacional gender sensitive de las mujeres víctimas de violencia de género

Irene Spigno ¹

SUMARIO: 1. Premisa: la violencia de género que sufren las mujeres. – 2. La persecución de las mujeres víctimas de violencia de género. – 3. La inclusión de la perspectiva de género en la protección internacional de las mujeres víctimas de violencia de género. – 4. Reflexiones finales: hacia la elaboración de un *gender sensitive test*.

1. Premisa: la violencia de género que sufren las mujeres

Las mujeres viven violencia y discriminación en todo el mundo. Según los datos reportados en el *Women Peace and Security Index 2021-22* los diez países con los índices más altos de violencia de género en contra de las mujeres son: Afganistán, Siria, Yemen, Pakistán, Irak, Sudán del Sur, Chad, la República Democrática del Congo, Sudán y Sierra Leona.²

Sin embargo, en realidad, la lista es mucho más larga e incluye países donde, aunque las mujeres estén institucionalmente protegidas contra cualquier forma de violencia, ser mujer sigue siendo muy peligroso. Pensemos en México, por ejemplo, en donde en 2021 se registró el mayor número de feminicidios en su historia.³ Entre 2020 y 2021, 416 mujeres fueron secuestradas y otras 957 reportadas como víctimas de trata de per-

¹ Directora General de la Academia Interamericana de Derechos Humanos (México).

² El índice se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://giwps.georgetown.edu/wp-content/uploads/2021/11/WPS-Index-2021.pdf>.

³ Según los datos del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP), en el 2021 se han registrado 1,006 feminicidios (mientras que 2,747 asesinatos de mujeres han sido registrados como "homicidios intencionales"). En el 2016 se registraron 647 feminicidios, 766 en el 2017, 917 en el 2018, en el 2019 fueron 973 y, finalmente, en el 2020 se registraron 978 feminicidios: véase PÉREZ, M., *Feminicidios han crecido 121%*, en *El Economista*, 9 marzo 2022, en <https://www.economista.com.mx/politica/Mujeres-exigen-un-alto-a-la-violencia-que-padecen--20220309-0001.html>.

sonas. En 2021 se batió el máximo histórico de delitos de violación, acumulando 21,188 denuncias, un 28% más que en 2020 (16,544).⁴

Además, el 86% del territorio nacional está en alerta por la violencia de género contra las mujeres a causa de la alta tasa de feminicidios y la desaparición de mujeres y niñas. En los últimos dos años las solicitudes de acceso a la Red Nacional de Refugio para mujeres víctimas violencia de género aumentaron un 55.59%. Además, en 2021 se atendieron a 45,490 mujeres, niñas y niños sobrevivientes de violencia de género.⁵

La violencia también se encuentra fuertemente correlacionada con la desigualdad y la discriminación social y económica.⁶ Las mujeres también son víctimas de discriminación económica y laboral: al cierre de 2021, aproximadamente 21.2 millones de mujeres estaban excluidas del mercado laboral; 4.6 millones se vieron afectadas directamente por el desempleo, y el resto (13.8 millones) no tienen la oportunidad de buscar trabajo por la carga del trabajo doméstico y de cuidados.⁷

En México, en 2001, Digna Ochoa y Plácido fue asesinada. Digna Ochoa fue una mujer activista que luchó por la defensa de los derechos humanos y fue asesinada en un país donde los derechos de las mujeres están protegidos y garantizados por el marco legal. No obstante, a pesar de estas garantías, ser mujer en México es muy peligroso. Esto por el alto índice de impunidad que permea sobre estos delitos. El feminicidio de Digna Ochoa fue la crónica de una muerte anunciada: Digna ya había sido víctima de amenazas y secuestros por sus actividades en defensa de los derechos humanos.

Tuvieron que pasar más de 20 años para que Digna pudiera recibir justicia, y la recibió gracias a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). Los jueces interamericanos, en la sentencia de 25 de noviembre de 2021,⁸ reconocieron al Estado mexicano como responsable a nivel internacional de omisiones graves ocurridas en la investiga-

⁴ Véase GALVÁN, M. #8M|20 datos sobre la violencia contra las mujeres en México, en *Expansión Política*, 7 marzo 2022, en <https://politica.expansion.mx/mexico/2022/03/07/datos-sobre-la-violencia-contra-las-mujeres-mexico>.

⁵ SAYDI NÚÑEZ, C., *Violencia contra las mujeres y feminicidio íntimo a la sombra del covid-19. Los efectos perversos del confinamiento*, en *Política y Cultura*, 55, 2021, 99-119.

⁶ Sobre la relación entre desigualdad, violencia y violencia de género contra las mujeres en México véase SPIGNO, I., *Gender violence against low – Income women in Mexico. Analysis of the Inter-American doctrine*, en *Rivista Diritti Comparati*, Special Issue I, 2019, 167-193.

⁷ GUTIÉRREZ-MARTÍNEZ, I., y OLIVAS-LUJÁN, M.R., *Equality and nondiscrimination employment legislation in Mexico: evolution and effectiveness by gender and age*, en KLARSFELD, A., KNAPPERT, L., KORNAU, A., SMITH, E.S., NGUNJIRI, W. (eds), *Research Handbook on New Frontiers of Equality and Diversity at Work*, Edward Elgar Publishing, 2022, 160-181.

⁸ Corte IDH, Caso Digna Ochoa y Familiares vs. México, 25 noviembre 2021.

ción de la muerte de Digna Ochoa. Las autoridades, quienes tenían la obligación de investigar el asesinato para dar con las personas responsables de la muerte de Digna Ochoa decidieron apelar a los aspectos íntimos y personales de la vida privada de la defensora, con el objetivo de cuestionar su credibilidad y lesionar su honor y dignidad para justificar su asesinato. Este modo de actuar de las autoridades, que invocan estereotipos de género en lugar de investigar, se encuentra profundamente arraigado en el acervo cultural mexicano y en la dinámica de las instituciones mexicanas. En el caso concreto, se encargaron de calumniar a una mujer que dedicó su vida a la defensa de los derechos humanos en un país que aún tiene una gran deuda con las víctimas de graves violaciones de derechos humanos.

Esta es la primera vez que México es “condenado” por la Corte Interamericana en un caso relacionado con la muerte de una persona defensora de derechos humanos. Pero no dejemos que esto nos engañe. Que fuera la primera vez no significa que no sea un problema alarmante. En México, ser una persona defensora de derechos humanos es una actividad muy peligrosa. Esto, por el grave contexto de violencia que vive en el país, pero también – y, sobre todo – por el alto nivel de impunidad. Y lo es aún más si esa persona es una mujer.

El feminicidio es forma extrema de violencia en contra de las mujeres por el simple hecho de serlo. Al ser la manifestación extrema del odio y la violencia en contra de las mujeres esta forma de violencia suele ser la más visible. Sin embargo, el feminicidio es solo la punta de un iceberg mucho más grande. En realidad, la mayoría de los casos de violencia de género son mucho menos visibles.⁹ Las mujeres son víctimas de violencia sexual, mutilación genital, crímenes de honor, matrimonios forzados, violencia doméstica, entre otros. No todos los casos de violencia de género contra las mujeres tienen la “suerte” de recibir atención mediática. Hay un gran porcentaje de violencia de género “normalizada” y, como tal, prácticamente invisibilizada.

Pensemos, por ejemplo, en la historia de María, una joven hondureña de 18 años que tuvo que huir de casa con su madre por negarse a ser la novia de un miembro de una pandilla local que, en complicidad con la policía, había matado a su hermano por negarse a unirse a ellos. Desde el día de la fuga, las dos mujeres caminaron durante meses para ir de Honduras a Estados Unidos. Durante el viaje por México, miembros del crimen organizado local las secuestraron – algo frecuente entre las personas

⁹La violencia de género contra las mujeres es una especie de un género más amplio. La *gender-based violence*, de hecho, también puede afectar a los hombres por ser hombres. En el presente trabajo, el uso, sin posteriores especificaciones, de la expresión, “violencia de género” hace referencia a la violencia de género en contra de las mujeres.

migrantes – exigiendo un rescate por su liberación. Pero, debido a que María y su madre no tenían a quien pedir dinero, María fue violentada por tres días como “pago” del rescate.

También podemos pensar en la historia de Rodi Alvarado Peña, una joven que a los 16 años se casa con un hombre del ejército guatemalteco y vive años de terror, llenos de abusos, violencia sexual y sodomía, violencia física que la condujo a abortar, intento de cortarle las manos con un machete y muchas otras formas de tortura.

Pensemos ahora en una mujer de 34 años que vive en Kigali, Ruanda, la llamaremos Cecile Ella pertenece a la etnia tutsi. En abril de 1994, ante la total indiferencia de la comunidad internacional, esta mujer, junto con cerca de un millón de miembros de su comunidad étnica y hutus moderados, es víctima de un terrible genocidio en el que la violación y la tortura se utilizaron como armas para aniquilar al enemigo; casi todas las víctimas de delitos sexuales son asesinadas infectadas intencionalmente con VIH/SIDA o mutiladas.¹⁰

En las historias que aquí se cuentan, el *fil rouge* está representado por el sexo de las protagonistas (todas mujeres), víctimas de la violencia de género (está representado por el terrible sufrimiento que suponen los actos de tortura a los que varios hombres: un novio, unos policías, algunos padres, hermanos, primos de diferentes etnias, las han sometido por el simple hecho de ser mujeres) a quienes su país les ha dado la espalda en lugar de protegerlas de la violencia generalizada que sufrieron.

Digna no pudo escapar. María, Claudia Rodi y Cecile lograron escapar y han buscado protección internacional en otro país, pero no tienen la certeza de poder alcanzarla. Su destino está confiado a una especie de ruleta rusa¹¹ que depende de muchos factores y, en particular, de la aplicación, a nivel nacional, de una interpretación *gender sensitive* del derecho internacional de los refugiados.

A pesar de los importantes desarrollos del derecho internacional en la materia (sobre los que se expondrá con mayor detenimiento en el apartado 2), los Estados, valiéndose también de la falta de reconocimiento de un derecho de asilo, mantienen una posición poco empática que no garantiza certeza en la protección de los derechos de las mujeres.

¹⁰ Sobre este punto véase DI PALMA, S.V., *Lo stupro come arma contro le donne: l'ex Jugoslavia, il Rwanda e l'area dei Grandi Laghi africani*, en FLORES, M. (coord.), *Stupri di guerra. La violenza di massa contro le donne nel Novecento*, FrancoAngeli, Milano, 2010, 220, según la que al menos el 70% de las víctimas tutsi sobrevivientes al genocidio contrajeron VIH y sufrieron mutilaciones de partes del cuerpo consideradas características de la etnia tutsi, entre ellas la nariz y los dedos (además del pecho, considerado como símbolo de feminidad).

¹¹ KALLINOSIS, J.J., *Refugee Roulette: A Comparative Analysis of Gender-Related Persecution in Asylum Law*, en DePaul J. Women, Gender & L., 6, 2017.

En las siguientes páginas se analizarán en primer lugar los desarrollos del derecho internacional en materia del derecho de las personas refugiadas, desde la perspectiva de género, haciendo especial hincapié en la posibilidad de interpretar los elementos necesarios para la concesión de la condición de refugiado a la luz de la perspectiva de género y las lagunas que aún existen, especialmente, en lo que respecta a la posibilidad de considerar la así llamada violencia doméstica o privada como una forma de violencia de género que justifica la concesión de la protección internacional prevista por la Convención de 1951 (parágrafo 3). Posteriormente, en el parágrafo 4, se propondrá un *test* que deberán aplicar los jueces o autoridades competentes de cada país para poder considerar, con referencia a cada caso concreto, si se trata de una hipótesis que justifique la concesión de protección internacional. Este *test* será construido a la luz de los criterios elaborados por la jurisprudencia nacional e internacional, con referencia a la violencia de género. Cierra el texto un parágrafo con algunas reflexiones finales.

2. La persecución de las mujeres víctimas de violencia de género

Según datos presentados por la Fundación *Thomson Reuters*, en concordancia con lo expuesto en el apartado anterior, los países donde ser mujer es más peligroso son: India, Afganistán, Siria, Somalia, Arabia Saudita, Pakistán, República Democrática del Congo, Yemen, Nigeria y Estados Unidos. No es coincidencia que cuatro (Siria, Afganistán, República Democrática del Congo y Somalia) de estos diez se encuentren entre los principales países de origen de personas refugiadas en el mundo.

Las mujeres huyen de diversos contextos de violencia. Escapan de conflictos armados (como en el caso de Siria y la República Democrática del Congo), de violencia generalizada (como en India, Somalia y Arabia Saudita), y de países donde hay una impunidad generalizada (como en el caso de Centro y Sudamérica).

La definición de violencia de género prevista a nivel internacional es bastante amplia y no siempre unívoca, ya que pretende encerrar una realidad bastante compleja y multifacética en un concepto definitorio y que inevitablemente se alimenta de aspectos jurídicos, pero también sociológicos, antropológicos y culturales, contextuales estrictamente ligados al entorno social y cultural de referencia. Estas características han llevado inevitablemente a una profunda regionalización del fenómeno.¹²

¹² Como prueba de ello, se puede observar cómo en el sistema interamericano la violencia basada en género es definida por la Convención Interamericana para Prevenir, Reprimir

La definición más extensa de violencia contra las mujeres basada en el género incluye todas las formas de violencia (física, psicológica, sexual, económica, institucional y cualquier otra forma de violencia que afecte la dignidad, la integridad y la libertad) ejercida contra una o más mujeres por razón de género y, por lo tanto, precisamente por ser “mujer/es” y que puede darse en diferentes lugares, contextos y relaciones, pertenecientes tanto al sector público como al privado.¹³

¿En qué casos, entonces, la violencia de género puede considerarse una forma de persecución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951?

En primer lugar, la Convención de 1951 establece que, para poder ob-

y Eliminar la Violencia contra la Mujer (denominada Convención de Belém do Pará), de 1994, primer tratado regional que ha adoptado medidas específicas en materia de violencia de género. El artículo 1 del documento define la violencia contra la mujer como «cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado», para luego especificar en el artículo 2 que «la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra». También el Protocolo de la Carta Africana sobre los derechos del hombre y de los pueblos sobre los derechos de la mujer en África (2003), en su artículo 1, inciso j) define la violencia contra la mujer como «todo acto perpetrado contra la mujer que le cause o pueda causarle daño físico, sexual, psicológico y económico, incluida la amenaza de realizar tal acto; o la implementación de la imposición de restricciones arbitrarias o la privación de las libertades fundamentales en la vida pública o privada, en tiempos de paz o en situaciones de conflicto armado o guerra;». Finalmente, el artículo 3 del Convenio de Estambul, define la violencia contra las mujeres como «una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada». El inciso b) del artículo 3, además, especifica que «por “violencia doméstica” se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;». Finalmente, después de haber definido el “género” como el complejo de «los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», el inciso d) del artículo 3 establece que por «violencia contra las mujeres por razones de género se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada».

¹³ Sobre este punto véase MERLI, A., *Violenza di genere e femminicidio. Le norme penali di contrasto e la legge n. 119 del 2013 (cd. legge sul femminicidio)*, Milano, ESI, 2015.

tener la protección internacional correspondiente a la condición de refugiado, la persona solicitante debe tener el temor justificado de sufrir persecución, ya sea de que se trate de una persecución ya sufrida que pueda repetirse en el caso en que la persona sea repatriada o por causa justificada de persecución futura (aunque hasta ese momento la persona solicitante no haya sufrido ninguna persecución concreta).

Uno de los puntos más discutidos por la doctrina se refiere precisamente al significado del concepto de persecución. De hecho, no existe una definición universalmente aceptada de persecución.¹⁴ La *Board of Immigration Appeals* (BIA), órgano administrativo de apelaciones encargado de revisar las decisiones de los tribunales de inmigración de EE. UU., interpreta el concepto de “persecución” como «daño o sufrimiento infligido a una persona para castigarla por poseer una creencia o característica que un perseguidor trata de superar»,¹⁵ que puede ser infligido por el gobierno o por personas que el gobierno no puede controlar.¹⁶ El Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado de la Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR) establece que la persecución siempre incluye una amenaza a la vida u otras violaciones graves de los derechos humanos.¹⁷

En consecuencia, si la persecución consiste en actos u omisiones que constituyan una amenaza a la vida u otras graves violaciones de los derechos humanos, la violencia de género contra las mujeres, entendida a su vez como cualquier forma de violencia que afecte la vida, la dignidad, la integridad y la libertad de las mujeres, puede y debe ser considerada como una forma de persecución.

En realidad, este punto ya había sido aclarado por ACNUR, tanto en el Manual de procedimientos y criterios para la determinación de la condición de refugiado en el marco de la Convención de 1951 como en el Protocolo de 1967 relativo al *status* de los refugiados,¹⁸ según el cual los actos privados de violencia pueden ser considerados persecución si son tolerados conscientemente por las autoridades o si las autoridades se niegan o

¹⁴ SHAPIRO, S.T., *She Can do No Wrong: Recent Failures in America's immigration Courts to Provide Women Asylum From "Honor Crimes" Abroad*, en *Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L.* 18, 2010, 293-315, 293 y 302.

¹⁵ KRETKOWSKI, A.B., *Continuing Persecution: An Argument for Doctrinal Codification in Light of In re A-T and Brand X*, en *Iowa L. Rev.*, 94, 2008, 331-374, 331 y 338.

¹⁶ SHAPIRO, S.T., *She Can do No Wrong: Recent Failures in America's immigration Courts to Provide Women Asylum From "Honor Crimes" Abroad*, cit., 302.

¹⁷ UNHCR, *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, 1979 (ed. 1992 y 2019), párr. 51.

¹⁸ *Ivi*, párr. 24.

se muestran incapaces de ofrecer una protección efectiva, que en los lineamientos sobre persecución de género de 2002, donde se afirmaba que, sin duda, la violación, la violencia económica y/o patrimonial, la mutilación genital femenina, la violencia intrafamiliar y la trata, son acciones que infligen a la víctima grave dolor y sufrimiento tanto físico y mental y que han sido utilizadas como formas de persecución tanto por parte de los Estados como de actores privados.¹⁹

Persecución que también se lleva a cabo con referencia a leyes derivadas de normas y prácticas tradicionales o culturales que no siempre respetan los estándares internacionales en materia de derechos humanos.²⁰ Del mismo modo, existiría persecución con referencia a los casos en los que un Estado puede haber prohibido una práctica persecutoria, como en el caso de la mutilación genital femenina, que en la práctica continúa siendo tolerada o de hecho no puede detenerse.

La persecución por motivos de género puede adoptar diferentes formas según la cultura y el contexto en el que se produce.

En muchas culturas del Medio Oriente, el honor de una familia es sagrado y codependiente del honor y la reputación de cada miembro de la familia.²¹ En consecuencia, las acciones de un miembro de la familia que pueden deshonrarla, a ella y la comunidad, a menudo se tratan de las formas más extremas. De hecho, se cree ampliamente que el asesinato del autor de la supuesta conducta inmoral «lavará la vergüenza con sangre y restaurará el honor manchado».²² En la práctica, esto a menudo resulta en ataques violentos en contra las mujeres, en el caso de que una mujer quede embarazada fuera del matrimonio (independientemente de si el embarazo fue intencional o fue resultado de la violencia)²³ o decide divorciarse.²⁴

¹⁹ UNHCR, *Linee Guida sulla protezione internazionale n. 1, La persecuzione di genere nel contesto dell'articolo 1^a (2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*, cit., párr. 18.

²⁰ *Ivi*, párr. 10.

²¹ DEVERS, L.N., BACON, S., *Interpreting Honor Crimes: The Institutional Disregard Towards Female Victims of Family Violence in the Middle East*, in *Int'l. J. Of Criminology & Soc.*, 3, 2010, 359-371, 359 y 360.

²² PROCHAZKA, J., *There is No Honor in Honor Killings: Why Women at Risk for Defying Sexual Norms must be Considered a "Particular Social Group" Under Asylum Law*, cit., 47.

²³ ARNOLD, K.C., *Are the Perpetrators of Honor Killings Getting Away with Murder? Article 340 of the Jordanian Penal Code Analyzed Under the Convention of the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, en *Penn State Int'l L. Rev.*, 23, 2004, 1343-1409, 1345 y 1346, cuenta el caso de Amal, una joven mujer jordana de 17 años que quedó embarazada tras ser violada por un amigo de su padre. Una vez que el intento de su familia de abortar fracasó y debido a que, en Jordania, el embarazo fuera del matrimonio conlleva un

Aunque la mutilación genital femenina (en cualquiera de sus variantes) está reconocida internacionalmente como una violación de los derechos humanos de las mujeres y las niñas, aún hoy se practica en muchos países del mundo (principalmente en África, pero también en Indonesia, Malasia y Yemen)²⁵ y debe considerarse como una forma de persecución, así como la violencia sexual y la violación. Especialmente en contextos de conflicto armado, la violencia sexual y la violación no son herramientas arbitrarias de violencia: son más bien herramientas de opresión sistemática y como parte de una estrategia de guerra feroz que ve los cuerpos de las mujeres como un campo de batalla.²⁶ Incluso a nivel nacional, hasta hace poco tiempo, la violación se ha considerado como una forma de violencia privada, incluso en los casos en que se lleva a cabo con fines políticos.²⁷ Para comenzar a considerar la violación como una forma de tortura incluso fuera de conflicto, se deberá esperar hasta 1998 y el reconocimiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (facilitado por las decisiones de los años Noventa de los tribunales estadounidenses y canadienses).²⁸ Si bien suele ser pacífico otorgar el estatus de refugiadas a mujeres

estigma extremadamente negativo, mientras Amal dormía, su padre y su hermano le dispararon ocho veces con la intención de matarla. Amal sobrevivió al intento de asesinato para posteriormente ser encarcelada por el gobierno jordano.

²⁴ Véase COHAN, J.A., *Honor Killings and the Cultural Defense*, en *Cal. W. Int'l L.J.*, 40, 2010, 177-252, específicamente la pág. 195, que cuenta la historia de Samia Sarwar, una mujer paquistaní, que había tomado la decisión de divorciarse tras haber sido víctima de repetidos abusos y violencia por parte de su marido, con el que había sido forzada a casarse. Sus padres, informados de las intenciones de Samia y alarmados por la vergüenza que esto tendría para su familia, contrataron a un sicario. Con una artimaña, la madre de Samia accedió a encontrarse con ella en la oficina de su abogado. Una vez allí, el sicario disparó y mató a Samia, intentando matar también a su abogado. La madre de Samia presenció el asesinato de su hija, sin remordimiento alguno.

²⁵ NICHOLS, S., *American Mutilations: The Effects of Gender-Biased Asylum Laws on the World's Women*, en *Kan. J.L. & Pub. Pol'y*, 6, 1996, 42.

²⁶ Véase LAMB, C., *I nostri corpi come campi di battaglia. Storie di donne, guerra e violenza*, Mondadori, Milano, 2021, FLORES, M. (coord.), *Stupri di guerra. La violenza di massa contro le donne nel Novecento*, cit., y OOSTERVELD, V.; *Gender at the Intersection of International Refugee Law and International Criminal Law*, cit., 954.

²⁷ Sobre este punto véase la jurisprudencia de algunos tribunales estadounidenses y canadienses recopilada en ANKER, D.E., *Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm*, en *Harv. Hum. Rts. J.*, 15, 2002.

²⁸ *Fiscal v. Jean Paul Akayesu* (Case No. ICTR-96-4-T). Véase también la decisión de la House of Lords británica en el caso *In re-B (FC) (Appellant)* (2002). *Regina v. Special Adjudicator, Ex parte Hoxha (FC)*, [2005] UKHL 19, 10 marzo 2005, que reconoció que la violación en el contexto de un conflicto armado puede ser persecución, afirmando que las mujeres son particularmente vulnerables a la persecución a través de la violencia sexual como arma de guerra. Además, la House of Lords enfatizó que la persecución resultante de la violación puede durar mucho más allá del delito inicial, en el sentido de que la forma en que la

víctimas de violencia de género visible (como en los casos de mutilación genital femenina,²⁹ trata,³⁰ matrimonio forzado) aún hoy existe toda una serie de dificultades importantes que se encuentran con referencia a situaciones en las que la persona solicitante de protección internacional vinculada a la condición de refugiado huye de una situación de violencia doméstica o violencia privada.

víctima es tratada posteriormente dentro de su comunidad puede calificarla para el estatus de refugiada: «To suffer the insult and indignity of being regarded by one's own community (in Mrs B's words) as 'dirty like contaminated' because one has suffered the gross ill – treatment of a particularly brutal and dehumanising rape directed against that very community is the sort of cumulative denial of human dignity which to my mind is quite capable of amounting to persecution. Of course the treatment feared has to be sufficiently severe, but the severity of its impact upon the individual is increased by the effects of the past persecution. The victim is punished again and again for something which was not only not her fault but was deliberately persecutory of her, her family and her community»: cfr. Regina v. Special Adjudicator, Ex parte Hoxha (FC), cit., párr. 36.

²⁹ En este sentido, véanse también las sentencias del Tribunal de Roma, apartado I civ. de 29 de diciembre de 2014 (est. Got Mansi), relativo a una mujer de la región de Casamance en Senegal, a quien la Comisión Territorial competente le había reconocido el status atenuado de protección humanitaria. La decisión de la Comisión Territorial fue revocada por el Tribunal, tras adjuntar un certificado médico que acreditaba cicatrices compatibles con mutilación genital, reconociendo la existencia de un «fondato timore che la ricorrente possa subire violenza in ragione della sua appartenenza al genere femminile», así como constatando la existencia de un riesgo concreto y efectivo que «sia sottoposta, come in passato, nel suo Paese di origine ad un trattamento inumano e degradante quale è la pratica della mutilazione dei genitali femminili».

³⁰ En este sentido véase la decisión de la Immigration and Asylum Chamber dell'Upper Tribunal del Reino Unido en el caso TD and AD (Trafficked women) (CG) v. Secretary of State for the Home Department, 23 febrero 2016, en la que se establece que existe una obligación internacional de proteger a las víctimas de la trata y que las víctimas de la trata deben recibir protección internacional como refugiadas. En el mismo sentido una reciente decisión de la Cour nationale du droit d'asile francesa, Decisión no. 10012810, 24 marzo 2015, que reconoció que la trata debe ser considerada una forma de persecución de conformidad con la Convención sobre refugiados. En sentido contrario la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal EDH), sobre el caso L.O. v. Francia (18 junio 2015). El caso involucraba a una ciudadana nigeriana que se mudó a Francia en 2010 después de que su traficante le dijera que podía ganar dinero trabajando en Francia como niñera de sus hijos, pero en cambio se vio obligada a ejercer la prostitución. En 2011 había solicitado asilo sobre la base del riesgo de sufrir mutilación genital femenina y matrimonio forzado. Su solicitud fue rechazada por las autoridades francesas en 2013. La revisión de su solicitud de asilo como víctima de una red de trata de personas fue nuevamente rechazada. El recurso presentado ante el Tribunal EDH se basó en el hecho de que su regreso a Nigeria la expondría a un riesgo real de trato inhumano y degradante contrario al artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención EDH) (prohibición de la tortura), ya que su traficante había amenazado con hacerle daño si no pagaba su “deuda” con él. El Tribunal EDH rechazó el recurso alegando que las autoridades nigerianas podían ofrecerle suficiente protección contra cualquier riesgo de daño y proporcionarle asistencia para el retorno y, por lo tanto, no había razones serias y actuales para creer que la demandante estaría efectivamente en riesgo de trato contrario al artículo 3 al regresar a Nigeria.

3. La inclusión de la perspectiva de género en la protección internacional de las mujeres víctimas de violencia de género

Las mujeres representan casi la mitad de los solicitantes de asilo³¹ y la violencia de género es una de las principales razones por las que las mujeres huyen de su país. El marco normativo internacional sobre protección de personas refugiadas no contiene disposiciones especiales que se refieran a la protección específica de las mujeres. Si observamos la definición de “refugiado” contenida en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados adoptada por las Naciones Unidas en 1951³² podemos ver cuán neutral es con respecto al género y al sexo. Sin embargo, se trata de una neutralidad sólo aparente, dado que en realidad se trata de una legislación producto de una marcada perspectiva masculina promovida por una objetividad solamente aparente.³³ Y esta neutralidad también es confirmada por el Protocolo de Nueva York de 1967 y su *ratio* se encuentra en el hecho de que se trata de un documento internacional aprobado para dar respuesta a la necesidad de acoger a millones de ciudadanos europeos tras la Segunda guerra mundial,³⁴ como también lo demuestran las limitaciones territoriales y geográficas planteadas por el texto original de la Convención y luego removidas por el Protocolo de Nueva York de 1967.³⁵

³¹ Véanse: ARBEL, E., DAUVERGNE, C., MILLBANK, J. (eds.), *Gender in Refugee Law: From the Margins to the Centre*, Routledge, London, 2014; FREEDMAN, J., *Introduction. Gendering the International Asylum and Refugee Debate*, Basingstoke: PalgraveMacmillan, 2015; y CHEIKH ALI, H., et al., *Gender Related Asylum Claims in Europe: A Comparative Analysis of Law, Policies and Practice Focusing on Women in Nine EU Member States*, European Parliament, 2012.

³² Cuyo contenido se basó en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que reconoce el derecho de toda persona a buscar y disfrutar en otros países de asilo frente a la persecución, con la especificación de que este derecho no puede ser invocado cuando la persona sea buscada por delitos no políticos o por actos contrarios a la propósitos y principios de las Naciones Unidas.

³³ Cfr. KELLY, N., *Gender-Related Persecution: Assessing the Asylum Claims of Women*, en *Cornell Int'l L.J.*, 26, 1993, 625, específicamente 626-627. Esta neutralidad del lenguaje ha sido profundamente criticada por los movimientos feministas ya que la discriminación sistemática contra las mujeres comienza precisamente con el «lenguaje de referencia masculino en la base de todos los instrumentos jurídicos internacionales relacionados con los refugiados»: véase MAHMUD, N., *Crimes against honour: Women in international refugee law*, en *Journal of Refugee Studies*, 9, 4, 1996, 367-382.

³⁴ PROCHAZKA, J., *There is No Honor in Honor Killings: Why Women at Risk for Defying Socialsexual Norms must be Considered a “Particular Social Group” Under Asylum Law*, en *T. Jefferson L. Rev.*, 34, 2012, 445-452.

³⁵ La versión original de la Convención contenía dos importantes limitaciones estructurales. La primera limitación era de carácter temporal ya que la aplicación de la Convención

El texto de la Convención incorporó así un concepto de “persona refugiada” construido en torno a la idea de un “embajador de los valores occidentales”.³⁶

La neutralidad del concepto clásico de refugiado también debe vincularse al particular momento histórico en el que se aprobaron estos documentos, durante el que la mujer fue concebida como objeto de protección. El proceso de incorporación de la mujer como sujeto de pleno derecho, gracias a la inclusión de la perspectiva de género en la reinterpretación de la definición clásica de persona refugiada, fue posible gracias a los movimientos feministas, así como a la interpretación del derecho internacional de los refugiados a través del prisma del derecho internacional de los derechos humanos.³⁷

Será justamente gracias a los movimientos feministas de los años Sesenta y Setenta que el paradigma dominante según el que la violación de los derechos humanos de las mujeres (incluidas las adolescentes y niñas) era un tema que competía exclusivamente al ámbito privado y no al público (paradigma en torno al cual se construyó la Convención y todo el derecho de refugiados) y esta caracterización que implica la exclusión de una posible intervención del Estado,³⁸ comienza a desmantelarse, a través de un proceso bastante lento y no exento de obstáculos.

La perspectiva de género fue incorporada gracias a la interpretación institucional de ACNUR, organismo que funciona meramente como un “guardián” de la Convención que ha permitido garantizar la protección de las mujeres que sufren persecución por violencia de género a través de una interpretación progresista de un texto formalmente anacrónico, que exige que para poder otorgar protección internacional se debe estar dentro de alguna de las razones taxativas señaladas en la Convención de 1951 (raza, religión, nacionalidad, grupo social u opinión política), dejando a las mujeres víctimas de violencia de género la única “escapatoria” con la ambigua categoría del “grupo social determinado”.

se limitaba a los hechos ocurridos antes del 1 de enero de 1951. El segundo límite era de carácter geográfico, ya que la aplicación se limitaba únicamente a los países europeos.

³⁶ Así RIGO, E., *La protezione internazionale alla prova del genere: elementi di analisi e problematiche aperte*, en *Questione Giustizia*, 2, 2018, 117-128, específicamente p. 118, retomando TUITT, P., *False Images. Law's Construction of the Refugee*, Pluto Press, 1996.

³⁷ ANKER, D.E., *Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm*, en *Harv. Hum. Rts. J.*, 15, 2002, 133.

³⁸ Sobre este punto se reenvía a KELLY, N., *The Convention Refugee Definition and Gender-Based Persecution: A Decade's Progress*, en *International Journal of Refugee Law*, 13, 2002, 559-568; EDWARDS, A., *Transitioning Gender: Feminist Engagement with International Refugee Law and Policy*, en *Refugee Survey Quarterly*, 29, 2010, 21-45; FREEDMAN, J., *Gendering the International Asylum and Refugee Debate*, Palgrave, 2015.

En particular, para gozar de la protección internacional prevista por la Convención de 1951, es necesario que concurren cuatro elementos: primero, la persona solicitante debe encontrarse fuera de su país de origen; en segundo lugar, la persona que solicita protección internacional no puede o no quiere acogerse a la protección de su país de origen; el tercer elemento está representado por el hecho de que esta imposibilidad o falta de voluntad debe ser atribuible a un temor fundado de persecución; finalmente, la persecución en la que el solicitante ha fundado el temor debe basarse estrictamente en una de las siguientes razones/condiciones: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política. Se trata de condiciones determinantes, en ausencia de estas la solicitud de refugio no será aceptada.³⁹ Las mujeres víctimas de violencia de género huyen de su país porque son objeto de persecución por el mero hecho de ser mujeres y se ven obligadas a encuadrar su solicitud de asilo en alguna de las categorías señaladas por la Convención de 1951 que tienen una lógica completamente androcéntrica. En consecuencia, se ven obligadas a adscribirse en la ambigua categoría de pertenecer a un determinado grupo social,⁴⁰ con todas las dificultades que serán analizadas en las páginas siguientes.

En realidad, para tener un documento – aunque sea de *soft law* – que reconozca la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la evaluación de las solicitudes de protección internacional, se deberán esperar otros cincuenta años. Desde la Convención, en 2002, ACNUR adoptó directrices sobre persecución de género,⁴¹ donde se hace referencia explícita a las mujeres como un determinado grupo social. De acuerdo con estas pautas «el sexo puede ser subsumido en la categoría de ‘grupo social’, siendo las mujeres un claro ejemplo de subgrupo social definido por características innatas e inmutables, y que por lo general recibe un trato diferenciado al de hombres. Sus características también las identifican como grupo ante la sociedad, la cual las somete a diferentes tratos y normas en algunos países».⁴²

Además, el artículo 60 del Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia

³⁹ OOSTERVELD, V., *Gender at the Intersection of International Refugee Law and International Criminal Law*, en *Journal of International Criminal Justice*, 12, 5, 2014, 953-974.

⁴⁰ PLANT, V., *Honor Killings and the Asylum Gender Gap*, en *J. Transnat'l L. & Pol'y*, 15, 2005, 109, 110 y 120.

⁴¹ ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, 7 mayo 2002 (HCR/GIP/02/01).

⁴² *Ivi*, párr. 30.

doméstica (conocida como Convención de Estambul) establece que los Estados «adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que la violencia contra las mujeres basada en el género pueda reconocerse como una forma de persecución en el sentido del artículo 1, A (2) del Convenio, relativo al estatuto de los refugiados de 1951 y como una forma de daño grave que da lugar a una protección complementaria o subsidiaria».

Varios Estados, conscientes de que las mujeres que buscan protección internacional a menudo experimentan la persecución de manera diferente a los hombres refugiados, han adoptado directrices sobre las mujeres que buscan asilo, como Australia,⁴³ Canadá,⁴⁴ los Países Bajos,⁴⁵ Noruega,⁴⁶ Sudáfrica,⁴⁷ el Reino Unido⁴⁸ y los Estados Unidos.⁴⁹ Algunos Estados adoptan un enfoque diferente y han incluido “sexo” o “género” en la lista de motivos de la Convención en su legislación nacional.⁵⁰

En Europa, se plantea explícitamente la necesidad de interpretar la normativa sobre protección internacional teniendo en cuenta la identidad de género: pero a pesar de este aparato normativo *gender sensitive*, aún en Europa, aún hoy, existen importantes lagunas en referencia a la protección y reconocimiento efectivo de los derechos de las mujeres que buscan protección. Esta evolución ha permitido la inclusión de la perspectiva de género en la concesión de las solicitudes de asilo presentadas por mujeres víctimas de violencia de género como se verá en las siguientes páginas.

⁴³ Guidelines on Gender Issues for Decision Makers 1996 (Australia) y Gender Guidelines 2012 (Australia).

⁴⁴ Guidelines for Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution 2003 (Canadá) [Canada, ‘Guidelines for Women Refugee Claimants’].

⁴⁵ Aliens Act Implementation Guidelines 2000 (Países Bajos).

⁴⁶ Guidelines – Persecution for Other Reasons 1998 (Noruega).

⁴⁷ Gender Guidelines for Asylum Determination 1999 (Sudáfrica).

⁴⁸ Asylum Gender Guidelines 2000 (Reino Unido) y Gender Issues in the Asylum Claim 2006 (Reino Unido).

⁴⁹ Considerations for Asylum Officers Adjudicating Asylum Claims From Women 1995 (Estados Unidos) y Gender Guidelines for Overseas Refugee Processing 2000 (Estados Unidos).

⁵⁰ La section 1 del Refugee Act 1996 (Irlanda), s. 1 (in defining membership of a particular social group); y la Refugee Act 1998 (Sudáfrica), cap. 1(1), also defining membership of a particular social group. Spain’s Equality Act (2007) included within the definition of ‘refugee’ “foreign women who are fleeing from their countries of origin due to a justified fear of suffering persecution on the grounds of gender” art. 65: Constitutional Act 3/2007 marzo 2022 for effective equality between women and men (Organic Law 3/2007), 2007 (España) [Spain, Equality Act]. Véase, además: EDWARDS, A., *Age and Gender Dimensions in International Refugee Law*, en FELLER, E., TURK, V., NICHOLSON, F. (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003, 56.

4. Reflexiones finales: hacia la elaboración de un gender sensitive test

A pesar de los importantes avances y logros que se han producido tanto a nivel internacional como nacional en cuanto a la inclusión de la perspectiva de género en la protección internacional de las mujeres, todavía queda demasiado por hacer. Las áreas de oportunidad derivan, principalmente, de la persistencia que todavía hoy existe de esa impronta androcéntrica que ha marcado durante mucho tiempo, tanto la definición imperante de “persona refugiada” en el derecho internacional, así como de la idea de dar a conocer a los actores los motivos fundados de persecución que justificarían la concesión de la protección internacional.⁵¹ Por el contrario, la así denominada “persecución privada”, llevada a cabo por sujetos particulares, sin ningún vínculo con el gobierno, no se encontraba entre los criterios tomados en consideración para el otorgamiento de protección internacional.⁵² Estos datos han llevado a la exclusión y marginación de las mujeres, percibidas como menos involucradas activamente en la acción política (sobre la que se construyó la Convención de 1951) que los hombres.⁵³

Son varios los obstáculos que aún hoy se encuentran presentes para alcanzar una completa protección internacional *gender sensitive* y que podrían ser fácilmente superados mediante la inclusión de la perspectiva de género, entendida como una herramienta metodológica creada por las teorías feministas que debería permitirnos erradicar las desigualdades de poder creadas por las diferencias biológicas, sociales o anatómicas entre hombres y mujeres.⁵⁴ La aplicación de la perspectiva de género, por tanto, permitiría incidir en las relaciones desiguales de poder y subordinación de las mujeres respecto de los hombres. En este sentido, juzgar desde una perspectiva de género implica una rigurosa actividad de análisis y argumentación por parte de los jueces, quienes necesariamente deben identificar la existencia, o no, de algún factor de género que incida en cada caso

⁵¹ ARBEL, E., DAUVERGNE, C., MILLBANK, J. (eds), *Gender in Refugee Law: From the Margins to the Centre*, cit., 3.

⁵² BINDER, S., TOŠIĆ, J., *Refugees as a particular form of transnational migrations and social transformations: Socioanthropological and gender aspects*, en *Current Sociology*, 53, 4, 2005, 607-624.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ RUBIN, G., *The Traffic in Women: Notes on the 'Political Economy' of Sex*, in R.R. REITER (ed.), *Toward an Anthropology of Women*, en *Monthly Review Press*, 1975; LAMAS, M., *La antropología feminista y la categoría 'género'*, en *Nueva Antropología*, 30, 1986, 173-198, 191.

concreto. Este enfoque permite dictar los correctivos necesarios, sin perjuicio de prejuicios o estereotipos que puedan reproducir y fortalecer relaciones desiguales de poder. Su aplicación es necesaria para superar todos los obstáculos que se puedan identificar.

Se podría pensar en un *test gender sensitive* articulado en cuatro momentos derivados de la jurisprudencia comparada sobre el tema.⁵⁵ El primer elemento es representado por la superación de la idea que la violencia de género contra las mujeres se siga percibiendo como una cuestión privada.⁵⁶ Esta percepción es particularmente evidente con referencia a casos de violencia doméstica familiar. A menudo, las solicitudes de protección internacional presentadas por una mujer víctima de violencia de género sufrida en el espacio doméstico y familiar, por ejemplo, tratándose de delitos de honor,⁵⁷ son rechazadas precisamente bajo el argumento de que se trataría de un asunto privado. Este obstáculo se supera fácilmente cuando se considera que la violencia doméstica, incluso si ocurre en un contexto privado, de cualquier modo, constituye una forma de violencia de género. Esta es la orientación imperante tanto a nivel normativo en los documentos internacionales de derechos humanos,⁵⁸ como también a nivel jurisprudencial.⁵⁹

⁵⁵ Para un análisis más desarrollado sea permitido reenviar a SPIGNO, I., *The Difficult Inclusion of the Gender Perspective in the Protection of Migrant Women in Latin America*, en *AboutGender International Journal of Gender Studies: Undoing Gender and Migration Stereotypes. For a Critical Analysis of Stereotypes in the Relation between Gender and Migration*, Vol. 10, No. 20, 2021.

⁵⁶ COOK, R., *State Responsibility for Violations of Women's Human Rights*, in *Harvard Human Rights Journal*, 7, 1994, 125-175; CHARLESWORTH, H., *Human Rights as Men's Rights*, en PETERS, J, WOLPER, A. (eds.), *Women's Rights, Human Rights, International Feminist Perspective*, Routledge, London, 1995, 103-114.

⁵⁷ Véase a este propósito la sentencia del Tribunal EDH A.A. and others v. Sweden, 28 junio 2012, con la que el juez europeo ordenó la expulsión de seis demandantes y sus hijos de Suecia a Yemen. Los demandantes habían declarado que, si eran expulsados, corrían el riesgo real de ser víctimas de crímenes de honor en violación de los artículos 2 (derecho a la vida) y 3 (prohibición de la tortura) de la Convención EDH. Sin embargo, la mayoría del Tribunal EDH concluyó que no había razones de fondo para creer que los solicitantes correrían un riesgo real de ser asesinados o sometidos a un trato contrario al artículo 3 de la Convención si fueran deportados a Yemen. De fundamental importancia es la opinión disidente del juez Power-Forde quien subraya cómo «...the risk of ill-treatment which the applicants would face, if deported, relates, primarily, to the first, second and fifth – all of whom are women – and to the sixth applicant who is a 13-year-old girl ... These women fall within a group of “vulnerable individuals” entitled to State protection. Such protection is not only unavailable in their home country; it is not even considered necessary. The beating of women, their forced isolation or imprisonment and forced early marriage are not addressed in Yemeni law. Marital rape is not a criminal offence. Violence against women and children is considered ‘a family affair’ and there is no minimum age for marriage».

⁵⁸ Véase *supra*.

⁵⁹ Sobre la misma línea véase en Alemania la decisión de la Administrative Court Gel-

El segundo elemento hace referencia a la valoración de la credibilidad de la persona que solicita protección internacional. En este sentido, la inclusión de la perspectiva de género es fundamental en cuanto a la credibilidad de la solicitante y la carga de la prueba. En los procedimientos de análisis de las solicitudes de asilo, muchas veces se cuestiona la credibilidad de la mujer. Muy a menudo se trata de mujeres víctimas de crímenes de honor a quienes, por ejemplo, se les puede haber enseñado a no hablar nunca de temas de sexualidad o a no mirar a los hombres a los ojos. En muchos de estos casos es difícil tener pruebas de la violencia de género y de la ausencia de protección estatal.⁶⁰ A menudo, la persona solicitante víctima de violencia de género puede sufrir un estrés postraumático que se traduce en la dificultad de contar su historia de forma segura y coherente.⁶¹ Indicadores como el contacto visual, la retención de la memoria y la narración de historias son los mismos indicadores que utilizan los jueces para evaluar la credibilidad.⁶² En muchos casos de violencia de género

senkirchen, 18 julio 2013 (5a K 4418/11.A). Esta orientación, desafortunadamente, no es pacífica: con la sentencia R.H. v. Sweden, 10 septiembre 2015, el Tribunal EDH, consideró que la expulsión del demandante a Mogadishu (Somalia) no habría dado lugar a una violación del art. 3 de la Convención EDH. La demandante había sido obligada a casarse con un hombre mayor en contra de su voluntad y en ese momento había tenido una relación secreta con un chico de la escuela. Relación que había sido revelada pocos días después del matrimonio forzado, cuando la demandante y el chico habían intentado escapar juntos y habían sido descubiertos por los tíos de la joven. El demandante fue golpeado y hospitalizado durante varios meses. Los dos jóvenes luego huyeron de Somalia y se embarcaron en un largo viaje a través de Etiopía, Sudán y Libia antes de tomar un barco a Italia. Sin embargo, el barco se hundió y su novio no sobrevivió. Más tarde, mientras la demandante estaba en Suecia, se enteró de que su padre también había muerto en 2010 y su madre en 2011. La demandante argumentó, entre otras cosas, que, si regresaba a Somalia, en el mejor de los casos sería devuelta al hombre con el que había sido obligada a casarse y, en el peor de los casos, sentenciada a muerte a manos de sus tíos por escapar del matrimonio y del país. La solicitante también afirmó que no tenía una red de apoyo masculino en Somalia y, por lo tanto, corría el riesgo de ser agredida sexualmente. La Swedish Migration Board rechazó la solicitud de asilo de la solicitante y ordenó su deportación a Somalia, creyendo que la solicitud estaba viciada por problemas de credibilidad. El juez de Estrasburgo también concluyó, por cinco votos a favor y dos en contra, que la expulsión del demandante a Mogadishu en Somalia no daría lugar a una violación del artículo 3 de la Convención EDH, subrayando que las «declaraciones del demandante sobre el asunto, sus experiencias personales y los peligros que enfrenta a su regreso no se han hecho plausibles... tiene una familia que vive en la ciudad, incluidos un hermano y los tíos. Por lo tanto, se debe considerar que tiene acceso tanto al apoyo familiar como a una red de seguridad masculina».

⁶⁰OOSTERVELD, V., *Gender at the Intersection of International Refugee Law and International Criminal Law*, cit., 954.

⁶¹Véase CHEIKH ALI, H., et al., *Gender Related Asylum Claims in Europe: A Comparative Analysis of Law, Policies and Practice Focusing on Women in Nine EU Member States*, cit., 131.

⁶²LIEBERMAN, I., *Women and Girls Facing Gender Based Violence, and Asylum Jurisprudence*, en *Hum. Rts.*, 29, 2002, 9-11.

y violencia doméstica, la carga de la prueba de la existencia de un temor justificado recae sobre la parte que solicita la protección internacional y esta circunstancia puede constituir un agravio adicional para la mujer víctima de violencia doméstica. La incompreensión de las ideas culturales recurrentemente hace que los candidatos parezcan poco confiables. Aplicar una perspectiva de género en este punto implicaría también la necesidad de analizar las normas culturales y sociales desde una perspectiva de género.

El tercer elemento consiste en aplicar la perspectiva de género al nexo de causalidad exigido por la Convención de 1951 entre el temor fundado de ser perseguido y uno de los supuestos previstos en la Convención (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas). Este nexo de causalidad debe leerse en el sentido de que el fundado temor de persecución debe existir “a causa de” uno de los supuestos mencionados. Sobre este punto, la inclusión de la perspectiva de género ayudaría a determinar el nexo de causalidad que debe existir entre el temor justificado de persecución y uno de los motivos enumerados taxativamente en la Convención. Salvo que concurra alguno de los otros motivos enlistados taxativamente por la Convención, la UNHCR ha precisado que la violencia de género contra las mujeres se produce normalmente por su pertenencia a la categoría de “un determinado grupo social”. En muchos casos, las solicitudes de protección internacional son rechazadas porque la persona que solicita refugio no pudo acreditar adecuadamente su pertenencia a esta categoría, que se caracteriza por ser algo ambigua.⁶³ Esta ambigüedad, debido al hecho de que no existe una definición de un “determinado grupo social”, ha dejado a los tribunales en libertad para fijar sus propios estándares, lo que ha dado lugar a que dicha libertad tenga aplicaciones y resultados muy diferentes.⁶⁴

El cuarto y último elemento es representado por la prueba de la existencia del nexo de causalidad. En muchos casos de violencia de género contra las mujeres, los principales perpetradores de la violencia son actores privados (esposos, padres, hermanos, familiares), quienes en muchos contextos no son conscientes que sus actos son ilegales. A menudo, se trata de personas que actúan con la creencia de que respetan ciertas reglas

⁶³ Esta ha sido la respuesta dada por los jueces en el caso decidido por la BIA en 1999, In re R-A-, 22 I. & N. Dec. 906, 908-09, 917, considerando en particular que «Guatemalan women who have been involved intimately with Guatemalan male companions, who believe that women are to live under male domination», no podían constituir un determinado grupo social.

⁶⁴ PROCHAZKA, J., *There is No Honor in Honor Killings: Why Women at Risk for Defying Socialsexual Norms must be Considered a “Particular Social Group” Under Asylum Law*, cit., 454.

religiosas, preservan la identidad del grupo y mantienen la unidad cultural, protegen la pureza y el honor de la familia evitando la inmoralidad y promoviendo los objetivos del matrimonio, o simplemente debido a la creencia en la superioridad masculina (que no conciben como algo malo).⁶⁵ En estos casos, la prueba del nexo de causalidad existente entre los actos de violencia doméstica cometidos y la pertenencia al grupo de mujeres (y por lo tanto que el acto cometido se cometió precisamente por la pertenencia de la víctima al grupo de mujeres) puede ser bastante complicado de probar. Además, en los casos en que tales actos son cometidos por particulares, el temor fundado de persecución se manifiesta entonces en el hecho de que el Estado no puede proteger a las víctimas.⁶⁶ En estos casos, el temor fundado de persecución radica precisamente en la falta de protección estatal contra las mujeres víctimas de violencia doméstica.

Quizás los pasos de este *test* pueden servir de orientación para superar todas aquellas disparidades que existen en las leyes, políticas y prácticas de los Estados en el tratamiento de las solicitudes de asilo relacionadas con el género, y permitir llevar a cabo adecuadamente una interpretación sensible al género en la implementación total de las directrices a pesar de los esfuerzos transnacionales antes mencionados.⁶⁷

⁶⁵ Sobre la discusión acerca del rol de las mujeres en ciertos contextos sociales véase LEGR-LEHNARDT, R., *Treat Your Women Well: Comparisons and Lessons from an Imperfect Example Across the Waters*, en S. ILL. U. L.J. 26, 2002, 403 y 408.

⁶⁶ Véase GOODWIN GILL, G.S., *The Refugee in the International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 786, quien subraya que el derecho internacional de los refugiados no exige que la persecución deba ser a manos del Estado.

⁶⁷ CHEIKH ALI, H., *et al.*, *Gender Related Asylum Claims in Europe: A Comparative Analysis of Law, Policies and Practice Focusing on Women in Nine EU Member States*, cit., 1.

CAPÍTULO 10

La migración venezolana en el Perú y la adecuación de la legislación migratoria a los estándares interamericanos de derechos humanos desde una perspectiva de género

*Ena Carnero Arroyo*¹

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Características de la migración venezolana en el Perú. – 2.1. Perfil de la población venezolana. – 2.2. Situación de la mujer migrante venezolana en el Perú. – 3. La legislación migratoria peruana a la luz de los estándares interamericanos de derechos humanos sobre movilidad humana desde una perspectiva de género. – 3.1. El nexo entre género y derechos humanos. – 3.2. Los estándares interamericanos de derechos humanos en materia migratoria. – 3.2.1. Los estándares interamericanos de protección de los derechos de los y las migrantes. – 4. La legislación migratoria peruana y su adecuación a los estándares interamericanos de derechos humanos.

1. Introducción

La migración venezolana sigue considerándose una de las mayores crisis migratorias del mundo. América Latina y el Caribe albergan al 84% de las personas que salen de Venezuela, forzadas por distintos motivos, que van desde la falta de alimentos, medicinas, seguridad, violencia hasta la violación de sus derechos humanos. Entre el 5 y 8 de febrero de 2020, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su visita in loco a Colombia, observó que había recibido más de 1.6 millones de migrantes de Venezuela, convirtiéndose en el mayor receptor de personas venezolanas. Asimismo, pudo comprobar el impacto diferenciado de género que tiene la crisis humanitaria en las niñas y mujeres migrantes.

En el Perú, que es el segundo país en recibir personas venezolanas, se observa que a pesar de la pandemia los flujos migratorios provenientes de

¹ Profesora principal de Derecho Internacional Público y de Derecho de integración en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la universidad Nacional de Trujillo.

Venezuela no han disminuido y siguen ingresando de forma irregular, a pie, a través de la frontera terrestre con el Ecuador. Esta situación es bastante riesgosa, sobre todo para las mujeres, niñas, los niños no acompañados (NNA), que se exponen a la trata de personas o tráfico de migrantes.

La movilidad humana venezolana se caracteriza por estar constituida por flujos mixtos de personas, migrantes y refugiados en busca de protección internacional o no, siguiendo la misma ruta y teniendo como lugar de destino el mismo Estado.

La respuesta de los Estados latinoamericanos; en especial de los andinos ha sido las reformas de su legislación y políticas migratorias para tratar de regularizar la situación de los migrantes venezolanos; sin embargo, la práctica de las expulsiones colectivas, actos de xenofobia y criminalización de la migración aún subsisten.

El Perú es uno de los países que empezó a reformar su legislación migratoria desde el 2015, tratando de incorporar un enfoque de derechos humanos. En el 2017, se aprobó una nueva ley migratoria, el Decreto Legislativo 1350, que tiene como uno de sus principios el respeto de los derechos humanos; pero al mismo tiempo plasma el enfoque de seguridad. Lo mismo sucede con la Nueva Política Migratoria que incluye el enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género; no obstante, estos cambios no han contribuido a reducir la brecha de desigualdad producto del impacto desproporcionado del proceso migratorio en las mujeres migrantes venezolanas y cuyo número está creciendo en el país.

En el presente trabajo se estudia si la legislación migratoria peruana se ha adecuado a los estándares interamericanos de derechos humanos. En el análisis de los estándares desarrollados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), encontramos que son limitados en cuanto a un marco normativo especializado en protección de derechos de las mujeres migrantes y refugiadas; pero en la revisión de los estándares de las obligaciones generales del principio de igualdad y no discriminación en virtud de la aplicación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH); así como su jurisprudencia en cuestiones de género y violencia contra la mujer, en correspondencia con las obligaciones especiales de los Estados partes de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, nos arroja una salida para aplicar un control de convencionalidad de estas obligaciones y poder visibilizar a través del marco normativo nacional las necesidades distintas de las mujeres migrantes.

El Perú cuenta con la base normativa constitucional al reconocer que los tratados en vigor son parte de su derecho interno y disponer de una

cláusula interpretativa a favor de los derechos humanos. La práctica del Tribunal Constitucional también cuenta con la aplicación del control de convencionalidad y la perspectiva de género. Por lo tanto, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales debe no solo adecuar su legislación interna a los estándares interamericanos en materia de derechos humanos aplicando un enfoque de género y diferencial; sino también organizar todo el aparato estatal para tal fin.

2. Características de la migración venezolana en el Perú

2.1. Perfil de la población venezolana

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)² en su Informe sobre “Institucionalidad Democrática, Estado de Derecho y Derechos Humanos en Venezuela”, concluye que “al progresivo debilitamiento de la institucionalidad democrática en el país se suma la crisis socioeconómica, así como las masivas violaciones a los derechos políticos, económicos y sociales; en particular las amenazas al derecho a la vida, a la salud, alimentación, al trabajo, entre otros, de la población venezolana”.

En la resolución 2/18,³ aprobada en el marco de su 167 período de sesiones, de fecha 2 de marzo de 2018, la CIDH insta a los Estados miembros de la OEA a “Garantizar el reconocimiento de la condición de refugiado a las personas venezolanas”, debido a la situación de violencia y de violaciones masivas de los derechos humanos, en los términos de la Declaración de Cartagena de 1984.

Según la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en el 2019, la cifra de refugiados y migrantes de Venezuela en todo el mundo ascendía a 3.4 millones. América Latina y el Caribe había acogido 2.7 millones de venezolanos. Colombia es el país con mayor número de refugiados y migrantes venezolanos, con un número de más de 1.100.000, seguida por Perú con 506.000, Chile con 288.000, y Ecuador con 221.000.

El Grupo de Trabajo para Refugiados y Migrantes (GTRM Perú), en su “Análisis Conjunto de necesidades 2022”-Plan Regional de Respuesta para Refugiados y Migrantes, señala que el Perú se ha consolidado como el segundo país a nivel mundial que ostenta el mayor número de migrantes y refugiados venezolanos, sobrepasando más de 1.29 millones de personas.

² CIDH, Informe sobre “Institucionalidad Democrática, Estado de Derecho y Derechos Humanos en Venezuela”, 31 de diciembre de 2017, 30.

³ CIDH, Res. 218, 3.

Asimismo, se calcula que la cifra de refugiados y migrantes en permanencia llega a 1,011,500; los refugiados y migrantes en tránsito suman 66,000 y la comunidad de acogida es de 617,500 personas (p. 7).

Observamos que a pesar de la pandemia los flujos migratorios provenientes de Venezuela al Perú no han disminuido y siguen ingresando de forma irregular, a pie, a través de Tumbes (frontera terrestre con el Ecuador) y de Tacna (frontera sur con Chile). Esta situación es bastante riesgosa, sobre todo para los adultos mayores, los NNA, las niñas y mujeres que se exponen a la trata o tráfico de migrantes.

La mirada a estos datos nos permite advertir que se trata de una migración forzada por la crisis político-económica en Venezuela, el atentado a los derechos humanos y la falta de seguridad alimentaria, laboral, entre otras causas.

En lo que respecta a la composición de esta población migrante, según la “Encuesta dirigida a la población venezolana que reside en el país” (ENPOVE),⁴ el 52,3% de la población venezolana que reside en el país son hombres y el 47,7% mujeres. Asimismo, la mayoría de esta población es joven, pues el 52,0% tienen entre 20 a 34 años.

En relación con su situación migratoria los resultados de la encuesta también muestran que el 88,8% se encuentran en calidad regular o en proceso de regularizar su situación (con PTP, solicitantes de PTP, refugiados, solicitantes de refugio, DNI, visa de estudiante o visa de trabajo). El 7,1% está en calidad irregular (solo con cédula de identidad o sin calidad migratoria) y 4,1% se encuentra en calidad de turista. Las cifras relativas al acceso a la salud son preocupantes. Solo el 8,5% de la población venezolana tiene seguro de salud. De este grupo, el 53,5% tienen cobertura del Seguro Integral de Salud (SIS), el 29,4% del Seguro Social de Salud (Es-Salud), el 17,1% tienen seguro privado.⁵

En lo concerniente al nivel de educación,⁶ el 37,9% de la población venezolana de 15 y más años tiene estudios universitarios (24,9% con estudios universitarios completos) y el 0,8% postgrado; el 19,2% tienen un nivel educativo de técnico superior (15,5% superior técnico completo).

De esta población migrante, las mujeres están mejor preparadas académicamente en comparación a los hombres; teniendo el 42,5% educación universitaria (30,7% tienen estudios universitarios completos y 11,8% incompletos); en cambio del 33,7% de los hombres tiene educación universitaria, (19,6% estudios universitarios completos y el 14,1% incompletos).

⁴ INEI (Instituto Nacional de Estadística e Informática), ENPOVE 2018, 9.

⁵ *Ídem*, 10.

⁶ *Ídem*, 11.

El GTRM Perú,⁷ ha identificado las siguientes necesidades como prioritarias para la población venezolana: mayor acceso a información y orientación, acceso a la documentación y regularización, generación de medios de vida y acceso al trabajo decente y mitigar la discriminación y xenofobia.

De acuerdo con los Informes de Monitoreo de Flujos de Población Venezolana (Reporte 13),⁸ de enero de 2022 y (Reporte 14),⁹ de marzo de 2022, se observa un número importante de personas venezolanas en riesgo de aumentar su vulnerabilidad. Se trata de las familias que ingresan con NNA, mujeres en periodo de lactancia, mujeres solas, mujeres embarazadas, embarazadas/lactantes.

2.2. Situación de la mujer migrante venezolana en el Perú

El reporte del monitoreo de flujo de población venezolana en el Perú (DTM-Reporte 6, p. 8), de septiembre de 2019, indica una tendencia al aumento de la proporción de mujeres venezolanas en comparación con el flujo de hombres. En la frontera norte de la ciudad de Tumbes, las mujeres encuestadas representaron el 58% del total de población consultada, mientras que el 42% fueron hombres. En la frontera sur de la ciudad de Tacna, el porcentaje de mujeres encuestadas ascendió a un 56 %, en oposición al de los hombres representado por un 44%.

La tendencia al aumento de la proporción de mujeres migrantes es un fenómeno mundial. El relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, en su Informe del 15 de abril de 2019, sobre “Los efectos de la migración en las mujeres y las niñas migrantes: una perspectiva de género”, señala que: “A pesar de la creciente proporción de mujeres migrantes, hay una importante falta de información y de datos sobre la migración de las mujeres y las niñas. La mayoría de los países, no mantienen un sistema amplio de gestión de datos que reúna información desglosada por sexo y edad durante la llegada y la partida y no diferencian entre los distintos tipos de movimiento”.¹⁰

De acuerdo con un estudio realizado por el Instituto Democracia y Derechos humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, sobre “Las mujeres migrantes y refugiadas venezolanas y su inserción en el mercado

⁷ GTRM Perú 2022 (Grupo de Trabajo para Refugiados y Migrantes), 6.

⁸ OIM (Organización Internacional para las Migraciones), Reporte 13, 3.

⁹ OIM (Organización Internacional para las Migraciones), Reporte 14, 3.

¹⁰ ONU. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (ACNUDH), Informe del relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, 5.

laboral peruano: dificultades, expectativas y potencialidades” (p. 24), se identificaron distintas situaciones de las mujeres venezolanas en el país. Así, un primer grupo tenía condición regular con residencia y por lo tanto accedieron al permiso temporal de permanencia (PTP) y luego al carné de extranjería. Otro grupo en situación regular temporal solo cuenta con el PTP; en el tercer grupo están las mujeres que, habiendo ingresado de forma regular al país, pero que no pudieron obtener el PTP por cuestiones económicas y por último se identificaron mujeres que ingresaron irregularmente al país y no han podido regularizar su situación. De las encuestadas con condición migratoria regular, el 35.2% contaba con carné de extranjería y el 57.8% con PTP. Si tenemos en cuenta que los únicos documentos que permiten trabajar legalmente en el país son el carné de extranjería, el PTP o el carné de solicitante de refugio, entonces la situación económica de las mujeres migrantes venezolanas es bastante precaria; lo cual las limita en el acceso a su derecho al trabajo, salud, educación y justicia.

En el análisis rápido de género (ARG) realizado por CARE¹¹ en el 2020, el 52.4% de las mujeres encuestadas señalaron ser jefas de hogar, encontrándose el 44% entre 20 y 49 años. De este grupo, un 0.8% del total de mujeres tienen entre 12 y 17 años. Los grupos familiares con mayor número de personas están liderados por mujeres.

Las mujeres también experimentan obstáculos para acceder al derecho a la salud. Uno de ellos es la carencia de recursos humanos suficientes que ofrece el Ministerio de Salud del Perú (MINSA) y el otro es el acceso a la información.

El acceso al trabajo también se dificulta por la nacionalidad, el género y la condición de ser migrante. A pesar de ser personal calificado el mercado no lo reconoce.

La imagen hipersexualizada de las mujeres venezolanas que tienen los hombres en el país hace que las califiquen para trabajos feminizados y realicen tareas como la de azafatas, personal de limpieza y otras similares. La mayoría de estas mujeres cuentan con el Permiso Temporal de Permanencia (PTP) o de solicitud de refugio. También han sido abusadas sexualmente y acosadas. Como vemos las mujeres venezolanas sufren discriminación interseccional debido a su nacionalidad, género y condición de migrante.¹²

La violencia de género respecto a las mujeres venezolanas se ha ido acrecentando. Por ejemplo, entre los años 2017 y 2018, los Centros de

¹¹ CARE Perú, Análisis rápido de género, 10.

¹² Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima, 2019, 3.

Emergencia Mujer (CEM) del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables¹³ (MIMP), que prestan servicios especializados gratuitos a las mujeres víctimas de violencia e integrantes del grupo familiar, atendieron, en el 2017, 203 casos de mujeres migrantes. El 22.7% constituyó el mayor porcentaje de víctimas atendidas y correspondió a las mujeres venezolanas. En el 2018 nuevamente las mujeres venezolanas ocuparon el primer lugar de víctimas de violencia con un porcentaje de 56.8% de 646 mujeres migrantes atendidas. La tasa de crecimiento del 218% de los casos de violencia de género entre estos años es un indicador de la urgente necesidad de aplicar políticas migratorias con perspectiva de género.

3. La legislación migratoria peruana a la luz de los estándares interamericanos de derechos humanos sobre movilidad humana desde una perspectiva de género

3.1. El nexo entre género y derechos humanos

En las Declaraciones y tratados de derechos humanos se reconoce que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”: En la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, art.1); en el Preámbulo de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y en el Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Al mismo tiempo que se reconoce la universalidad de estos derechos, se establecen una serie de derechos y libertades a “toda persona” o a “todo individuo”; es decir que se reconoce la universalidad de los derechos humanos por el solo hecho de ser humano, sin tener en cuenta la diversidad humana y cultural. Se presume entonces que todas las personas, sin distinción, son sujetos de derechos.

Inicialmente, entonces, los derechos humanos se reconocieron como abstractos, cuyos sujetos titulares eran todas las personas, excluyendo las necesidades, experiencias e intereses de las mujeres y de otras personas, incluso de los hombres¹⁴ con diferente estatus económico, de raza o etnia diferentes, credos, etc. En relación con el sujeto mujeres la noción de un

¹³ Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), Observatorio Nacional de la Violencia contra las mujeres, Violencia de Género hacia las mujeres migrantes y refugiadas en el Perú, Lima, 2019, 19.

¹⁴ FACIO, A., *Los Derechos Humanos de las Mujeres son Derechos Humanos*, pág. 36. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31195.pdf>.

sujeto abstracto significa ignorar la condición sexuada de los sujetos, cuyas vivencias y realidades están determinadas por la construcción de género.¹⁵

Con el desarrollo de los derechos humanos, hubo avances significativos al reconocerse que los derechos de las mujeres eran derechos humanos¹⁶ y, que la violencia contra la mujer no solo es una ofensa a la dignidad humana, sino también “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres”.¹⁷ Surgieron también tratados que reconocen derechos a otros grupos sociales como los niños, las personas mayores, personas con discapacidad, indígenas, etc.

Estos progresos son el impulso para encontrar una herramienta que permita analizar el impacto de las reglas sociales y las relaciones de poder en la legislación, las políticas públicas, las prácticas estatales, en los derechos humanos de los distintos grupos sociales, con el fin de mejorar la protección de estos derechos y la situación de desigualdad y discriminación en que viven unos grupos en relación con otros.

El género es una construcción social de los roles y funciones que deben desempeñar las mujeres y hombres en base a las diferencias de sexo. Se basa en estereotipos creados para justificar la discriminación de género. Un enfoque de género entonces ayuda a visibilizar las relaciones de subordinación en que se encuentran las mujeres en la sociedad, cuestiona los conceptos que fundamentan los roles sociales de hombres y mujeres y también “la neutralidad aparente de las normas jurídicas y de las definiciones de derechos humanos que no reconocen las diferencias de las personas y que inciden sobre la desigualdad”.¹⁸

La asignación de los roles y estereotipos de género están en el tejido social de la sociedad; desde la familia hasta en la sociedad y en todas las instituciones estatales. Por esta razón la discriminación de género es estructural. Ahora bien, junto al género existen otras categorías sospechosas de discriminación como la edad, la discapacidad, la raza, entre otras, que pueden entrecruzarse y causar discriminación más intensa. No es discriminación múltiple, sino distintas identidades de carácter simultáneo que no pueden analizarse aisladamente, sino en conjunto. Por ejemplo, el ser mujer, migrante e indígena.

¹⁵ IRIARTE RIVAS, C.P., *La discriminación estructural de género y su recepción sistémica en el sistema de derechos humanos*, Chile, 2018, 60.

¹⁶ ONU: Asamblea General, Declaración y Programa de Acción de Viena, 12 Julio 1993, A/CONF.157/23, párr. 18.

¹⁷ OEA, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de (“Convención de Belem do Pará”), 1994, Preámbulo.

¹⁸ MANTILLA, J., *La Perspectiva de Género en el DIDH: el caso Castro Castro*, Lima, 2007, 40.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado reiteradamente que “la perspectiva de género es una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres y las personas LGBTI, ya que busca visibilizar la posición de desigualdad y de subordinación estructural de las mujeres por razón de su género”.¹⁹ El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, incorpora la perspectiva de género para responder a “las necesidades y vulnerabilidades particulares de las mujeres, las niñas y los niños migrantes” (párrafo 23-C).

Desde estos enfoques, las políticas públicas y la legislación migratoria deben incorporar y aplicar un enfoque diferenciado teniendo en cuenta el impacto desproporcionado de la migración en las mujeres y otros grupos vulnerables.

3.2. Los estándares interamericanos de derechos humanos en materia migratoria

Jurídicamente no existe un marco internacional que obligue a los Estados a proteger los derechos específicos de los y las migrantes. Solo se cuenta con la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, cuyo objetivo es justamente la protección de sus derechos laborales sin discriminación y durante todo el proceso migratorio (art. 1 y art. 2). No contiene derechos de las mujeres migrantes.

De otro lado, tampoco se encuentra reconocido el derecho humano a migrar. Los requisitos para ingresar, permanecer y salir de un país del cual una persona no es nacional, siguen siendo prerrogativa de los Estados en virtud del principio de soberanía estatal.

En el sistema de las Naciones Unidas, los casos de refugio están protegidos por la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 y los casos de apatridia por la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961.

No obstante, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce derechos a todas las personas, sin discriminación de ningún tipo. Dentro del marco de protección universal de los derechos humanos, tanto la Declaración Universal de Derechos humanos (DUDH) como el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos económicos Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, la

¹⁹ CIDH, Comunicado de prensa, 29 de julio de 2021.

Convención Internacional sobre todas las formas de discriminación racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), coinciden en reconocer que toda persona tiene los mismos derechos y libertades proclamados, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Por lo tanto, las personas migrantes gozan de los mismos derechos que los nacionales del Estado de acogida, salvo las limitaciones que imponga la ley del país extranjero para el ingreso, circulación y residencia; así como algunos derechos políticos reservados a sus ciudadanos. En la Recomendación General No 26 (2005) el Comité de la CEDAW reconoce que:

“3. Si bien los Estados tienen derecho a controlar sus fronteras y reglamentar la migración, deben hacerlo de manera plenamente conforme con sus obligaciones como partes en los tratados de derechos humanos que han ratificado o a los que se han adherido. Ello comprende la promoción de procedimientos de migración seguros y la obligación de respetar, proteger y facilitar el ejercicio de los derechos de la mujer en todas las etapas del ciclo migratorio”.

La observancia de los derechos humanos deviene entonces en una obligación *erga omnes* para los Estados de origen, de tránsito y de acogida de las personas migrantes. Esta obligación incluye el respeto y garantía de los derechos de la mujer migrante.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha desarrollado estándares de protección de derechos, aplicables a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de los Estados; dichos estándares han sido desarrollados en la DADDH, en los tratados interamericanos de derechos humanos y en la jurisprudencia de la Corte IDH.

El corpus iuris interamericano está constituido por: la CADH; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre Derechos humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, la Convención Americana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos y sus Opiniones consultivas en materia migratoria.

Cuando los Estados ratifican estos tratados, asumen dos obligaciones principales:

- a) La obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en ella, sin discriminación, a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción y
- b) La obligación de adecuar disposiciones de derechos interno adoptando medidas efectivas.

Estos son los fundamentos legales que obligan a los Estados parte de la CADH a realizar un control de convencionalidad; es decir que todos los órganos del Estado, incluidos los jueces, están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH. “En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.²⁰ En el desarrollo del control de convencionalidad, la Corte ha extendido esta obligación a “toda autoridad pública”²¹ en el marco de sus competencias, a la jurisprudencia de la Corte IDH y a los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte. Asimismo, se ha extendido a las Opiniones Consultivas.²²

En consecuencia, existe un corpus iuris interamericano que obliga a los Estados a la aplicación de los estándares elaborados en materia de derechos humanos, cuya aplicación permite identificar los derechos de los y las migrantes.

3.2.1. Los estándares interamericanos de protección de los derechos de los y las migrantes

La DADDH, en su art. II reconoce el principio de igualdad ante la ley y no discriminación. Cabe precisar que la Declaración Americana tiene un valor jurídico reconocido por la propia Corte IDH en su OC-10/89 del 14 de julio de 1989 y que ha servido de base para la definición de los derechos humanos de los Estados parte de la OEA. Del mismo modo, la CADH establece obligaciones a los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas sujetas a su jurisdicción sin discriminación. Entre las categorías protegidas por el art. 1 de la Convención se con-

²⁰ 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. Párr. 225.

²¹ Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239.

²² Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, párr. 31.

sidera la “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. El ser migrante no está dentro de estas categorías; no obstante, se puede deducir de la expresión “de otra índole”, de tal manera que el Estado cumpla con su obligación de proteger a las personas migrantes y no suprima “el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o los limite en mayor medida que la prevista en ella” (art. 29.a).

La Corte IDH, en su Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 101, ha señalado que el principio de igualdad y no discriminación constituye la piedra angular del sistema interamericano de derechos humanos y su fundamento básico. Asimismo, forma parte del derecho internacional general y ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Entonces siendo una norma imperativa, los Estados, aunque no sean partes de la CADH, están prohibidos de discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los y las migrantes. Se puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados en relación con los indocumentados o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos.²³

Los Estados, junto a la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas, sin discriminación, deben integrar el derecho de toda mujer a ser libre de toda forma de discriminación, que está refrendado en el art. 6 de la Convención de Belém do Pará y a garantizar su derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley (art. 4.f).

La CIDH, en su Informe sobre “Movilidad Humana y Estándares Interamericanos”, ha sostenido que la obligación de respetar los derechos del art. 1.1. de la CADH “entraña la obligación de no violar por acción u omisión los derechos reconocidos en la Convención americana, así como en otros instrumentos relevantes”.²⁴

El deber de respeto incluye el deber de garantía; es decir que no es suficiente con que los Estados se abstengan de violar los derechos; sino que además deben adoptar medidas positivas de protección del sujeto de derecho. Todo el aparato estatal debe ser organizado para este fin. El art. 6 de la Convención Interamericana contra la tortura y el 7.b. de la Convención de Belém do Pará, prevén el deber de debida diligencia, que comprende las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos. Respecto al deber de adoptar disposiciones

²³ Corte IDH. OC-18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párr. 119.

²⁴ OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados*, 2015, párr. 151.

de derecho interno o de adecuar las legislaciones nacionales a la CADH, implica para el Estado:” (...) i) la supresión de normas y prácticas que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.²⁵ Por esta razón el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe políticas y prácticas discriminatorias y con impacto discriminatorio contra cierta categoría de personas, aunque no se pueda probar la intención discriminatoria. Asimismo, los recursos judiciales deben ser efectivos y accesibles.

De otro lado, el principio de igualdad y no discriminación, contemplado en el art. 24 de la CADH, art. 2, comprende, según la CIDH, dos concepciones:

“1) La prohibición de diferencia de trato arbitraria, entendida como diferencia de trato, distinción, exclusión, restricción, o preferencia y 2) la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados”.²⁶

Entonces, los Estados parte de la CADH están obligados a crear condiciones de igualdad real al grupo de mujeres migrantes frente a la discriminación interseccional que sufren. En las medidas que los Estados adopten para cumplir con su obligación de no discriminar, “tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada”. También debe considerarse “a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.²⁷

Siendo la violencia contra las mujeres una forma de discriminación, los Estados tienen el deber de tener en cuenta el impacto diferenciado que causa en las mujeres.²⁸

El principio de igualdad y no discriminación también debe observarse en relación con los derechos humanos laborales de las mujeres migrantes, aunque su situación sea irregular. La obligación estatal de respeto y garantía de estos derechos comprende todos los derechos laborales como,

²⁵ *Ibid.*, párr. 179.

²⁶ *Ibid.*, párr. 187.

²⁷ Convención de Belém do Pará, art. 9.

²⁸ Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006(Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 223.

edad mínima para trabajar, número máximo de horas de trabajo, seguridad social, estándares de salud y seguridad, protección contra el despido injustificado, negociación colectiva, entre otros. Además, la discriminación o el acoso laboral contra las mujeres no deben ser tolerados en ninguna circunstancia,²⁹ ni en el ámbito doméstico, público o privado. Tampoco debe tolerarse la violencia física, sexual y psicológica. El art. 2.b. de la Convención de Belém do Pará prescribe que la violencia contra la mujer es también cualquier acción o conducta:

“que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar”.

La vulneración de los derechos de las trabajadoras migrantes puede producirse por acción u omisión del Estado. Un atentado a estos derechos por acción es la dación de leyes, directrices o políticas públicas destinadas a favorecer la creación o el mantenimiento de situaciones de discriminación. De igual manera la omisión de fiscalización del cumplimiento de los estándares laborales internacionales por las empresas privadas y estatales constituye un acto de tolerancia, aquiescencia o negligencia en contra de las trabajadoras migrantes.³⁰

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares reconoce la igualdad de trato en las relaciones laborales en el Estado de empleo (art. 25), además de otros derechos como el derecho a la libre circulación, el derecho a la salud. No regula derechos específicos de la mujer migrante trabajadora.

En consonancia con la Recomendación General No 26³¹ de la CEDAW, sobre las trabajadoras migratorias, los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos a todas las trabajadoras migratorias en igualdad de condiciones con sus nacionales y tomar todas las medidas adecuadas para eliminar todas las formas de discriminación contra ellas.

La no discriminación también incluye la “prohibición de políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, así como aquellas cuyo im-

²⁹ OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas*, 2019, principio 36.

³⁰ Corte IDH. OC-18/03, párr. 152.

³¹ ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), Recomendación general No. 26, párr. 26 y 27.

pacto sea discriminatorio contra cierta categoría de persona, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria”.³²

Otro aspecto que debe considerarse dentro de las medidas que deben adoptar los Estados para cumplir con su obligación de no discriminar a las mujeres migrantes es la adopción de mecanismos para prevenir, eliminar y revertir o cambiar las situaciones discriminatorias que perpetúen la estigmatización, los prejuicios, las prácticas de intolerancia, los estereotipos de género y la criminalización de su situación migratoria.

En relación con el derecho humano a migrar no cuenta con un reconocimiento internacional. A nivel interno, solo Argentina, en la Ley 25.871 (2004, art.4) y Ecuador en el art. 40 de su Constitución de 2008, reconocieron el derecho a ingresar a un país del cual no es nacional una persona.

Solo las personas que ingresan legalmente al territorio de un Estado tienen derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.³³ Evidentemente este derecho excluye a los migrantes irregulares; sin embargo, ante la solicitud de entrada a un país de parte de un extranjero, que no tenga visa de turista o documentos de identificación, el Estado no podría expulsarlo o devolverlo a su país de origen sin haber examinado su situación particular.³⁴ Así se desprende también de los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de Todas las personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas.³⁵ En principio, este documento considera como migrante a la persona que se encuentra fuera del territorio nacional, sin tener en cuenta “su situación migratoria, su intención y su temporalidad”. Incluye a las personas apátridas, migrantes y a las víctimas de la trata de personas. Dentro de estos grupos de migrantes los Estados deben prestar especial atención a las personas vulnerables como:

Los “niños (acompañados por familiares, no acompañados o separados), mujeres (incluidas las mujeres embarazadas y las madres nuevas y/o lactantes), personas que han sufrido abusos – incluida la violencia sexual y de género –, víctimas de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, víctimas de violencia y traumas, personas con discapacidad, personas mayores, apátridas, pueblos indígenas, personas que son miembros de comunidades minoritarias, personas con VIH o con problemas de salud particulares, personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero o interse-

³² OEA, CIDH, *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados*, 2015, párr. 191.

³³ OEA, *Convención americana de derechos Humanos* (CADH), art. 22.

³⁴ *Ídem*, art. 22.8.

³⁵ OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2019, cit., principio 6.

xuales (LGBTI), defensores de los derechos humanos y disidentes políticos”.³⁶

La situación de vulnerabilidad de este grupo de personas es lo común en ellas y requieren de una adecuada protección de sus derechos mediante un enfoque diferenciado. Por lo tanto, el principio de *Non-refoulement* se aplica a toda persona que se pretenda ponerla “en las fronteras de otro país, sea o no de su nacionalidad, donde su vida o libertad peligren o donde sería sometida a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Se extiende a cualquier parte del territorio del Estado en cuestión donde ejerza jurisdicción, incluso cuando la persona está dentro de su territorio, precisando que “la responsabilidad del Estado de proteger a las personas contra la devolución es independiente de si la persona ha ingresado al país legalmente y ha pasado el control de inmigración”. El territorio comprende la superficie terrestre, las aguas territoriales, los puntos de entrada fronterizos, incluidas las zonas de tránsito o “zonas internacionales en los aeropuertos, alta mar así como las embajadas y consulados”.³⁷

Por otra parte, La Corte IDH se ha pronunciado respecto a la intrínseca conexión existente entre las obligaciones generales de respeto y garantía señaladas en el artículo 1.1 de la CADH y los derechos específicos protegidos por ella. Así, a cada derecho corresponde un deber del Estado que debe ser determinado caso por caso. En esta línea, la Corte ha señalado que:

“Una de las obligaciones internacionales asociadas con la prohibición de la tortura es el principio de no devolución o *non-refoulement*. Dicho principio busca, de manera primordial, asegurar la efectividad de la prohibición de la tortura en toda circunstancia y respecto de toda persona, sin discriminación alguna. Siendo una obligación derivada de la prohibición de tortura, el principio de no devolución en este ámbito es absoluto y adquiere también el carácter de norma imperativa de derecho internacional consuetudinario, es decir, de *ius cogens*”.³⁸

La CADH, prohíbe la expulsión o devolución del extranjero (art. 22. 8) y la expulsión colectiva de extranjeros (art. 22. 9). La no devolución impone obligaciones positivas a los Estados como la de realizar exámenes individualizados o evaluaciones previas a las personas con el fin de determinar si existen riesgos de daño irreparable a los derechos de esa persona.³⁹

³⁶ ONU. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (ACNUDH), *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales*, 2015, 4.

³⁷ OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2019, *óp. cit.*, principio 6.

³⁸ Corte IDH, *OC 21/14*, 2014, párr. 225.

³⁹ Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado plurinacional de Bolivia*, 2013, párr. 136.

El derecho de no devolución o a no ser expulsado de un Estado extranjero está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, la dignidad humana, el derecho a la personalidad jurídica.

Entonces los Estados tienen el deber de no exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución.⁴⁰ De igual manera deben contribuir a la prevención y eliminación de la migración irregular.⁴¹

Con fecha 2 de marzo de 2018, la CIDH emitió la Resolución 2/18 sobre “Migración Forzada de Personas Venezolanas”, en donde especifica que el principio de no devolución debía respetarse en el caso de personas venezolanas, “sea a través de los procedimientos de deportación o expulsión o cualquier otra acción de las autoridades que estarían en riesgo de persecución u otras violaciones graves a sus derechos humanos, incluyendo un riesgo de afectación grave a su salud o a su vida por condiciones médicas, en concordancia con los artículos 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 13 de la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar la Tortura”.

En consecuencia, las políticas migratorias en las fronteras y toda medida que los Estados adopten para abordar la migración irregular o aquellas encaminadas a la lucha contra la delincuencia organizada o en materia de tráfico ilícito de migrantes, trata de personas, deberán estar en conformidad con el principio de no devolución y con la prohibición de las expulsiones arbitrarias y colectivas, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, previstas en el art. 1.1. de la CADH. Esta obligación significa también que el Estado debe prestar asistencia inmediata a todos los y las migrantes que la necesiten considerando las circunstancias específicas de todos los migrantes en la frontera y garantizar su protección efectiva, evaluación individual y acceso a la justicia. Estas medidas comprenden el auxilio humanitario, la atención médica, vivienda adecuada y descanso.⁴²

La Corte IDH ha afirmado en la sentencia del caso *Gonzales y otros (“Campo Algodonero”) Vs. México*,⁴³ que en su deber de garantía “no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las

⁴⁰ ONU: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos (ACNUDH), Observación General núm. 20, 10 de marzo de 1992, párr. 9.

⁴¹ OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2019, *óp. cit.*, principio 9.

⁴² *Ibid.* Principio 47.

⁴³ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) VS. México*, 16 de noviembre de 2009, párr. 243.

particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”.

La obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos comprende el deber de prevenir y el deber de investigar, procesar y sancionar. En el supuesto de casos de trata de personas que tienen efectos transfronterizos, la CIDH señala que este deber incluye el de cooperar con otros Estados interesados en la investigación de los hechos ocurridos fuera de sus territorios, particularmente cuando involucra su territorio o a sus nacionales.⁴⁴

“Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales)”.⁴⁵ A menudo son las mujeres y niñas migrantes quienes enfrentan situaciones de violencia y discriminación de género en todas las etapas del proceso migratorio. Particularmente corren el riesgo de ser víctimas de trata de personas, de sufrir violencia física, sexual o psicológica, debido a su género, raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. Los Estados deben tener en cuenta estos factores de discriminación que incrementan su vulnerabilidad. Un enfoque diferenciado obliga a considerar su situación de embarazo, de parturientas o púérperas, víctimas de violencia sexual o de trata de personas.

En este sentido, la CIDH en su Informe “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados” del 2015, párrafo 32, ha reconocido a las mujeres migrantes “como un grupo en particular riesgo a violaciones de sus derechos humanos debido a la discriminación y violencia que históricamente han sufrido debido a su género y por el hecho de ser migrante, refugiada o desplazada”.

En los casos de violencia contra las mujeres, los Estados tienen además de las obligaciones genéricas previstas en la CADH, una obligación reforzada a partir de la Convención de Belém do Pará.⁴⁶ Dicha obligación está constituida en particular por las disposiciones del art. 3 (derecho de toda mujer a una vida libre de violencia); art. 4 (derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos); art. 7 (debe-

⁴⁴ OEA, CIDH, *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados*, 2015, párr. 167.

⁴⁵ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03*, párr. 112.

⁴⁶ Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) VS. México, párr. 258.

res de los Estados de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer) y art. 9 (situación de vulnerabilidad de la mujer migrante, refugiada o desplazada).

La tortura es también una forma de violencia de género, cuando está dirigida al ataque de la identidad de las mujeres (Convención de Belém do Pará, art. 4.d). En el caso del Penal Castro Castro (párr. 260. q), la Corte IDH indicó que no existe “tortura neutral”, aunque no sea específica para la mujer, sus efectos si tendrán especificidades propias en la mujer”. Es violencia de género cuando ataca la identidad femenina.

La perspectiva de género e interseccional debe ser incorporada en todas las medidas legales, disposiciones administrativas, políticas públicas, programas relacionados con los migrantes y refugiados.⁴⁷ La aplicación de la perspectiva de género es una obligación especial del Estado en los casos de violencia contra las mujeres;⁴⁸ su incumplimiento se considera como denegación del derecho del acceso a la justicia para las mujeres.

Junto al derecho a una vida libre de violencia, las mujeres migrantes tienen derecho al debido proceso. Los Estados deben tener en cuenta que las obligaciones generales establecidas en el art 8 de la CADH sobre garantías judiciales y las disposiciones del art. 25 sobre protección judicial, deben aplicarse en correspondencia con el art. 4.g de la Convención de Belém do Pará, relativa al “derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos”.

La migración tiene efectos también en la estructura familiar. Se han detectado familias separadas que no pueden reintegrarse por obstáculos institucionales en los países de destino. Las mujeres que viajan solas o que son cabeza de familia, niños, niñas y adolescentes no acompañados, están en riesgo de sufrir violaciones a sus derechos humanos; lo cual las hace más vulnerables. La constitución y protección de la familia es un derecho humano reconocido en la DADDH (art. 6); en la CADH (Art. 17) y en el Protocolo de San Salvador (art. 15). En este mismo sentido, en los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas DH (principio 32), se declara que “cada familia migrante tiene derecho a protección por parte de la sociedad y el Estado”; sin embargo, reconoce que no existe ningún modelo único de familia y recomienda que la protección “debe realizarse asegurando la igualdad de derechos y la no discriminación por motivos de género, orientación sexual, identidad de género o estado civil de cualquier de los progenitores”. En el caso *Átala Riffo* y

⁴⁷ OEA, (CIDH), 2019, *óp. cit.*, principio 16.

⁴⁸ Corte IDH, *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, 2014, párr. 188.

niñas Vs. Chile, la Corte IDH señala que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. Al existir distintos tipos de familia, los Estados están obligados a proteger no solo a las familias constituidas por matrimonio, sino también a las parejas de hecho; así como a sus hijos y a las familias monoparentales y sus hijos.⁴⁹ En este sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos en su Observación No 19, párr. 2.

Las personas migrantes no solo tienen el derecho a constituir una familia y a su protección, también tienen el derecho a la unidad y reunificación familiar. Este derecho es vulnerado cuando los Estados restringen el concepto de familia a las personas casadas. En las legislaciones civiles de la mayoría de los países latinoamericanos predominan las definiciones de familia que “incluyen solo a los cónyuges, a los progenitores y a los hijos/as menores de edad”, excluyendo los vínculos de segundo o tercer grado.⁵⁰

Según la Organización Panamericana de la Salud (OPS), algunos de los principales desafíos respecto a las mujeres migrantes en América son “el acceso a la planificación familiar y la atención prenatal, la violencia de pareja”.⁵¹ Por lo tanto, otro derecho relevante para las mujeres migrantes es el derecho a la salud que corresponde a la obligación de los Estados de satisfacer las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”.⁵² El derecho a la salud de la mujer migrante comprende el disfrute del más alto nivel de salud física y mental; así como los servicios de salud sexual y reproductiva.⁵³

4. La legislación migratoria peruana y su adecuación a los estándares interamericanos de derechos humanos

El Perú tiene obligaciones internacionales en virtud de varios tratados interamericanos de derechos humanos, como la Convención Americana

⁴⁹ Cfr. párr. 172 y párr. 175.

⁵⁰ CELS y CAREF (Centro de Estudios Legales y Sociales y Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes), *Laberintos de papel. Desigualdad y regularización migratoria en América del Sur*, 28.

⁵¹ OPS, Día Internacional de la Mujer: el acceso a la salud para las mujeres migrantes sigue siendo un desafío en las Américas, 8 de marzo de 2019.

⁵² OEA, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: “Protocolo de San Salvador”*, 1988, art. 10.2.f.

⁵³ CIDH, 2019, principio 35.

de Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador, la Convención de Belém do Pará, excepto en el Protocolo a la Convención Americana de Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia y la Convención Americana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia.

Los tratados ratificados y en vigor son parte de la legislación interna, de conformidad con el art. 55 de la Constitución de 1993. Además, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución (CDFT) dispone que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

En similar sentido, el art. VIII, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional,⁵⁴ se refiere a la interpretación de los derechos humanos y de los tratados; añadiendo que también deberá tenerse en cuenta “las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”. El Perú ha reconocido la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De otro lado, el Tribunal Constitucional Peruano (TC) ha venido aplicando el control de convencionalidad, reconociendo la validez y la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH (STC No 01458-2007-PA/TC, fundamentos: 8 y 9; STC No 02730-2006-AA/TC (Caso Castillo Chirinos), fundamento 11).

Por consiguiente, existe una base normativa nacional e internacional de acuerdo con la cual el Estado peruano se ha comprometido a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos. Esto implica la adecuación del derecho interno a los estándares internacionales de derechos humanos y su ejecución por todos los órganos del Estado.

Todo proceso de adecuación de la legislación nacional a los tratados incluye la Constitución como ley fundamental. Observamos que la Constitución peruana de 1993, reconoce en su art. 2.2. el principio de igualdad y no discriminación; pero entre las categorías sospechosas de discriminación no incluye ni el género ni la condición migratoria, como si lo hace la Constitución de la república del Ecuador de 2008 (art. 11). Tampoco se refiere a la migración. Solamente en el art. 36 reconoce el asilo político y el principio de no expulsión.

⁵⁴ Congreso de la Republica del Perú, Ley 31307, *Nuevo Código Procesal Constitucional*, 21 de julio de 2021.

En la práctica judicial del Tribunal Constitucional (TC) se han tutelado los derechos de los migrantes. Por ejemplo en el recurso de agravio constitucional (Expediente No. 2744-2015-PA/TC), interpuesto por el ciudadano brasileiro, don Jesús de Mesquita Oliviera contra la resolución de la Sala Civil de la ciudad de Madre de Dios, que declara improcedente su demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Migraciones (SINM), la cual mediante resolución de fecha 27 de enero de 2013, le impuso la sanción de salida obligatoria del país y le prohibía el ingreso al territorio nacional, decisión que lo separaba de su cónyuge y de su menor hija. Argumenta su demanda en la violación de sus derechos de protección a la familia, el derecho al debido proceso y defensa. El TC, apoyándose en los estándares internacionales de los derechos humanos y en los del Sistema Interamericano, declara fundada por mayoría la demanda.

Asimismo, el TC ha emitido algunas sentencias con enfoque de género.⁵⁵ Por primera vez, en la sentencia No. 01479-2018-PA/TC del 5 de marzo de 2019, desarrolla la obligación de las entidades públicas y privadas de aplicar la “perspectiva de igualdad de género”.

En relación con la legislación migratoria la adecuación a los estándares internacionales de derechos humanos se intentó, por primera vez, en el 2015, con la dación del Decreto legislativo⁵⁶ de Migraciones No 1236, pretendiendo brindar un nuevo marco normativo bajo un enfoque de derechos humanos; sin embargo, sólo entraron en vigencia el título preliminar y algunos artículos referidos a la regularización migratoria (Primera Disposición Complementaria Final). Antes de esta reforma, se encontraba vigente la ley de extranjería, aprobada por el Decreto Legislativo No. 703, la cual al no estar reglamentada dejaba a discrecionalidad de los funcionarios públicos la situación de los extranjeros, causando desprotección.

El 7 de enero de 2017, se aprueba el Decreto Legislativo de Migraciones No 1350 y también su Reglamento por Decreto Supremo (DS) Núm. 007-2017-IN del 24 de marzo de 2017. Igualmente es la Política Nacional Migratoria (PNM) 2017-2025, aprobada por DS No. 015-2017-RE.

Las medidas de adecuación continuaron con la aprobación, mediante Decreto Supremo No. 001-2017-IN, de los “Lineamientos para el otorgamiento del Permiso Temporal de Permanencia para las personas extranjeras madres o padres de hijos/as peruanos/as menores de edad o con discapacidad permanente”.

En cuanto a las instituciones encargadas de los procesos migratorios

⁵⁵ Tribunal Constitucional Peruano, *Exp. No 01423 -2013 -PA/TC*, fundamentos: 4a, 4b y 4c.

⁵⁶ De conformidad con el art. 104 de la Constitución peruana de 1993: “El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa”.

en el país, la autoridad en materia migratoria interna es la Superintendencia Nacional de Migraciones (SINM) y el Ministerio de Relaciones Exteriores se ocupa de la migración externa, pero también tienen algunas competencias internas.

Al analizar la nueva ley migratoria (NLM)1350, observamos que, en su título Preliminar, declara el principio del respeto a los derechos fundamentales y otros relacionados con los derechos humanos de los migrantes, como el principio de unidad migratoria familiar, el del interés superior del niño y adolescente, el de no criminalización de la migración irregular y el principio de no discriminación; a la vez declara el principio de soberanía, el de reconocimiento del aporte de los migrantes al desarrollo del país, entre otros.

Entre los Lineamientos Generales de la PNM se advierten seis enfoques de esta política: derechos humanos, género, seguridad humana, integralidad, interculturalidad y enfoque etario y parte de los lineamientos generales son los derechos humanos y la seguridad; no obstante el principio de derechos humanos contenido en la ley migratoria, como también en la PNM que añade el enfoque de género, devienen en expresiones puramente formales, pues en ambas coexisten los derechos humanos y la seguridad del Estado. Como señala Blouin,⁵⁷ “la tensión entre seguridad y derechos humanos está presente y ha sido identificada como la base del problema para la construcción de una política basada en los derechos de las personas”.

De otro lado, esta legislación promueve una discriminación indirecta. Blouin⁵⁸ al analizar los efectos de la concepción instrumental y utilitarista del principio del reconocimiento del aporte de los migrantes internacionales al desarrollo de las naciones para promover una migración segura (art. III), encuentra que este discurso favorece la “buena migración” y limita “la mala”. El resultado más probable sería la expulsión de las personas migrantes que no contribuyen al desarrollo del país de acogida.

Asimismo, la referida ley otorga mayores facilidades al extranjero que pretenda realizar actividades de carácter empresarial, legal, contractual, de asistencia técnica especializada o similares”; en el caso de existir acuerdos sobre exoneración de visa de negocios, la calidad migratoria se otorga en los puestos de control migratorio y/o fronterizos (art. 29.1.e).

Por otra parte, las disposiciones respecto a las causales de impedimento de ingreso al país son muy generales y pueden dar lugar a decisiones arbitrarias, como la expulsión de extranjeros, sobre todo cuando se trata de determinar que el ingreso de una persona al territorio nacional puede

⁵⁷ CÉCILE, B., “Complejidades y contradicciones de la política migratoria hacia la migración venezolana en el Perú”, Colombia Internacional [En línea] 106, 2021, 147.

⁵⁸ *Ídem*, p. 147.

poner en riesgo la salud pública o cuando la información de organismo de inteligencia nacionales o extranjeros califiquen a un extranjero como riesgosa para la seguridad nacional (art. 48.2).

En referencia al principio de formalización migratoria advertimos un divorcio con la práctica estatal, que incide desproporcionadamente en los derechos de las mujeres migrantes. Este principio al estar relacionado con las obligaciones del Estado de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar el acceso de las personas migrantes a sus derechos humanos, exige de parte del Estado adoptar las medidas necesarias; sin embargo en un estudio de la Superintendencia Nacional de Migraciones (SINM) sobre “Presencia de inmigrantes en situación de vulnerabilidad”,⁵⁹ se ha detectado la brecha de género en el grupo de personas migrantes de nacionalidad venezolana en situación irregular en el país. Así, el 59% de este grupo son mujeres en contraposición al 41% de los hombres; el 65% de ellas se encontraba en situación de pobreza o pobreza extrema mientras que los hombres constituían un 35%. Las víctimas de violencia familiar representan un 84%. Esta brecha aumenta la vulnerabilidad de las mujeres al ser más difícil el acceso a sus derechos humanos.

En correspondencia con este principio, el Reglamento de la ley migratoria, contempla acciones para la regularización migratoria (art. 218) y el desarrollo e implementación de programas de regularización específicos y masivos para casos que requieran un tratamiento especial en el marco de los tratados y convenios internacionales (art. 225). En su Informe de adjuntía No 002-2020-DP/ADHPD, la Defensoría del Pueblo⁶⁰ llama la atención sobre la ausencia de disposiciones que creen, implementen y operativicen estos programas. Ante la brecha de género en regularización migratoria, es prioritario que el Estado adopte medidas para prevenir y revertir las situaciones de discriminación o de riesgo de discriminación interseccional que afecta a las mujeres migrantes venezolanas. En esta situación pueden confluir factores asociados de discriminación, como el hecho de ser mujer, migrante, venezolana y pobre.

Los cambios en la política migratoria peruana respecto a las condiciones de ingreso al país de personas venezolanas, como la exigencia de pasaporte en el 2018 y de una visa humanitaria en el 2019, lejos de reducir los flujos migratorios, los han incrementado, produciendo mayor irregularidad migratoria. Según el Informe Alternativo al Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios,⁶¹ esta política restric-

⁵⁹ Perú, Superintendencia Nacional de Migraciones, Lima, 2018, 27 y 31.

⁶⁰ Defensoría del Pueblo, *Informe de adjuntía No 002-2020-DP/ADHPD*, Lima, 11 de diciembre de 2020, 62.

⁶¹ COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, CONFERENCIA EPISCOPAL DE AC-

tiva también ocasionó el aumento exponencial de las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado. Ahora los solicitantes de refugio esperan en la frontera mientras tramitan su solicitud, la cual debe cumplir los requisitos de la Convención de Ginebra de 1951; excluyendo la aplicación de la Declaración de Cartagena de 1984 sobre los refugiados, que amplía la definición de refugiados de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considerando también “como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. La ley Núm. 27891, Ley del Refugiado, aprobada el 20 de diciembre de 2002, contiene esta ampliación, en su art. 3.b y al no aplicarla está negando la protección internacional a las personas venezolanas obstaculizando el goce de sus derechos humanos. En el caso de las mujeres venezolanas solicitantes de refugio dicha conducta del Estado no solo menoscaba el acceso a sus derechos humanos, sino también incrementa su condición de vulnerabilidad. La ley del refugiado omite el enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género.

En relación con la calidad migratoria, una gran proporción de personas extranjeras se encuentran en calidad de turista. Según datos de la SINM,⁶² de los casos atendidos, el 59% son mujeres y el 41% son hombres. “La misma situación se repite en las demás calidades migratorias, excepto en la calidad migratoria de trabajador (45% mujeres y 55% hombres) y la de refugiado (31% mujeres y 69% hombres)”. Evidentemente esta situación incide desproporcionadamente en los derechos de las mujeres migrantes.

La práctica del Estado en regularización migratoria ha sido contraria a sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. El permiso temporal de permanencia (PTP) creado para las personas migrantes venezolanas y que les permite trabajar, origina impactos negativos en el acceso a sus derechos, al vencerse los plazos estipulados en cada uno de ellos o no poder cumplir con los requisitos bien por falta de dinero o de documentación. Así, mediante el Decreto Supremo 002-2017-IN del 2 de enero de 2017 y el DS No 023-2017-IN del 26 de julio de 2017; el DS No 001-2018 del 22 de enero de 2018; el DS No 007-2018-IN del 18 de agosto de 2018 y el DS No. 010-2020-IN del 21 de octubre de 2020, se otorgaron medidas especiales, excepcionales y temporales para la regularización mi-

CIÓN SOCIAL (CEAS) *et al.*, *Informe alternativo al Comité de Trabajadores Migratorios y Sus Familiares*, 2020, 15.

⁶² Perú, *Superintendencia Nacional de Migraciones*, cit., 28.

gratoria de extranjeros y extranjeras que permanecían en el Perú en situación irregular o que habían ingresado al territorio de manera irregular. Los plazos se amplían constantemente, habiendo vencido el último plazo el 05 de abril de este año. Con el PTP los migrantes venezolanos /as tienen derecho a trabajar. Si tenemos en cuenta que la mayor proporción de personas venezolanas en situación irregular son mujeres y que similar tendencia sigue la calidad migratoria de turista, nuevamente nos encontramos con el impacto desproporcionado de la migración en las mujeres; lo cual da lugar a la necesidad de que el Estado adopte medidas diferenciadas.

Respecto al principio de no devolución o de no expulsión observamos que no se encuentra ni en la NLM ni en la PNM; solamente en la Ley del refugiado (art. 5). En la práctica se llevan a cabo expulsiones colectivas. En el Informe Alternativo al Comité de Protección de los Derechos Migratorios y de sus familiares,⁶³ se informa que por los medios de prensa se tiene conocimiento de que “(...) en el 2019 ocurrieron cinco expulsiones colectivas y una en enero de 2020. De las 134 expulsiones a venezolanos realizadas en enero de 2020, 131 se realizaron en una misma noche”. De una situación similar, el grupo de movilidad humana de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos,⁶⁴ da cuenta de que el 28 de abril por la mañana de este año, como resultado de un operativo en la ciudad de Piura, llevado a cabo por la Municipalidad, la Policía Nacional del Perú (PNP), la SINM, la Subprefectura y la Fiscalía de la Nación, se expulsaron del país, a través de la frontera con Ecuador, un promedio de 32 ciudadanos (29 mujeres y 3 varones) de nacionalidad ecuatoriana y venezolana, producto de una intervención en diferentes lugares de diversión nocturna y prostíbulos de la ciudad la noche del 27 de abril.

Con dicha expulsión colectiva el Estado está estimulando y profundizando la situación de vulnerabilidad de estas personas. En un plazo de menos de 24 horas las autoridades resolvieron expulsarlas sin haber analizado objetivamente la situación migratoria, de refugiado/ refugiada o solicitante de refugio de estas personas o si se trataba de mujeres embarazadas, niñas, adolescentes u otras personas en situación de vulnerabilidad.

La no discriminación e igualdad de protección comprende la obligación de los Estados de prevenir y proteger contra la estigmatización y el racismo, la xenofobia y formas conexas de intolerancia. Esta obligación involucra a todos los poderes e instituciones del Estado. Las políticas del Estado, leyes, proyecto de leyes del legislativo y otras medidas legales o

⁶³ *Op. cit.*, 25.

⁶⁴ Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH), 29 de abril de 2022.

administrativas; así como las sentencias del poder judicial deben estar en consonancia con los estándares interamericanos de protección de derechos humanos; no obstante, encontramos nuevamente un divorcio entre las obligaciones internacionales y nacionales en derechos humanos del Estado peruano y la práctica. La presentación del proyecto de ley 1354/2021-CR del grupo parlamentario Acción Popular del congreso peruano, con fecha 21 de febrero de 2021,⁶⁵ cuyo objeto es instituir la inmediata expulsión de los ciudadanos extranjeros que cometan faltas o delitos en flagrancia ante la inminente inseguridad ciudadana, es contraria al principio de no discriminación y atenta al derecho de los migrantes a vivir libres de estigmatización y otras prácticas de xenofobia e intolerancia. En su exposición de motivos se refiere específicamente a la migración venezolana, sustentándose en estudios que indican que la percepción del 85% de las personas encuestadas es que esta habría generado un incremento de los hechos delictivos y consecuentemente un aumento de la inseguridad ciudadana”. También argumentan que desde enero a julio del 2021 se cometieron cerca de 7 mil delitos por delincuentes venezolanos y otros 1500 por extranjeros de otras nacionalidades. Esto es un claro atentado al principio de no criminalización de la migración que recoge la ley de migraciones.

De aprobarse este proyecto de ley, el Estado peruano estaría incumpliendo con garantizar los derechos humanos de los y las migrantes, incluidos el debido proceso y acceso a la justicia reconocidos en la Declaración Americana de DD. HH. y la CADH. Como ha sostenido la Corte IDH, “(...) no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable”.

Por otro lado, el reconocimiento de derechos fundamentales que declara la ley de migraciones, en su art. 9, da la impresión de que se limita al derecho de acceso a la salud, a la educación y al trabajo; sin embargo, el Reglamento aclara esta situación al disponer que los tratados sobre materia migratoria, de los cuales el Perú es parte, gozan de efecto directo y primacía (Reglamento, art. 5) y que la persona extranjera tiene los mismos derechos y obligaciones que la nacional, con excepción de las prohibiciones y limitaciones establecidas por ley. En la práctica, un estudio de CARE PERÚ 2020⁶⁶ sobre “Análisis rápido de género”, ha identificado cuatro necesidades urgentes de las migrantes venezolanas encuestadas:

⁶⁵ LP Pasión por el Derecho, 23 de febrero de 2022.

⁶⁶ *Óp. cit.*, 13.

alimentos (55.3%), empleo/trabajo (53.5%), atención médica (34.9%) y regularización migratoria (29.5%). En relación con el derecho a la salud, en primer lugar, debemos indicar que uno de los retos de la política de salud en el país es realizar la cobertura universal de salud (CUS). Con este fin en el 2009 se promulgó la Ley No. 29344, cuyo objetivo es “garantizar el derecho pleno y progresivo de toda persona a la seguridad social en salud”; no obstante, el sistema de salud, conformado por el sector público y el privado, es fragmentado y segmentado, de tal manera que el acceso a los servicios de salud depende del tipo de empleo que tiene la persona y de las características socioeconómicas de la población. En relación con las mujeres venezolanas, el 75% se encuentran trabajando en el sector informal y en consecuencia no poseen un contrato de trabajo, menos un seguro social. Asimismo, las jornadas largas de trabajo están sometidas al abuso de los empleadores, pues son obligadas a realizar largas jornadas de trabajo y reciben menos remuneración de lo que deberían. El Decreto de Urgencia (DU) Núm. 017-2019, en su art. 2, estableció que todos los residentes en Perú que carecieran de un seguro de salud – independientemente de su clasificación económica – quedarían afiliados al Seguro Integral de Salud (SIS); sin embargo, solo aquellos que cuenten con un carné de extranjería o de residencia pueden afiliarse. Este, por supuesto, no es el caso de las personas venezolanas que tienen el PTP o de las solicitantes de refugio que esperan largamente que su solicitud se acepte o rechace. Actualmente solo las mujeres venezolanas embarazadas y niños menores de 5 años migrantes, inclusive en situación irregular, pueden afiliarse al SIS.

El reconocimiento de personas extranjeras en situación de vulnerabilidad en el Decreto Legislativo 1350 (art. 11), ha sido considerado un avance en materia de derechos humanos. Dentro de este grupo se consideran, en particular, los niños, niñas y adolescentes, el adulto mayor, personas con discapacidad, o que pertenecen a un pueblo indígena, víctima de trata de personas y tráfico de migrantes, víctimas de violencia familiar y sexual, y quienes requieren protección en atención a una grave amenaza o afectación a sus derechos fundamentales, pero no se visibiliza las necesidades de las mujeres migrantes.

En todas las medidas que el Estado adopte debe incorporar una perspectiva de género e interseccional. En este sentido es de vital importancia que la legislación migratoria considere la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes, en particular las mujeres que viajan solas o que son cabeza de familia, las mujeres embarazadas o con niños lactantes, las niñas, las mujeres adultas mayores, discapacitadas, las víctimas de trata de personas. Las mujeres migrantes están más expuestas a riesgos de ser víctimas de discriminación, de violencia, de explotación, que los hombres, durante todo su recorrido desde que salen de sus países de origen hasta los países de destino. La NLM no es muy clara respecto a

quienes considera en situación de vulnerabilidad y a quienes en situación de gran vulnerabilidad. Así, en el art. 11 se refiere a “las situaciones de vulnerabilidad en que se encuentran personas migrantes, como las víctimas de trata de personas y tráfico de migrantes, víctimas de violencia familiar y sexual y quienes requieren protección de sus derechos fundamentales”. La calidad migratoria humanitaria (art. 29.2.k) utiliza el término “situación de gran vulnerabilidad” para referirse a estas personas.

Lo mismo sucede en el Reglamento de la ley migratoria que contempla 17 supuestos de “situaciones de vulnerabilidad” (art. 227), entre los que se encuentran las víctimas de violencia familiar y sexual, víctimas de trata de personas y tráfico de migrantes, mujeres embarazadas. Una medida de protección es el otorgamiento de la Calidad Migratoria Especial de manera excepcional a las personas que se encuentren en “extrema situación de vulnerabilidad” (art. 230.3).

El Plan Nacional contra la violencia de género 2016-2021, que ya no está en vigor, reconocía, entre las modalidades de violencia de género (párr. m) la violencia contra las mujeres migrantes, que las expone a ser víctimas de trata de personas, tráfico ilícito de migrantes u otras formas de violencia de género y preveía la adopción de medidas específicas que garantizaran su protección, debida atención y la construcción de una base de datos de personas afectadas que centralice la información existente así desarrollar acciones articuladas.

En relación con el derecho de las mujeres migrantes a la no discriminación por violencia de género, también es urgente la adecuación de la legislación migratoria, incluida la ley del Refugiado a los estándares que hemos indicado en el acápite anterior. El Perú es parte de la CADH y también de la Convención de Belém do Pará y está obligado a cumplir con estos tratados, con la jurisprudencia de la Corte IDH, las Recomendaciones de la CIDH, las Opiniones Consultivas de la Corte y sus obligaciones internacionales en virtud de otros tratados de derechos humanos; es decir todas las autoridades estatales deben hacer un control de convencionalidad y también de constitucionalidad respecto de los derechos de las personas migrantes; en especial de las mujeres y niñas.

Según el Informe Núm. 002-2021-DP/ADM de la Defensoría del Pueblo, a nivel nacional, la SINM, ha atendido 17 casos de migrantes en 2019 y 4 casos en 2020. Según tipo de violencia, en 2019 han atendido 17 casos de violencia sexual y en 2020 han atendido 1 caso de violencia sexual y 3 casos de violencia familiar. Según modalidad de violencia, ha atendido 1 caso de tentativa de feminicidio en 2019 y 2 casos de tentativa de feminicidio en 2020.⁶⁷ El Ministerio Público durante el 2019 ha atendido 223 ca-

⁶⁷ Defensoría del Pueblo, *Informe Núm. 002-2021-DP/ADM*, 63.

sos de mujeres extranjeras víctimas de violencia; mientras que para el 2020, esta cifra llega a 195.⁶⁸ En el 2019 ha atendido 3 casos de feminicidio de mujeres de nacionalidad venezolana. Para el 2020, se señalan 3 casos de feminicidio contra mujeres de nacionalidad venezolana y una de nacionalidad ecuatoriana. El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables,⁶⁹ en el 2019, ha atendido a 1786 mujeres extranjeras; mientras que para el 2020 se registró un total de 1286 casos. Los tipos de violencia que más suceden son los casos de violencia física, violencia psicológica y violencia sexual.

En conclusión, la adecuación que el Perú ha realizado a su legislación interna incorporando el enfoque de derechos de derechos humanos en su NLM y el enfoque de género en su PNM solo es una adecuación formal, observando impactos en desmedro de los derechos de las migrantes venezolanas, que son las que se encuentran en mayor número en el país en comparación con otras nacionalidades. También hace falta la adopción de medidas, implementación de programas estatales con un enfoque integral de los derechos de las mujeres migrantes.

Si bien es cierto los estándares interamericanos en materia de derechos de las mujeres y niñas migrantes son limitados; no obstante las disposiciones constitucionales señaladas líneas arriba, la aplicación del principio pro homine, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, aceptado por el máximo intérprete de la Constitución, en distintas sentencias y en nuestra legislación constitucional, constituyen la base de las obligaciones del Estado peruano para aplicar el enfoque de género en materia migratoria y de refugio.

⁶⁸ *Ibid.*, 68.

⁶⁹ *Ibid.*, 77.

CAPÍTULO 11

Bases del ordenamiento jurídico andaluz en relación con los menores inmigrantes no acompañados

*José Ortiz Mallol*¹

SUMARIO: 1. Introducción: La situación de desamparo en el ordenamiento jurídico español. – 2. Caracterización general del colectivo de menores inmigrantes no acompañados. – 3. La categoría de menores inmigrantes no acompañados en el ordenamiento jurídico andaluz. – 4. Consecuencias en orden a la gestión de las competencias administrativas derivadas del reconocimiento del derecho público subjetivo: La gestión del sistema público.

1. Introducción: La situación de desamparo en el ordenamiento jurídico español

Desde un punto de vista histórico, las distintas instituciones tutelares deben su razón de ser – esencialmente – a la necesidad de crear una red (privada) de defensa del menor en ausencia de su familia nuclear. Solo a partir del desarrollo de la función tuitiva del Estado, con el reconocimiento de los derechos del menor y la superación de una concepción cuasi patrimonialista del mismo, surge la necesidad de aplicar la tutela en situaciones en las que se contraponen el derecho del menor con el presente pero ineficaz ejercicio del derecho parental sobre el mismo: en estos casos, no hay tutela en ausencia de la familia sino tutela pública como institución que desplaza a la familia, toda vez la misma ha incumplido gravemente sus deberes de cuidado. Se presenta, así, una secuencia que fija como dovela el ejercicio de competencias administrativas sustituyendo a relaciones de derecho privado.

Surge, en suma, la situación de desamparo descrita en el art. 172.1 del Código Civil como “*la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección estableci-*

¹ Letrado de la Junta de Andalucía.

dos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

No existe un consenso sobre la sustancia de tal situación,² como bien reconoce la STS de 27 de octubre de 2014 (recurso número 2762/2013), de tal modo que: *“a partir de dicha definición surgen las dos tesis doctrinales y jurisprudenciales que, en principio, se muestran como contrapuestas: la objetiva y la subjetiva. Para la primera el desamparo se contempla como una situación de hecho en la que lo que prima es la desasistencia del menor; de forma que si alguien lo atiende no existe situación de desamparo. Por contra, la tesis subjetiva mantiene que, si el menor no se encuentra atendido por las personas que ostentan la patria potestad o la tutela, existe situación de desamparo, aunque tengan cubierta su asistencia por un guardador de hecho”.*

En la disyuntiva de tener que optar por una de ellas, reconoce el Tribunal Supremo que *“corolario de tal reflexión es fijar como doctrina de la Sala que «cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección”.*

A pesar de que se constituya el supuesto desde una mera perspectiva fáctica, las graves consecuencias que conlleva su declaración hacen necesario que por autoridad competente se dicte la expresa resolución que así lo establezca y constituya la correspondiente tutela legal. El trasvase de la declaración de desamparo desde la órbita judicial a la administrativa³ no

²Una síntesis de la bibliografía reciente consta en DOMÍNGUEZ ESTEVE, C., *El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo: análisis crítico de las últimas reformas*, Escuela de práctica jurídica de Salamanca, 2016.

³Decisión que provocó críticas doctrinales perfectamente recogidas por Tolivar Alas (1991). En cualquier caso, esta decisión resulta un presupuesto del que parto, sin que sea intención de este artículo su cuestionamiento, a pesar de declaraciones como la contenida en la STS 663/2013, 4 de noviembre de 2013 en la que se estima la casación con ocasión del alegato de la recurrente: jurisprudencia contradictoria acerca de quién tiene potestad para suspender la patria potestad. Se resuelve que la competencia para suspender el derecho que a los padres corresponde de visitar y relacionarse con un menor acogido es exclusiva competencia de los órganos judiciales. Claro está que, frente a ello, la STS 321/2015, 18 de junio de 2015 fija como doctrina jurisprudencial que la administración pública cuenta con legitimidad para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida

ha conciliado una opinión unánime sobre la naturaleza jurídica de la resolución de desamparo, como bien resume Cristina Campelo López:⁴ “En cuanto a la naturaleza del procedimiento de desamparo, debemos señalar que comúnmente es entendido como un procedimiento de naturaleza administrativa en tanto que se está desarrollando el ejercicio de una potestad que el Ordenamiento concede a la Administración, actuando ésta en ejercicio de la autotutela declarativa y ejecutiva. Por ello, será la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, el texto legal aplicable para todos los aspectos que no sean previstos por las legislaciones de las comunidades autónomas.

Sin embargo, existe un sector de la doctrina, entre los que se encuentra Villa Rubio, que entiende que, dado que la tutela administrativa se encuentra regulada en el código civil, pertenece a la esfera del Derecho privado. Siguiendo este planteamiento no podríamos calificar la resolución administrativa que declara el desamparo como un procedimiento administrativo, sino que se trataría de un procedimiento civil. Críticos con esta opinión doctrinal se encuentran tanto De Palma Del Teso como Saínz Moreno al entender errónea su argumentación por estar basada en la falta de objetividad de la Administración debido al hecho de que el procedimiento se encuentra presidido el mismo por el interés del menor. Para ellos la objetividad de la Administración supone una coincidencia con el concepto de buena administración, entendida esta como “la exigencia de una actuación administrativa bien fundada en el conocimiento de los hechos, en el derecho vigente y en los objetivos que se propone alcanzar”.

A mi parecer esta última postura es la más correcta, pues de la misma manera que entienden ambos autores, el carácter de acto administrativo queda determinado por el fin del procedimiento que supone el citado acto, así como las características propias de los mismos, sin dejar a un lado las peculiaridades del ámbito de actuación, ya que el tratarse de la protección de menores la citación debe conjugar los principios de prudencia, rigurosidad y agilidad y rapidez”.

Discusión doctrinal zanjada en el derecho positivo autonómico, que caracteriza a la resolución de desamparo con las notas de ejecutividad y ejecutoriedad, resultado y fruto del correspondiente procedimiento administrativo: como meros ejemplos, valga lo dispuesto por el art. 228-3 de la

adoptada. Al respecto, cfr. DE LA IGLESIA MONJE, M.I., *Acogimiento residencial, suspensión del régimen de visitas del menor y su interés supremo*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 2016.

⁴CAMPELO LÓPEZ, C., *Los menores en situación de desamparo*, Universidad de León, 2016.

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, el art. 58 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, del País Vasco, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, el art. 95 de la Ley andaluza Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía,⁵ la Ley valenciana 26/2018, de 21 de diciembre, de la Generalitat, de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia en su art 105 o la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores en Extremadura (art. 9).

Recogiendo esta realidad, la STS 1281/2016, de 17 de marzo de 2016 dijo “(...) el mandato constitucional impelió al poder legislativo a la promulgación de la normativa necesaria para la protección del menor, siendo la más significativa, de inicio, en este orden la Ley 21/1987 de 11 noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores. En ella se contempla el desamparo del menor y la previsión de la tutela otorgada a la entidad pública por ministerio de la ley cuando aquél se encuentre en esa situación. Con esta Ley tuvo lugar la desjudicialización del sistema jurídico de protección del menor. Más adelante se promulgó la Ley Orgánica 1/1996 del 15 enero, Ley de Protección Jurídica del Menor (...)”.

2. Caracterización general del colectivo de menores inmigrantes no acompañados

Un caso significado en que la esfera de las relaciones jurídico-públicas impone su impronta sobre el estado civil del menor se encuentra en los menores inmigrantes no acompañados (MENAs) colectivo en el que se complica el tradicional binomio derecho privado/derecho público al añadirse al mismo la vertiente del derecho internacional, como consecuencia de la extranjería de tales menores.

“Para un mejor entendimiento del concepto de MENA, utilizaremos la definición dada por el Consejo de la Unión Europea, tratada en el artículo 1 de su Resolución del 26 de julio de 1997, en la que define a los Menores Extranjeros No Acompañados como: “todos los nacionales de países terceros menores de 18 años que entran en el territorio de los Estados miembros sin estar acompañados de un adulto que sea responsable de ellos por la ley o el hábito, y mientras no estén efectivamente bajo cargo de tal per-

⁵En tal sentido, el art. 11 del reciente decreto 195/2020, de 1 de diciembre, por el que se regula la organización administrativa y la competencia de la administración de la Junta de Andalucía en materia de protección de menores sobre lo dispuesto por el art. 31 del decreto núm. 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa.

sona (...) (así como) menores nacionales de países terceros que fueron dejados solos después de entrar en el territorio del Estado miembro” (97/C 221/03)”.⁶

Para dimensionar correctamente esta problemática, tomando como fuente de datos a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras/Memoria Fiscalía General 2020/Congreso de los Diputados, se ofrece el siguiente cuadro, comprensivo de las entradas irregulares de menores en territorio español:

<i>Año</i>	<i>2014</i>	<i>2015</i>	<i>2016</i>	<i>2017</i>	<i>2018</i>	<i>2019</i>
Menores no acompañados	223	414	588	2,345	7,026	2,873
Menores acompañados	146	59	107	126	755	509

Tales menores no acompañados pertenecen muy mayoritariamente al sexo masculino (2.683/ 93,38%) frente a una minoría que pertenece al sexo femenino (190/6,61%). Por procedencia, el mayor cupo pertenece a Marruecos (60%) seguido de Argelia (12,28%), Guinea Ecuatorial (9,60%), Costa de Marfil (6,33%) y Mali (5,56%).

Estas cifras se refieren exclusivamente a menores arribados a España en embarcaciones muy precarias y peligrosas, denominadas genéricamente, “pateras”. Obviamente, otros muchos, imposibles de cuantificar, se han introducido en territorio nacional de manera clandestina por otras vías.

En el Registro de menores extranjeros no acompañados,⁷ constan bajo la guardia y custodia de las administraciones públicas 13.796 inscritos en el año 2018, 12.417 menores en el año 2019 (11.329 son niños y 1.088 niñas) y 9.283 menores a fecha de 31 de octubre de 2020 (8.365 niños y 918 niñas). La distribución territorial de las administraciones públicas acogedoras a tal fecha ofrece una gran disparidad: Andalucía acoge a 4.617 menores; Cataluña a 1.977; 1.398, Melilla; 777 el País Vasco; 691 la Comunidad Valenciana; 712 Ceuta; 489 Madrid; 262 Murcia; 421 Canarias; 208 Aragón; 151 Castilla-La Mancha; 98 Galicia; 117 Cantabria; 79 Asturias; 86

⁶ Save the children (2020).

⁷ Tal Registro (art. 215 del real decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el reglamento de la ley orgánica 4/2000) se aloja en la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, coordinado por la Fiscalía General del Estado y es un instrumento fundamental en la protección, identificación y documentación de los menores, dado que todo menor extranjero no acompañado que haya sido localizado en territorio nacional ha de ser inscrito mediante asientos personales, individualizados y numerados, con independencia de si son menores documentados o indocumentados, o si su minoría de edad resulte indubitada desde el momento de su localización o haya sido determinada por Decreto del Ministerio Fiscal.

Castilla y León; 71 Baleares; 209 Navarra; 45 Extremadura y 9 La Rioja.

Valga como resumen de la situación, desde la perspectiva jurídica, la siguiente reflexión de Pallarés Vaquero:⁸

“La doble condición que concurre en el colectivo que nos ocupa: menor extranjero y “no acompañado”, además de poner en marcha el sistema jurídico de protección del menor, hace que “entre en juego” la normativa de extranjería (...)

Eso sí, la solución de “conciliación” en los posibles conflictos que pudieran existir entre esta normativa en materia de extranjería y la aplicable en materia de protección de los menores, tanto de ámbito internacional, europeo como nacional, debe atender en todo momento a garantizar al menor la protección debida y a primar el interés superior del mismo sobre otros intereses legítimos, atendiendo a lo establecido en el artículo 3 en su apartado primero de la Convención de Derechos del Niño, en adelante CDN y en los artículos 2 y 11.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en lo sucesivo LOPJM. Pero esta “conciliación” no se presenta como tarea fácil en la práctica y no siempre se consigue de una manera correcta, entre otros motivos por las lagunas jurídicas de las que adolece la normativa existente, así como por la aplicación e interpretación incorrecta que de la misma hacen en ocasiones los distintos agentes y órganos que intervienen a lo largo de todo el proceso

(...) Sin perder la perspectiva de la doctrina Constitucional (STC 31/2010, de 28 de junio de 2010, por recurso de inconstitucionalidad en relación con diversos preceptos de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña: “En consecuencia, el art. 138 EAC ha de interpretarse en el sentido de que la referencia a la «inmigración» no se corresponde con esta materia constitucional, competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.2 CE)”), es evidente que la actuación de la Junta de Andalucía opera en una doble instancia en relación con los MENA: un primer momento, en el que desarrolla actuaciones transitorias de acogida y un segundo momento, de inserción en el sistema de protección de menores, en su caso. Responde a este análisis la resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (...).”

En la compleja red de normas jurídicas que se entrelazan en esta cuestión, es dovela del sistema el conjunto formado por los arts. 2 bis y 35 de la ley orgánica 4/2000 de los derechos y libertades de los extranjeros en

⁸ PALLARÉS VAQUERO, E., *Extranjería*, en VV.AA., *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*, Save the children/Agencia Andaluza de Cooperación Internacional, 2020.

España y su integración social (LOEx),⁹ deduciéndose de la misma el denominado “Protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados” (BOE de 16 de octubre de 2014).¹⁰

⁹Según el primero de ellos, referido en su título -significativamente- a la “política inmigratoria”, “El Estado garantizará el principio de solidaridad, consagrado en la Constitución, atendiendo a las especiales circunstancias de aquellos territorios en los que los flujos migratorios tengan una especial incidencia”. La norma especial para los menores extranjeros no acompañados encarna el art. 35, del cual destacamos los siguientes apartados:

“4. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle; 5. La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos; 11. La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas podrán establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los menores extranjeros no acompañados. Cada convenio especificará el número de menores cuya tutela se compromete a asumir la entidad correspondiente, el lugar de residencia y los medios materiales que se destinarán a la atención de los mismos; Estará legitimada para promover la constitución de la tutela la Comunidad Autónoma bajo cuya custodia se encuentre el menor. A tales efectos, deberá dirigirse al juzgado competente que proceda en función del lugar en que vaya a residir el menor, adjuntando el convenio correspondiente y la conformidad de la entidad que vaya a asumir la tutela; El régimen de la tutela será el previsto en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además, serán aplicables a los menores extranjeros no acompañados las restantes previsiones sobre protección de menores recogidas en el Código Civil y en la legislación vigente en la materia; 12. Las Comunidades Autónomas podrán llegar a acuerdos con las Comunidades Autónomas donde se encuentren los menores extranjeros no acompañados para asumir la tutela y custodia, con el fin de garantizar a los menores unas mejores condiciones de integración”.

¹⁰Sobre la adecuación a derecho de este protocolo, recayó STS de 31 de enero de 2018 según la cual “no cabe conferir al Protocolo aprobado el carácter de norma reglamentaria, sino de Instrucción interna”, dada en funciones de “coordinación que, por cierto, solo puede alcanzarse mediante un instrumento como el Protocolo, aprobado en cuanto no se alcanzaría con que cada uno de los órganos de la Administración General – que es quien tiene asumidas las competencias respectivas – e Instituciones que lo suscriben hicieran para su personal, para los que están jerárquicamente subordinados a las autoridades que lo suscriben, que tienen encomendadas funciones para intervenir en la actuaciones necesarias de realizar ante la presencia de un MENA en nuestro País. Y Ese era el mandato que se imponía en el artículo 190.2º del Reglamento, que es al que viene a dar cumplimiento el Protocolo. Y es que, en definitiva y como se concluye en la sentencia de instancia, la finalidad del Protocolo no es otra que la dar las

Este colectivo de menores se caracteriza por su condición inmigrante, siendo ésta la que define, por sí misma, su situación de desprotección: En efecto, tal conjunto de personas no presenta una situación de desamparo atendible por la competencia prototípica de protección de menores asumida por las Comunidades Autónomas (definida por factores que tengan que ver con el fallo de la familia como círculo primario y preferente de protección), sino que tiene – como tal colectivo – un perfil propio impuesto por el hecho migratorio, el cual exige una perspectiva bien diferenciada que atienda en el tratamiento de su problemática social y económica a las motivaciones, las aspiraciones, las necesidades que son inherentes a tal hecho. De hecho, aparecen como principales razones de la migración el “lograr un trabajo y alcanzar una mejor vida” (63.2%), frente a otras motivaciones como el “deseo de viajar y aventura” (2,6%) o la reagrupación familiar (2,6%), entre otros motivos no diferenciados.¹¹ De ahí que la aplicación a este colectivo de inmigrantes del marco normativo y de los recursos inicialmente pensados para menores en situación de desprotección “tradicional” presente desajustes que son inherentes a la utilización de instituciones no pensadas para dar la solución a la específica caracterización de aquéllos.¹²

Lo correcto es buscar encuadre en el conjunto de normas que sí tienen por supuesto de hecho el que nos ocupa. Y aquí surge la LOEX como punto de referencia que permite modular el encaje de las competencias que concurren: las relativas a la política migratoria y de fronteras (con su correspondencia en la esfera competencial de Unión Europea y la administración general del estado) y la de protección de menores (ligada a la competencia ejercida por las Comunidades Autónomas). Quiero decir que la aplicación del título competencial de menores, como amparo de la acti-

concretas instrucciones a cada cuerpo funcional que está llamado a esa intervención, sin que su contenido exceda de ese mero cometido interno, y con la confesada finalidad de coordinar la intervención del personal administrativo que asume competencias en esta materia”.

¹¹ Fuente: BRAVO, A. SANTOS-GONZÁLEZ, I., *Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención*, en *Psychosocial Intervention*, vol. 26, Issue 1, 2017.

¹² En palabras del Parlamento Europeo (resolución de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263 (INI), se “*insta a la Comisión a que tenga específicamente en cuenta a los menores no acompañados en el Fondo Europeo «Asilo e Inmigración» para prever garantías a largo plazo para la protección de los niños, también en relación con las secciones relativas a los refugiados, los solicitantes de asilo, las fronteras exteriores y el regreso y en el Fondo Social Europeo, en particular con vistas a prestar apoyo a las regiones más afectadas; considera que es preciso asegurar una financiación adecuada a largo plazo, en particular para los programas de identificación de los menores no acompañados, la acogida y protección adecuada, la designación de tutores legales, la búsqueda de los familiares, el traslado, la reintegración y la formación de las autoridades y guardias de fronteras”.*

vidad pública que se ejercite, tiene que estar ligada a su encaje en la política migratoria y fronteriza que resulta el título principal de la intervención pública, por ser el que atiende a su principal característica.

Es coherente con tal enfoque que sea precisamente en una norma con rango de ley orgánica donde se estructure el engarce de la competencia autonómica de protección de menores para con los menores extranjeros no acompañados; y guarda la misma coherencia que tal ley orgánica tenga por objeto la regulación de un aspecto de extranjería, exponente máximo de la competencia estatal, como sujeto parte de la Unión Europea.

En cualquier caso, esta visión *iuspublicista* de la institución no se opone frontalmente a la consideración personal del sujeto sobre el que se interviene, toda vez que los títulos desde los que se actúa por el conjunto de administraciones públicas son los propios que el derecho privado internacional establece (Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996) y tienen que ver con la competencia territorial del lugar de residencia habitual, entendiéndola ésta por la que se desarrolla ya en suelo español.

Ahora bien, es necesario admitir que la finalidad del ejercicio de la tutela sobre un menor desamparado en su consideración tradicional dista de la que por regla general corresponda aplicar a menores inmigrantes. Me explico: el ideal de la constitución de una tutela administrativa radica en la superación de las dificultades parentales que determinaron la situación de desamparo o – si ello fuera imposible – en la constitución de una nueva red familiar para el menor a través del acogimiento y en su caso, la adopción, de tal modo que ha de preverse el acogimiento residencial como un recurso de segundo grado. Sin embargo, esta finalidad se hace más compleja cuando el impulso vital del menor (por edad de este y por las circunstancias personales y familiares que lo caracterizan) es principalmente y en el mayor número de casos, la inserción laboral en un país extranjero, manteniéndose – en numerosísimos casos – relaciones de apego con su familia.

Sin negar que la constitución de una tutela (con el consiguiente acogimiento residencial o familiar) es una opción válida para garantizar los derechos de estos menores, entiendo que las relaciones de derecho internacional que se crean y la propia vivencia familiar de aquéllos aconsejarían profundizar en figuras alternativas que no implican una suspensión de la patria potestad de quienes, por definición, residen en el extranjero pero no necesariamente rompen el ligamen con su hijo o hija y se desvinculan de su proyecto migratorio. Me refiero, de *lege ferenda*, a la regulación ampliada de soluciones del tipo de la guarda administrativa – cuando no la creación de alguna tipología específica – que debieran particularizarse en función de tratados internacionales con los países de procedencia que abordaran los distintos aspectos de este particular hecho migratorio.

3. La categoría de menores inmigrantes no acompañados en el ordenamiento jurídico andaluz

A partir del título genérico del art. 148.1.20 de la Constitución Española (“*las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: Asistencia social*”), el art. 61.3.a) del Estatuto de Autonomía para Andalucía aprobado por la ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, atribuye a esta Comunidad Autónoma: “*la competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo, y de los menores infractores, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación civil y penal*”.

En su desarrollo, el reconocimiento de la especificidad de la inmigración de menores no acompañados tiene un principal exponente en la reciente ley 4/2021, de 27 de julio, de infancia y adolescencia de Andalucía, cuyo art. 131 dice:

“1. La protección de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados garantizará los derechos que les corresponden como menores de edad y se posibilitará su integración social plena independientemente de las posibilidades que existan para regresar con su familia. 2. Los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados bajo la protección de la Administración de la Junta de Andalucía tendrán derecho al acceso a todos los servicios y prestaciones cuya competencia tenga atribuida la Comunidad Autónoma de Andalucía, independientemente del estado de tramitación de su residencia o asilo, y en especial, en materias relacionadas con salud, educación, servicios y prestaciones sociales básicas, empleo, formación profesional y ocupacional. 3. Los profesionales que atienden a los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados además deberán estar formados en interculturalidad y sobre las necesidades que puedan tener estas personas menores para recibir la protección especializada que necesitan. 4. Las administraciones competentes adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tramiten las solicitudes de autorización de residencia y/o de la nacionalidad española de las personas bajo tutela o guarda de la Junta de Andalucía, de conformidad con la legislación de extranjería”.

Esta declaración significa la constitución de un derecho público subjetivo para cualquier menor que esté en una situación de desprotección caracterizada por su condición de migrante no acompañado. Es importante tener en cuenta que la situación fáctica del desamparo queda probada por el mero hecho de la migración en solitario habida cuenta la falta de redes familiares de protección en territorio nacional, de tal modo que aparece lo

que el art. 95.3 de tal ley señala como “*circunstancias que pongan en grave riesgo su integridad física o psíquica*”, con la consecuencia de la declaración de la situación de desamparo provisional como medida cautelar.

Luego, este conjunto de menores goza del derecho público subjetivo a que sobre los mismos se constituya la tutela administrativa que atribuya su guardia y custodia a la Junta de Andalucía y abre la puerta al conjunto de derechos sectoriales que la propia ley predica en materia psicoterapéutica, sanitaria y educativa (arts. 128-130) y muy especialmente, en el conjunto de prestaciones y servicios relacionados con la preparación para la vida independiente una vez alcanzada la mayoría de edad y por tanto, extinguida la tutela administrativa (art. 132), recursos que son esenciales para lograr la plena integración social y laboral de tales menores, carentes de redes familiares que los sostengan.

Sin embargo, la normativa general no contiene aún una previsión que atienda a la especificidad del colectivo que nos ocupa desde un punto de vista jurídico-administrativo. Así, el mapa de servicios sociales de Andalucía aprobado por orden de 5 de abril de 2019¹³ no distingue este colectivo del más amplio “*menores del sistema de protección*”, como tampoco lo hace el art. 42.2.e) de la ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales de Andalucía al considerar como prestación garantizada “*los servicios específicos para la protección de niños o niñas en situación de riesgo o desamparo*”. Por lo tanto, bien puede sostenerse que falta un expreso enfoque que atienda al hecho diferencial recogido en la ley del menor, cuestión ésta de enorme trascendencia toda vez que el apartado 1 del art. 42 de la ley de servicios sociales entiende por prestaciones garantizadas “*aquellas cuyo reconocimiento tiene el carácter de derecho subjetivo, son exigibles y su provisión es obligatoria para las Administraciones Públicas, en las condiciones establecidas en cada caso en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales y en el ejercicio de las competencias propias en materia de servicios sociales que les atribuyen el Estatuto de Autonomía de Andalucía y la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía*”.

En suma, la ley de infancia y adolescencia parece abrir un camino que debe ser completado para conformar un bloque de legalidad suficientemente sólido a efectos de instituir como categoría específica al colectivo de menores migrantes no acompañados, para así crear un marco sobre el que desarrollar los programas específicos que se destinen al mismo. Lógicamente, dependerá de lo anterior el mayor anclaje de lo que las características propias de este concepto aportan en la descripción de las especificaciones técnicas de los distintos contratos que, con el objeto de la gestión

¹³ <https://www.serviciosocialesandalucia.es/mapa-servicios-sociales>.

indirecta de los servicios públicos que se instituyan, se liciten por la Administración.

4. Consecuencias en orden a la gestión de las competencias administrativas derivadas del reconocimiento del derecho público subjetivo: La gestión del sistema público

De entre las clásicas formas de manifestar la actividad administrativa, el desarrollo de las funciones tutelares por la Junta de Andalucía tradicionalmente se ha sustanciado de manera indistinta a través de instituciones propias del servicio público o del fomento. Ahora bien, como crítica, de partida considero que no debería ser tal actividad administrativa el objeto de una relación de fomento, dada la catalogación de la esencia de la actividad desempeñada: un servicio público en sentido estricto que exige del ejercicio del *imperium* dirigido a la actuación proactiva de la administración pública en la prestación de éste; lejos, por ende, de una mera y discrecional financiación de iniciativas privadas que redunden en el interés público. No podemos olvidar que el menor goza de un verdadero derecho público subjetivo a recibir el cuidado necesario de la administración pública competente,¹⁴ lo que encuadra claramente esta actividad como objeto de servicio público, no de fomento administrativo. Esta idea se refuerza, según hemos apuntado, con el hecho de que en el desarrollo de las competencias administrativas de protección a menores desamparados vaya implícita la idea de *imperium* que se encarna en la policía administrativa como fuerza que actúa en la composición de la nueva realidad jurídica que recae sobre el menor y su familia: la suspensión de los derechos inherentes a la patria potestad y la constitución de la tutela legal constituyen en sí mismos una manifestación extrema de la posición de superioridad del Estado sobre los derechos de los individuos y exigen para su desarrollo de la capacidad coactiva que solo se legitima en el poder público.

Consiguientemente, no es ésta una actividad en la que pueda existir – al contrario de otros campos propios de los servicios sociales – una iniciativa privada a desarrollarse en sí y por sí misma con la ayuda financiera pública (esquema propio de la actividad de fomento administrativo vía subvención), sino que la legitimidad en la creación de este nuevo estatus recae

¹⁴ Es paradigmático el art. 42.2.e) de la ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales de Andalucía que considera como prestación garantizada “*cuyo reconocimiento tiene el carácter de derecho subjetivo, son exigibles y su provisión es obligatoria para las Administraciones Públicas*” las que sustancian “*los servicios específicos para la protección de niños o niñas en situación de riesgo o desamparo*”.

únicamente en la administración pública competente, la cual, en la generalidad de los casos, implicará la intervención de personas privadas pero únicamente en el ejercicio del estatus de mero contratista de la gestión indirecta del servicio público de acogimiento¹⁵ mediante contratos administrativos típicos o especiales dotados de una normativa que entronque directamente con la legislación general de contratos. Por lo tanto, hablaremos siempre de una colaboración público-privada desde la posición de servicio público, nunca de actividad de subvención u otra forma de fomento administrativo.

Comulgando con esta línea de pensamiento, el modelo integral de atención a los menores inmigrantes no acompañados y jóvenes extutelados implantado por la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en 2019 y que se desarrolla a través de la figura del concierto social, sustituye al dispositivo de emergencia mediante subvención desde el que se les atendía en anteriores legislaturas.¹⁶

Este modelo se basa en una exhaustiva evaluación de la gestión desarrollada, de los flujos migratorios y de los perfiles de los menores y se articula en torno a tres programas de atención:

- a) Programa de recepción: Constituido por dispositivos de gran capacidad y corta estancia, con el fin de verificar la condición de menor de edad y realizar las gestiones necesarias para la reunificación familiar del menor. A finales de 2021 este programa contaba con 57 plazas.
- b) Programa de estudio y diagnóstico: Evalúa la situación del menor en nuestra comunidad y su proyecto migratorio, para su tránsito hacia otros recursos especializados. A finales de 2021 había 47 plazas contratadas en este programa.
- c) Programa de inserción social y laboral: Además de atender las necesidades básicas del menor, desarrolla actuaciones de capacitación en competencias laborales y formación profesional encaminadas a la adquisición de habilidades para la vida independiente. Este programa, con carácter voluntario, acompaña a estos jóvenes hasta los 25 años y engloba recursos residenciales, formativos, de acompañamiento y de prácticas en empresas mediante un itinerario individualizado que es clave para su integración personal, social y laboral. A finales de 2021 contaba con 541 plazas y con un subprograma de adquisición de com-

¹⁵ Generalmente, residencial; en el caso del acogimiento familiar existen especialidades que exigen de una mayor precisión; vid. ORTIZ MALLOL, J., *La tutela administrativa: la zona de grises entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Algunas reflexiones*, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 92, 2021.

¹⁶ <https://juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticassocialesyconciliacion/servicios/actualidad/noticias/detalle/251852.html>.

petencias sociolaborales que en 2019 gestionó 2.267 itinerarios de inserción sociolaboral y logró que uno de cada tres jóvenes obtuviese un contrato de trabajo.

Para concluir la descripción de la forma de gestión de los distintos programas que componen el servicio público dirigido a menores no acompañados que se realiza en la Comunidad Autónoma de Andalucía mediante gestión indirecta, baste un mero apunte de la institución del denominado “concierto social”¹⁷ como instrumento específico, del cual bien se puede afirmar que *“desde luego la llamada «diferenciación» de concierto social no es razón para negar que es un auténtico contrato administrativo, puesto que estamos ante un negocio jurídico mediante el que la Administración asume determinados compromisos, fundamentalmente la asignación de fondos públicos para el sostenimiento de los centros y servicios concertados, mientras que las entidades prestadoras se comprometen a proveer determinados servicios sociales o sanitarios a los usuarios que designe la Administración y de acuerdo con las normas administrativas que los regulen. Esa estructura sinalagmática es característica de un contrato administrativo”*.¹⁸

En su sostén, indica Pizarro Nevado que *“como ha señalado oportunamente el Consejo Consultivo de Andalucía (dictamen 58/2018, de 7 de febrero), la configuración del concierto social como contrato administrativo especial permitirá la aplicación supletoria de la legislación de contratos del sector público para colmar las numerosas lagunas de su régimen jurídico, que también son habituales en la normativa de comunidades autónomas que optaron por su configuración como un instrumento no contractual y en la que no resulta tan clara esa solución. En particular habrá que prestar atención a las reglas del contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía.*

Además, optar por esta configuración supone que la aplicación de esa regulación especial sigue unos cauces bien conocidos. Por ejemplo, el Decreto 57/2020 regula un procedimiento típicamente contractual: expediente de contratación, convocatoria de la licitación, pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, presentación de ofertas.”

¹⁷ En la Comunidad Autónoma de Andalucía, se regula el concierto social por la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales de Andalucía y el decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de servicios sociales. En Galicia, el concierto social se regula en la ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia, en Euskadi la Ley 6/2016, de 12 mayo, del tercer sector social de Euskadi y en Aragón – por poner solo algunos ejemplos – en la ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario.

¹⁸ PIZARRO NEVADO, R., *El concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía*, en REALA, núm. 14, 2020.

Me sumo a esta opinión por entender que dibuja una realidad jurídica (“contractual”) de indudables ventajas frente a la consideración de la institución del concierto social desde perspectivas formalmente superadoras del contrato (como parece defender la ley foral de Navarra núm. 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales) pero que repiten el mismo esquema: gestión indirecta de servicios públicos por terceros que obtienen el título habilitador tras un procedimiento de acreditación de solvencia y mediante una oferta, a cambio de un precio. Con lo cual, a través del concierto social así considerado, la disposición adicional 49ª de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, se reconduce a la figura de los contratos administrativos especiales, los cuales integran singularidades en el proceso de selección y en la ejecución respecto del régimen de contratación típica de la citada ley de contratos – por eso son especiales – pero permiten siempre acudir a la red compuesta por la normativa, jurisprudencia y doctrina de la contratación administrativa como razón teórica de su propia existencia (en sí misma y en relación a la actividad de servicio público como contrapuesta de la de fomento administrativo) y de las lagunas de que pudiere adolecer la normativa especial.¹⁹

¹⁹Razón por la que discrepo de las conclusiones de CARAZA CRISTÍN, M.C., *El singular modelo de gestión de los servicios sociales en Andalucía: el concierto social*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2020. La postura de aquellos que creen posible el *tertius genus* adolece de un defecto de base: no aporta una dogmática que la distinga del contrato y de la subvención como manifestaciones de la intervención de un tercero en la gestión del servicio público o la actividad de fomento. En realidad, y a la vista de las propias Directivas, lo más razonable es pensar que cuando la ley de contratos del sector público habla de formas de prestación de servicios sociales no contractuales se refiere a formas de prestación de los servicios públicos distintas de las que la propia ley reconoce como típicas. Cualquier otra cosa es un empeño que exige, según indico, la creación de un universo normativo completamente nuevo. Y parece sostener esta conclusión la irrupción de los contratos “open house” como formas contractuales sujetas a la concreta normativa nacional y su exclusión del círculo de aplicación de la normativa europea por la carencia de una selección (adjudicación) en exclusiva, tal y como se pronuncian las SSTJUE Falk Pharma, C-410/14, de 2 de junio de 2016 y Tirkonnen, C-9/17 de 1 de marzo de 2018. Para un mejor conocimiento de esta tipología, cfr. DÍAZ SASTRE, S., *Contratos open-house: comprar sin licitar*, en REALA, núm. 15, 2021.

CAPÍTULO 12

Acerca de la protección y el retorno de los menores extranjeros no acompañados

*Juan Manuel López Ulla*¹

SUMARIO: 1. Cifras que demandan políticas. – 2. Derechos en los términos que establezcan los tratados y la ley. – 3. Salidas obligadas del territorio. – 4. Rechazo en frontera y repatriación de menores. – 5. La privación de libertad como medida de excepción.

1. Cifras que demandan políticas

De acuerdo con la Memoria de la Fiscalía General del Estado 2021, durante ese año fueron localizados 3.048 menores extranjeros no acompañados llegados a España por vía marítima en pateras u otras embarcaciones frágiles (259 menos que en 2020). De estos, 2.934 fueron niños y 114, niñas. El mayor número procedía de Marruecos (1.304) seguido por naturales de Argelia (540) y Mali (381). Igualmente, durante el año 2021 llegaron a España en patera un total de 986 niños en unión de adultos que afirmaban tener vínculo paterno-materno filial con el niño sin acreditarlo de manera fehaciente, lo que supuso un importante incremento respecto de los 550 niños que entraron de esta manera en el 2020. De ellos, 530 eran de sexo masculino y 456 de sexo femenino. Procedían en su mayoría de Costa de Marfil (379), y Argelia (296).

En cuanto al número de los inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, según la citada Memoria, a fecha de 31 de diciembre 2021, en él figuraban un total de 9.294 menores bajo la tutela o acogimiento de los servicios de protección. De ellos 8.282 son niños y 1012 niñas. Se ha producido un leve descenso respecto de los 9.030 inscritos en el año 2019.²

¹ Profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Cádiz.

² Estas cifras las recogemos del Informe anual del Defensor del Pueblo 2021, Volumen I, p. 132 (epígrafe 4.5.2). Nos hemos permitido corregir una errata en relación con el número

Inscritos en el Registro de Menores Extranjeros no Acompañados

2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
2.841	3.660	3.341	3.997	6.414	13.796	12.417	9.030	2.294

Fuente: Informe anual 2021 del Defensor del Pueblo.

Estos números no son del todo exactos, pues, aunque existe un Registro de Menores Extranjeros no Acompañados,³ todos los actores que intervienen de una u otra manera en la gestión del fenómeno migratorio reconocen la dificultad de conocer cuántos son verdaderamente los que pueden hallarse en el territorio nacional en cada momento. Basta con comprobar que la información que proporciona ese censo no coincide con la que suministran las instituciones autonómicas de protección en relación con quienes tienen bajo su guarda o tutela, ni con lo que señalan las memorias de la Fiscalía General del Estado o del Defensor del Pueblo. En cualquier caso, estos datos nos permiten tener una idea aproximada sobre la realidad del fenómeno.

Si extendemos la mirada más allá de este grupo que conforman los menores, los últimos datos que hemos podido consultar tienen la entidad suficiente como para que aquí les demos eco: al menos 2.276 personas perdieron la vida en 2020 tratando de alcanzar las costas europeas, 40.000, al menos, en lo que llevamos de siglo; en los cinco primeros meses de 2022 la tasa de mortalidad de las personas que se suben a una embarcación para llegar a Europa roza el 4%, esto es, una de cada veinticinco personas muere en el intento.

En este trabajo estaremos centrados en los menores extranjeros no acompañados sin distinguir la razón que les obliga a migrar. Pero quisiéramos, al menos, advertir que un número cada vez mayor de ellos son los que llegan al territorio de acogida solicitando protección internacional: más de 6,7 millones de personas tuvieron que huir de Siria debido a un conflicto que dura ya más de una década, y que se ha cobrado cerca de 500.000 vidas. Actualmente es el primer país de origen de las personas refugiadas en el mundo. Le siguen Venezuela (4 millones), Afganistán (2,6

de inscritos en el Registro en 2021 a fecha de 31 de diciembre: según el Informe del Defensor del Pueblo son 3.048, pero según la Memoria de la Fiscalía General del Estado ese número se corresponde con el de menores extranjeros no acompañados que llegaron a España en patera o en otro tipo de embarcación similar. El número de los inscritos es de 9.294.

³ Este Registro se contempla en el artículo 215.1 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

millones), Sudán del Sur (2,2 millones) y Myanmar (1,1 millones). Todo ellos representan el 68% de las personas que buscan refugio en el mundo.⁴

Por primera vez desde que se tienen registros, el número de personas en situación de desplazamiento forzado superó la cifra de los 100 millones, es decir, el 1,3 % de los habitantes del planeta. Es el equivalente a la población de países como Egipto o Vietnam, reporta ACNUR el 23 de mayo de 2022.⁵ De este total, se estima que alrededor del 42 % son niños y niñas; un millón de bebés nacieron como refugiados entre 2018 y 2020; y 21.000 niños y niñas no acompañados solicitaron asilo en 2020, lo que indica el terrible impacto que los conflictos políticos y sociales tienen en la juventud y la infancia.⁶

Las cifras que acabamos de exponer exigen soluciones. Hace ya veinticinco años, una Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 26 de junio de 1997, expresó su preocupación por el fenómeno de la llegada, estancia y retorno de los menores no acompañados en Europa. Poco más tarde, el Consejo Europeo de Tampere (1999) subrayó la necesidad de una política europea común en materia migratoria. Que todavía no exista en Europa un procedimiento marco que regule las medidas a adoptar a partir de la detención de un menor a causa de su irregularidad administrativa pone de manifiesto la actitud renuente de los Estados. La preocupación europea por la promoción y la garantía de los derechos humanos no se puede poner en tela de juicio, pero hay que reconocer que en relación con los flujos migratorio prima aún más el interés por proteger las fronteras.

Efectivamente, la realidad de los hechos no se corresponde siempre con los buenos propósitos que de las declaraciones formales se derivan. La particular vulnerabilidad de este colectivo no puede ser obviada por los poderes públicos, que a menudo tratan a los menores no como tales, sino como inmigrantes. Incluso nos atreveríamos a decir que este es el enfoque que con carácter general prima en la sociedad. Que nos hayamos acostumbrado a llamarlos MENAS dice mucho de esto, pues con el acrónimo no estamos, desde luego, subrayando la condición más humana.

A este respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño⁷ marcó un

⁴ Todos estos datos podrán ser verificados en la información que proporciona la web de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado en mayo de 2022.

⁵ Véase la información que ofrece la web de ACNUR con fecha de 23 de mayo de 2022, <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/emergencias/100-millones-refugiados-desplazados>.

⁶ Informe Global de ACNUR sobre el desplazamiento en el mundo durante 2020. <https://www.acnur.org/noticias/press/2021/11/618bfc2c4/%20https://www.unhcr.org/refugee-statistics/>.

⁷ La Convención sobre los Derechos del Niño se aprueba por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. El Instrumento de ratificación de España de dicha Convención se publica en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

punto de inflexión en la manera de tratar el tema de la infancia, en la medida en que sustituye la “doctrina de la situación irregular” por la “doctrina de la protección integral”, que en otros términos significa pasar de una concepción de los “menores” como objeto de tutela y protección, a considerarlos como sujetos plenos de derecho. En consecuencia, cualquier discusión sobre el estatus o situación administrativa de los menores migrantes no documentados habrá de partir de esta consideración básica: un menor inmigrante es sobre todo y antes de nada un niño. En los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos se trata de un principio bien consolidado en la doctrina de sus órganos jurisdiccionales de garantía.⁸

La naturaleza transnacional del fenómeno de la inmigración exige soluciones a nivel internacional. Los avances no se pueden negar, pero el empeño ha de ser mayor. Los poderes públicos no pueden reconocer que se trata de uno de los colectivos más vulnerables de la sociedad y al mismo tiempo consentir la situación de exclusión social en la que a menudo quedan cuando salen del sistema público de protección al cumplir la mayoría de edad. La integración social que para todos los extranjeros predica la Ley Orgánica 4/2000 en su mismo título, exige la implementación de políticas consecuentes con esa idea.⁹

En estas páginas no vamos a subrayar tanto los obstáculos como la extraordinaria labor que realiza la jurisprudencia recordando las ideas directrices que pueden ayudar a superarlos. Concretamente vamos a referirnos a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Constitucional español (TC). Por razones de espacio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos apenas será citada, pero vaya por delante la comunión de ideas que en la materia existe.

⁸ Así lo recuerda la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, capítulo VII, párr. 11. En el ámbito del Consejo de Europa, véase, por todas, las sentencias del TEDH *Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga c. Bélgica*, de 12 octubre de 2006 y *Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011.

⁹ El artículo 2 ter de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, Ley Orgánica 4/2000) ordena a los poderes públicos que promuevan “la plena integración de los extranjeros en la sociedad española (...)”, y, en particular, que “las Administraciones Públicas incorpor[en] el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos (...)”.

2. Derechos en los términos que establezcan los tratados y la ley

Aunque el artículo 13.1 CE disponga que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley”, el TC ha dejado claro que la expresión “libertades públicas” comprende todos los derechos y libertades que el Título I reconoce, esto es, que interpretar el concepto en un sentido literal-estricto (solo las libertades y no los derechos) supondría tanto como ignorar el principio-valor que abre el Título I, en el que se fundamenta toda la Constitución: el respeto a la dignidad de la persona y a los derechos que le son inherentes (artículo 10.1 CE). Al efecto, el TC también advierte que este precepto no distingue en función de la situación administrativa en la que el extranjero se encuentre, sino que se refiere a todos ellos. Esto es, por lo que concierne a la titularidad de los derechos, y con la excepción que marca el artículo 13.2, la Constitución no establece diferencias entre españoles y extranjeros. Una cuestión diferente es que el ejercicio de algunos de ellos pueda depender del cumplimiento de ciertos requisitos o condiciones.¹⁰

En relación con el artículo 13.1 CE conviene recordar también que la remisión a los tratados y la ley no desconstitucionaliza la posición jurídica de los extranjeros. Ciertamente es que el precepto concede al legislador (nacional o internacional) un amplio margen de libertad para concretar los “términos” en los que los extranjeros podrán gozar de los derechos y libertades en España, pero tales requisitos o condiciones no podrán ser impuestos ignorando los límites que la propia Constitución establece y que derivan “del conjunto del título I de la Constitución, y especialmente [de] los contenidos en los apartados primero y segundo del artículo 10 CE”.¹¹ Esto es, la Constitución no confía absolutamente al legislador el estatuto jurídico de los extranjeros.¹²

En cuanto a los requisitos o condiciones que el legislador puede establecer para que los extranjeros puedan gozar de los derechos y libertades que el Título I de la Constitución reconoce, el TC advierte que hay que atender a la naturaleza del derecho de que se trate, distinguiendo al efecto tres grupos:

¹⁰ Véase, al efecto, la STC 172/2020, FJ. 8.C). a). i).

¹¹ SSTC 107/1984, FJ. 4; 236/2007, FJ 3; 172/2021, FJ. 8.C).

¹² En relación con el estatuto constitucional de los extranjeros en España, ALONSO SANZ, L., *El estatuto constitucional del menor inmigrante*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

En uno primero estarían aquellos que son inherentes a la dignidad de la persona, razón por la que el legislador no podría establecer condiciones diferentes para españoles y extranjeros, con independencia de la situación administrativa en que es estos últimos pudieran encontrarse. A este grupo pertenecen los derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, a la tutela judicial efectiva, a la libertad y a la seguridad, y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.¹³

En un segundo grupo estarían los derechos y libertades de los extranjeros cuyo ejercicio o disfrute sí podrían quedar condicionados al cumplimiento de determinados requisitos, siempre que estos no sean contrarios a la Constitución, esto es: que sea el legislador el que los establezca; que el límite venga justificado por la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales; que exista una adecuación y proporcionalidad entre las medidas limitadoras y los bienes (constitucionalmente lícitos) perseguidos; y que la medida limitadora no venga a conculcar el contenido esencial del derecho objeto de la medida.¹⁴

El tercer grupo es el referido en el artículo 13.2 CE, que reserva a los españoles “los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”.¹⁵

Clasificados de esta manera los derechos reconocidos en el Título I, es importante recordar la cláusula de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos que contiene el artículo 10.2 CE. Este importante precepto “no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales”;¹⁶ esto es, “no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de esta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”.¹⁷

¹³ SSTC 107/1984, FFJJ 3 y 4; 99/1985, FJ. 4; 144/1990, FJ 5; 91/2000, FJ 7; 95/2000, FJ 3; 137/2000, FJ. 1; 236/2007, FJ 4.

¹⁴ SSTC 115/1987, FJ. 3; 57/1994, FJ 6; 18/1999, FJ 2; 292/2000, FJ. 11.

¹⁵ La Constitución solo reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23 CE (derechos de participación política y de acceso a funciones y cargos públicos). Al respecto, véase la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992. E.

¹⁶ STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5.

¹⁷ Entre otras, SSTC 36/1991, FJ 5; 172/2020, FJ. 8.C.a). En relación con la extraordina-

3. Salidas obligadas del territorio

El artículo 19 CE solo se refiere a los españoles cuando reconoce el derecho a entrar y salir libremente de España, en los términos que la ley establezca. Esta condición que el precepto constitucional establece nos permite hablar de un derecho de configuración legal. Esto es, para ejercer este derecho, los españoles habrán de cumplir con las condiciones que el legislador pueda establecer.

Que el artículo 19 solo se predique de los españoles no significa que restrinja la titularidad de este a los nacionales.¹⁸ Por una parte, adviértase el reconocimiento general que en relación con los extranjeros realiza el artículo 13.1 CE, que antes hemos recordado; y por otra, téngase presente la cláusula constitucional que obliga a interpretar los derechos y libertades reconocidos en el Título I de conformidad con los tratados en materia de derechos suscritos por España. Ahora bien, en la medida en que el derecho a entrar y salir de España no es uno de esos derechos que decimos que son “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (...), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano [es, pues,] lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella”,¹⁹ siempre y cuando tales requisitos no sean contrarios a los tratados y convenios internacionales suscritos por España (artículo 10.2 CE), sean establecidos por el legislador sin afectar al contenido esencial del derecho y persigan un fin legítimo observando el principio de proporcionalidad, como antes hemos recordado.

Así pues, “los extranjeros que por disposición de una ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el artículo

ria importancia de esta cláusula constitucional de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, véanse SAIZ ARNÁIZ, A., *Comentario del artículo 10.2 CE. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos*, en CASAS, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *Comentarios a la Constitución*, Fundación Wolters Kluwert. Madrid, 2008, 193-208; y SAIZ ARNÁIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*. El artículo 10.2 de la Constitución española, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

¹⁸ La STC 94/1993, FJ. 2, confirma que los extranjeros también son titulares del derecho reconocido en el artículo 19 CE. Distinto es que, para el ejercicio de este, el legislador pueda establecer condiciones que no exige a los españoles.

¹⁹ STC 94/1993, FJ. 3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que – a diferencia del Cuarto Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos – se encuentra ratificado por España, no puede ser ignorado a la hora de interpretar los arts. 19 y 13 de la Constitución, por imperativo de su art. 10.2.

19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el artículo 13.1 CE”.²⁰

Pues bien, a diferencia de los españoles, los extranjeros no tienen derecho a entrar en España si no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 25 Ley Orgánica 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, y en el artículo 4 de su reglamento de desarrollo. En caso de que tales condiciones no sean observadas existen varios procedimientos relativos a la salida obligada del territorio español: i) el retorno al punto de origen (artículo 60 de la Ley Orgánica 4/2000), como efecto derivado de la prohibición de entrada en España por los puestos fronterizos habilitados de extranjeros que no cumplan los requisitos legalmente previstos; ii) la expulsión del extranjero que se encuentra irregularmente en territorio español; y iii) la devolución de los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España, o de los que pretendan entrar ilegalmente, incluyendo “a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones”.²¹ A estos tres se suma el régimen especial que prevé la Disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, que en su apartado primero permite rechazar en la frontera de Ceuta y Melilla a los extranjeros que intenten superar los elementos de contención fronterizos, esto es, las vallas, o alambradas, para entrar de manera ilegal en España. Se trata de un régimen especial previsto exclusivamente para estas dos ciudades autónomas.

Estos procedimientos relativos a la salida obligatoria del territorio español habrán de respetar, “en todo caso, las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo y, especialmente, en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones (artículo 20 de la Ley Orgánica 4/2000), [así como el] derecho de asistencia jurídica gratuita y de intérprete, lo que garantiza el derecho de defensa (artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000), en concreto la formulación de alegaciones y la presentación de recursos, extremo éste expresamente contemplado en el artículo 21 de la Ley Orgánica 4/2000”.²² Esta es una de las razones por las que se impugnó las denominadas “devoluciones en caliente”, que es como popularmente se conoce a los rechazos en frontera de la citada Disposición adicional décima.

²⁰ STC 94/1993, FJ. 3.

²¹ Véanse los artículos 26.2, 57, 58.3. a) y b), y 60.1 de la Ley Orgánica 4/2000 y los artículos 15, 23.1.b), 242 a 248 de su Reglamento.

²² STC 172/2020, FJ. C. b).

4. Rechazo en frontera y repatriación de menores

La Disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000 contempla un régimen especial para Ceuta y Melilla. Tiene tres apartados. El primero permite que “los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial” de estas dos ciudades españolas del norte de África “mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera [puedan] ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España”. El segundo viene a recordar que tal rechazo habrá de llevarse a cabo “respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte”, que en puridad es un mandato que deriva de la cláusula de apertura internacional del artículo 10.2 CE. El tercero tampoco aporta nada nuevo, en cuanto que viene a señalar que las solicitudes de protección internacional no se pueden formalizar en cualquier sitio sino “en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos” y que “se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección interna”.

Esta Disposición adicional décima fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad que resolvió la sentencia 172/2020.²³ Los recurrentes consideraban que la medida en ella prevista conculcaba los artículos 9.3 y 106.1 CE, en conexión con el artículo 24.1 CE al entender que la misma habilitaba a la Administración, a través de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, a ejecutar rechazos en frontera sin procedimiento alguno.

Al efecto, el TC reconoce que “el «rechazo en frontera» previsto específicamente para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla es una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad la de restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento por parte de las personas extranjeras de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre”, pero el Tribunal recuerda que las garantías derivadas del artículo 106 “se satisfacen si los interesados tienen derecho a someter al examen de los tribunales la legalidad de [lo que ellos consideren] un incumplimiento por parte de la administración de las obligaciones nacidas de la ley» (STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 11)”. Es por esta razón que el TC considera que la disposición impugnada no es contraria a la Constitución, pues la persona extranjera que fuera rechazada en frontera podría

²³ Véase el comentario que a esta sentencia hace GIRÓN REGUERA, E., *El derecho a no ser rechazado en frontera sin garantías en Ceuta y Melilla en la jurisprudencia constitucional*, en LÓPEZ ULLA, J.M., y FIGUEROA MEJÍA, G.A., *Ampliación de derechos por los Tribunales Constitucionales y las Cortes Supremas*, Porrúa, México, 2022.

someter a control dicha “actuación material” a través de las acciones y recursos que el ordenamiento jurídico contempla.

A mayor abundamiento, el TC advierte que el apartado segundo de la disposición funciona como cláusula de garantía de la medida prevista en el apartado primero, pues viene a subrayar que tal actuación sólo será posible si se lleva a cabo “con las garantías que a las personas extranjeras reconocen las normas, acuerdos y tratados internacionales rubricados por España, lo que conecta, a través del artículo 10.2 CE, con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades”.²⁴

En relación con las referidas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, el TC advierte que “los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, entre las que se cuentan, con distinta proyección e intensidad, las que aparenten manifiestamente ser menores de edad (sobre todo cuando no se encuentren acompañados por sus familiares), debiendo atender la especial salvaguardia de los derechos reconocidos en el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, estar en situación de mujer embarazada o resultar afectados por serios motivos de incapacidad, incluida la causada por la edad avanzada y personas encuadradas en la categoría de especialmente vulnerables”.²⁵

La práctica ha puesto de manifiesto la necesidad de contar con protocolos de actuación que, de conformidad con los postulados constitucionales, aborden una serie de cuestiones que en la práctica generan ciertas dudas, como, por ejemplo: los procedimientos a seguir cuando los menores son advertidos por la autoridad pública (identificación, determinación de la edad y puesta a disposición de los servicios de protección), el procedimiento de repatriación al país de origen, o a aquél donde residan los familiares, los problemas relativos a la documentación, y diversas cuestiones en torno a la representación independiente y a la protección institucional de estos menores.

Una de las cuestiones más relevantes, como es sabido, es la relativa a la repatriación, que sólo debe ordenarse cuando el interés superior del menor así lo aconseje, tras la tramitación de un procedimiento con las debidas garantías de motivación, defensa y después de haber escuchado al afectado sobre sus circunstancias familiares y sociales.

De conformidad con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, los menores no acompañados que crucen ilegalmente las fronteras no debieran ser devueltos mientras que las autoridades competentes no se cercioren de que no quedarán en desamparo en su país de

²⁴ SSTC 36/1991, FJ 5, 172/2020, FJ. 8. C. b).

²⁵ STC 172/2020, FJ. 8. C. b) iii.

origen (artículo 37). La Resolución 1810 (2011) del Consejo de Europa y el Plan de Acción sobre los menores no acompañados de la UE (2010-2014) se pronunciaron en este sentido, advirtiendo que un menor no puede ser rechazado en frontera de manera automática, sino puesto a disposición de un tutor que pueda velar por sus derechos. La necesidad de buscar “soluciones duraderas de futuro” para los menores migrantes no acompañados también fue subrayada por la Recomendación del Comité de Ministros de 12 de junio de 2007. E igualmente se ha pronunciado en este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014: “las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, aun cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños. En esta línea, resulta indispensable que los Estados permitan el acceso de la niña o niño al territorio como condición previa para llevar a cabo el procedimiento de evaluación inicial” (parágrafo 83).

En cuanto al apartado tercero de la disposición impugnada, los recurrentes entienden que el rechazo en frontera no respeta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo que se refiere a la aplicación del principio de «no devolución», desincentivando el ejercicio del derecho de asilo previsto en el artículo 13.4 CE, conculcando también el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados; y en el ámbito de la Unión Europea, el artículo 19.2 de la Carta de derechos fundamentales, y el artículo 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, del retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular). El TC rechaza la acusación con el siguiente argumento:

En primer lugar, recuerda que el artículo 13.4 CE no reconoce un derecho fundamental como los enunciados en el capítulo segundo del Título I, sino que contiene “un mandato constitucional para que el legislador configure el estatuto de quienes se dicen perseguidos y piden asilo en España, [de tal manera que los] derechos del solicitante de asilo – o del ya asilado – serán, entonces, los que establezca la ley”. Obviamente, “la ley que regule el régimen de los extranjeros asilados – o peticionarios de asilo – [habrá] de respetar plenamente los demás preceptos de la Constitución y, en especial, los derechos fundamentales que amparan a los extranjeros”, esto es, como antes hemos recordado, al legislador no se le entrega un cheque en blanco. Al llevar a cabo la tarea que el constituyente le confía, habrá de tomar en consideración el marco que la propia Constitución dibuja. Recordado este principio general y descendiendo a la cuestión a resolver, el

TC subraya que “los derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona que la Constitución reconoce a todas las personas sometidas a los actos de los poderes públicos españoles” rigen durante el tiempo en que el solicitante de asilo permanece en «dependencias adecuadas» del puesto fronterizo, siendo, por ello, irrelevante la concreta ubicación territorial de dichas dependencias (STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4)” (STC 172/2020, FJ. 8.C.a).

A continuación, el TC recuerda, igualmente, el vínculo que existe entre el derecho de asilo y el principio de «no devolución»: este último “opera, hoy día, como una garantía aplicable a toda la legislación en materia de extranjería”, en cuanto que tiene por “finalidad (...) impedir la devolución de una persona a un territorio en el que su vida, integridad o libertad corran peligro”.²⁶ En consecuencia, el principio de no devolución se traduce en la obligación que los Estados tienen de asegurarse de que los extranjeros que se devuelvan al país de origen o de procedencia no serán torturados ni sometidos a tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 del CEDH).²⁷

Pues bien, al efecto, el TC recuerda que la sentencia de la Gran Sala del TEDH, de 13 de febrero de 2020, dictada en el caso *N.D. y N.T. c. España*, ya había reconocido que el rechazo en frontera no viola este principio ni viola el artículo 4 del Protocolo núm. 4 del Convenio cuando el Estado dispone de un acceso real y efectivo a los procedimientos legales de entrada donde el extranjero pueda presentar su solicitud de protección, como es el caso (parágrafo 209). Esto es, si se ofrecen los medios para presentar una solicitud de protección internacional y el extranjero, sin embargo, decide, sin razones convincentes, cruzar la frontera por un lugar no autorizado y no atenerse a la normas y procedimientos que le permitirían formalizar su petición de auxilio, el Estado no tiene por qué asumir esa decisión (parágrafo 210). Como este es el caso, y además la disposición impugnada recuerda la posibilidad que tiene el extranjero de formalizar su solicitud de protección internacional en los lugares habilitados en los puestos fronterizos, de conformidad con la normativa aplicable en la materia, “no se pueden acoger los reproches de inconstitucionalidad formulados por los recurrentes”, concluye el TC.

²⁶ STC 172/2020, FJ. 8.C); y en el ámbito de la Unión Europea, art. 19.2 de la Carta de derechos fundamentales, y art. 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, del retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

²⁷ SSTEDH de 28 de febrero de 2008, caso *Saadi c. Italia*, párrafos 124 a 133, 137 a 141 y 147 *in fine*; de 5 de mayo de 2009, caso *Sellem c. Italia*, párrafos 28 a 37; de 3 de diciembre de 2009, caso *Daoudi c. Francia*, párrafo 64; de 23 de febrero de 2012, caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, párrafos 113 a 114, y de 19 de diciembre de 2013, caso *N.K. c. Francia*, párrafos 37 a 41, entre otras.

Por todas estas razones el TC resolvió que el rechazo en frontera que la Disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000 contempla no es contraria a la Constitución si la Administración observa las condiciones que el Fundamento Jurídico 8.C) de la STC 172/2020 recuerda. Esto es, siempre que la medida sea aplicada en relación con entradas individualizadas, que quede garantizado el pleno control judicial de la misma y que las obligaciones internacionales asumidas por España en la materia no sean ignoradas.²⁸

5. La privación de libertad como medida de excepción

De conformidad con el artículo 37.b) de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el principio general es que no se debe ordenar la detención, el encarcelamiento o la prisión de ningún menor (sin distinguir, por tanto, por razón alguna) salvo que la medida resulte estrictamente necesaria, se imponga durante el periodo más breve posible y siempre de acuerdo con lo predeterminado por la ley. El Comité de Derechos del Niño y el Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes de Naciones Unidas han insistido en varias ocasiones en que se deben contemplar, cuando la situación lo permita, medidas alternativas al arresto, y que cuando ello no sea posible, la privación de libertad que imponga habrá de llevarse a cabo en condiciones que atiendan a la edad del menor.²⁹

Además de este mandato, y en relación con el tema que nos ocupa, el artículo 37 de la citada Convención también ordena que “ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles o degradantes” [apartado a)]; que “todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tenga en cuenta las necesidades de las personas de su edad”, entre ellas, que sea “separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”; que pueda “mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo circunstancias excepcionales” [apartado c)]; y que el menor privado de libertad pueda recibir sin dilación asistencia jurídica e impugnar ante un

²⁸ Véase el apartado tercero del Fallo y el FJ. 8.C). b) de la STC 172/2020.

²⁹ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párr. 61. Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párrafos 60 a 62.

tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial, la legalidad de su privación de libertad [apartado d)].

Estos requisitos de Naciones Unidas han sido igualmente asumidos por la Unión Europea y por el Consejo de Europa. A modo de resumen, valgan los criterios que la Recomendación 1985 (2011) señala que se han de tomar en consideración cuando de la detención de un menor extranjero no acompañado se trata²⁵: en principio un niño nunca debe ser detenido, y si hubiera esa necesidad, se ha de atender en primer lugar al interés superior del menor (apartado 9.4.1); sólo cuando no exista otra alternativa, y en los casos previstos por la ley, previa autorización judicial, será posible la detención del menor (apartado 9.4.2); en su caso, la detención habrá de tener lugar durante el menor tiempo posible, y habrá de atender en este caso a las necesidades de la edad del menor (apartado 9.4.3); los menores deben de ser detenidos en centro apropiados, no en las mismas condiciones que los adultos, y no deben ser separados de sus padres o de sus familiares salvo en circunstancias excepcionales (apartado 9.4.5); ningún menor debe ser privado de su libertad exclusivamente por razones relacionadas con su estatus como migrante, y nunca la detención por esta razón puede concebirse como una medida punitiva (apartado 9.4.6); y que en caso de no estar seguro de la minoría de edad, se le ha de dar el beneficio de la duda (apartado 9.4.7).

Aunque no llegó a ser discutida en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cabe destacar también, en relación con la importancia de evitar la detención de un menor, una moción de resolución presentada ante Comité de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible en 2012,³⁰ donde se daba fe de diversos estudios que demostraban los severos daños psicológicos y psíquicos que la detención genera en los menores, con independencia de que lo sean por un espacio corto de tiempo o por hechos delictivos efectivamente cometidos. Por este motivo, este documento advertía que los menores no acompañados no debían ser detenidos si la única razón para ello fuera la irregularidad de su situación administrativa en el territorio del Estado de acogida.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha confirmado que la detención de un menor extranjero no acompañado debe ser una medida de excepción, subrayando que en caso de que tal decisión fuera necesaria, la edad del menor habrá de ser determinante en relación con el trato que a este se le conceda.³¹

³⁰ *Children in detention* (2012), moción de resolución doc. 12907, referencia 3866.

³¹ El artículo 19.4 de la Directiva 2003/9/CE señala que las personas que trabajen con menores no acompañados deben tener la formación adecuada sobre las necesidades del menor.

La primera sentencia relevante en relación con las condiciones en las que un menor extranjero no acompañado puede quedar detenido es la que se dicta en el caso *Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga c. Bélgica*, de 12 de octubre de 2006 (conocida como sentencia *Tabitha*, nombre de la niña detenida). La sentencia declara la violación del artículo 3 del CEDH por las condiciones en que la menor, de cinco años, había quedado retenida durante dos meses (separada de sus padres y sin medidas de acompañamiento acordes con su edad por parte de personal cualificado). Ese trato es de “una falta de humanidad de tal calibre que alcanza la consideración de trato inhumano”, sentencia el Tribunal.³²

La detención de un menor en un centro de adultos normalmente ha comportado la violación del artículo 3 del CEDH, pero no por la detención en sí sino por las condiciones en las que la medida se ejecutó. Si estas son las correctas, esto es, si el menor no es retenido más del tiempo imprescindible y es tratado de manera conforme con su edad, el precepto que probablemente se declare conculcado será el artículo 5.1 CEDH.³³ El TEDH considera que no se conculca el artículo 3 CEDH cuando la privación temporal de libertad no provoca en el detenido un sufrimiento mayor al normal e inevitable en una medida de esta naturaleza.

Entre los elementos o factores que habrán de ser tomados en consideración para valorar el grado de sufrimiento infligido por motivo de la detención, el Tribunal se refiere a la edad y al sexo de la víctima, a su estado de salud, a la duración mayor o menor del tratamiento denunciado, a los efectos físicos y/o mentales (o psicológicos) que le hubiesen podido provocar, a los motivos que le hubiesen llevado a abandonar su país, a la circunstancia de que se encuentre solo o acompañado de algún familiar o allegado, y a cualquier otro que al efecto se considere relevante.³⁴

En el caso *Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga c. Bélgica*, el TEDH no declaró la violación del artículo 3 CEDH solo respecto de la menor sino también respecto de la madre. En relación con esta última, el TEDH tomó en consideración la actitud que con ella tuvieron las autoridades belgas, que no hicieron más que proporcionarle un número de teléfono para que pudiera contactar con su hija, respuesta que el TEDH considera

³² Véanse párrafos 50 y 51.

³³ *M.S.S c. Bélgica*, de 21 de enero de 2011, párrafo 221, 226 y 227; *S.D. c. Grecia*, de 11 de junio de 2009, párrafos 49 a 54; *Tabesh c. Grecia*, de 26 de noviembre de 2009, párrafos 38 a 44; *A.A. c. Grecia*, de 22 de julio de 2010, párrafos 57 a 65.

³⁴ En este sentido, *Rahimi c. Grecia*, cit., párrafo 86; *Labita c. Italia*, de 6 de abril de 2010, párrafo 120; *Price c. Reino Unido*, de 10 de julio de 2001, párrafo 24; *Mikadzé c. Rusia*, de 7 de junio de 2007, párrafo 108; *Assenov y otros c. Bulgaria*, de 28 de octubre de 1998, párrafo 94; *Raninen c. Finlandia*, 16 de diciembre de 1997, párrafo 55; *Tekin c. Turquía*, 9 de junio de 1998, párrafo 52.

que supera el grado de severidad suficiente para entender que con respecto a ella también se había conculcado el derecho a no ser objeto de un trato inhumano o degradante.³⁵

Que en *Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga c. Bélgica* se declarara la violación del artículo 3 CEDH respecto de la madre no significa que así se vaya a considerar siempre, esto es, que tal reconocimiento se extienda automáticamente a los familiares. Eso dependerá de las circunstancias concretas del caso. Por ejemplo, en *Mukhadddzhiyeva y otros c. Bélgica*, el TEDH declaró la violación de este precepto respecto de los niños que habían sido ingresados en un centro de adulto, pero no respecto de la madre, que en ningún momento estuvo separada de ellos.³⁶

Como ya hemos adelantado, si la detención de un menor no justifica siempre que se declare la violación del artículo 3 CEDH, sino que ello dependerá de las circunstancias del caso, que la detención se realice en un centro no acondicionado para menores, como puede ser por ejemplo una comisaría de policía o un centro de adultos, siempre ha motivado que el TEDH declare la violación del artículo 5.1 del CEDH (derecho a la libertad y la seguridad).

En estos casos, si el demandante aduce que tampoco pudo denunciar las condiciones en las que estuvo detenido, el TEDH también declarará la violación del artículo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo) o del artículo 5.4 (derecho a denunciar ante un órgano judicial la ilegalidad de la detención).³⁷

Entre las últimas sentencias del TEDH sobre detenciones de menores extranjeros no acompañados, *Mohamad c. Grecia* declaró la violación de los artículos 3, 5.1 13;³⁸ *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*, la de los artículos 3, 5.1 y 5.4;³⁹ *H.A. y Otros c. Grecia*, los artículos 3, 5.1, 5.4 y 13;⁴⁰ *Sh. D. y otros c. Grecia, Austria, Croacia, Hungría, Macedonia del Nor-*

³⁵ Véase parágrafo 61 de la sentencia *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit., parágrafo 48; y también al respecto, *Çakici c. Turquía*, de 8 de julio de 1999, parágrafo 98 y *Hamiyet Kaplan y otros c. Turquía*, de 13 de septiembre de 2005, parágrafo 67.

³⁶ *Mukhadddzhiyeva y otros c. Bélgica*, de 19 de enero de 2010, párrafos 56, 58 a 60 y 63.

³⁷ En este sentido, *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*, de 22 de noviembre de 2016; *Mohamad c. Grecia*, de 11 de diciembre de 2014. *Rahimi c. Grecia*, cit., parágrafo 86; *Labita c. Italia*, cit., parágrafo 120; *Price c. Reino Unido*, cit., parágrafo 24; *Mikadzé c. Rusia*, cit., parágrafo 108; *Assenov y otros c. Bulgaria*, cit., parágrafo 94; *Raninen c. Finlandia*, cit., parágrafo 55; *Tekin c. Turquía*, cit., párrafos 52 y 53; *Bati y otros c. Turquía*, 3 de junio de 2004, párrafos 113-120; *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit., parágrafo 48; *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, cit., párrafos 216, y 219 y 220.

³⁸ *Mohamad c. Grecia*, cit.

³⁹ *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*, cit.

⁴⁰ *H.A. y Otros c. Grecia*, de 28 de febrero de 2019.

te, Serbia y Eslovenia, los artículos 3 y 5.1 CEDH;⁴¹ y *Moustahi c. Francia*, los artículos 3, 5.1, 5.4, 8, 13 y el artículo 4 del Protocolo núm. 4.⁴²

De todas las sentencias referidas en este epígrafe, las dos primeras, las dictadas en los casos *Tabitha y Rahimi* son, sin duda, las más relevantes, las señeras en la materia. Una, porque subrayó el carácter excepcional que cualquier medida restrictiva de la libertad de un menor debe tener, así como la trascendencia de valorar su interés superior antes de tomar ninguna decisión que pudiera afectarle [artículos 3 y 37.b) de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño], y la otra, porque advierte que la obligación de velar por la salvaguarda de los derechos del niño no termina cuando este sale del centro de internamiento, de manera que, si dictada una orden de expulsión, la autoridades competentes se desentienden completamente de él, esa falta de cuidado, esa omisión del deber de socorro es calificable de trato inhumano o degradante.⁴³

A nuestro juicio la doctrina de la sentencia *Rahimi* también debiera ser de aplicación a los jóvenes extutelados, esto es, a los menores que al cumplir la mayoría de edad quedan automáticamente fuera del sistema público de protección. Aun cuando en esta sentencia el TEDH efectivamente se está refiriendo a un menor, y la condición de tal tiene una relevancia jurídica que es obvia, lo cierto es que, en el fondo, la sentencia está subrayando la obligación que la autoridad pública tiene de atender a quienes se encuentran en una situación evidente de desprotección. El Estado no puede abandonar a su suerte a quienes objetivamente no tienen medios para subsistir con dignidad, idea que inevitablemente nos recuerda el concepto de “procura existencial” (*daseinsvorsorge*) que acuñara el *iuspublicista* alemán Ernst Forsthoff a partir de las transformaciones experimentadas como consecuencia de la Revolución industrial.⁴⁴

A propósito, algunas Comunidades Autónomas en España están implementando políticas en ese sentido, al objeto de asistir a estos jóvenes durante un periodo transitorio de tres o cuatro años al objeto de que puedan continuar su formación o bien acceder al mercado de trabajo.⁴⁵ La

⁴¹ *Sh. D. y otros c. Grecia, Austria, Croacia, Hungría, Macedonia del Norte, Serbia y Eslovenia*, de 13 de junio de 2019.

⁴² *Moustahi contra Francia*, de 25 de junio de 2020.

⁴³ En este sentido también se pronunció el TEDH en *Neuling y Shuruk c. Suiza*, de 6 de julio de 2010, parágrafo 135.

⁴⁴ FORSTHOFF, E., *El Estado de la sociedad industrial. El modelo de la República Federal de Alemania*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

⁴⁵ En Andalucía, véase el programa +18: <https://www.extutelados.es/empleo/programa-18/>. En Aragón: <https://www.observatorioemancipacion.org/la-juventud-extutelada-perfil-encuestas-fepa/caracteristicas-de-jovenes-de-origen-extranjero-que-se-atendio-en-2020/>.

última reforma del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, operada en octubre de 2021, ha tratado de hacer frente a esta situación, modificando los artículos 197 y 198 ⁴⁶ al objeto de agilizar los procedimientos conducentes a la documentación de estos jóvenes. El tiempo revelará el carácter suficiente de la misma.

⁴⁶ Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

PARTE IV

Retos y perspectivas de la migración

CAPÍTULO 13

El desplazamiento forzado en Colombia desde una perspectiva interseccional

*Liliana Estupiñán-Achury y Leonardo Antonio Parra-Acosta*¹

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Desplazamiento forzado y pobreza ¿círculo vicioso? – 3. El Desplazamiento Forzado Interno y las mujeres: opresiones imbricadas. – 4. ¿Cómo ha afectado el desplazamiento forzado interno a los pueblos negros, afrodescendientes, originarios, raizales y palenqueros? – 5. Población LGBTIQ+. – 6. Un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado que aún no termina. – A manera de conclusión.

¹ El presente artículo es resultado de los proyectos de investigación “Justicia y derechos en el sur global: Conflictos territoriales y gobernabilidad democrática” Código del proyecto: (11010148) y “Proyecto REMOVE – Repensando la migración desde la frontera de Venezuela”, adscritos al Grupo de Investigación en Estudios Constitucionales y de la Paz de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre (Bogotá). Este escrito ha tenido el apoyo editorial y de investigación de María Camila Rosso-Gauta, joven investigadora del Grupo de Estudios Constitucionales y de la Paz. Liliana Estupiñán-Achury es Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad Externado de Colombia. Estancia posdoctoral en Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia (España). Curso/especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución, Ed. V de la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo - España). Magíster en Derecho Procesal, especialista en Derecho Constitucional, en Derecho administrativo y abogada de la Universidad Libre (Colombia). Profesora internacional con estancias de estudio, investigación y presentación de ponencias en diversas universidades y países desde el año 2005. Directora de la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia 2018, 2020 y 2021 y del Grupo de Investigación en Estudios Constitucionales y de la Paz de la Universidad Libre A Minciencias (Bogotá). ORCID ID: 0000-0001-5233-6516, desde la fecha de su fundación; correo: liliana.achury@hotmail.com liliana.estupinan@unilibre.edu.co. Leonardo Antonio Parra-Acosta es Politólogo de la Universidad del Rosario. Gerente de la Unidad de Monitoreo y Análisis de política pública en *Ágora Public Affairs & Strategic Communicatios*, Colombia. Joven investigador del Grupo de Estudios Constitucionales y de la Paz. Miembro de la ONG Escuela Viva por una Colombia Posible. Contacto: parra-acostaleonardo@gmail.com. ORCID ID: 0000-0002-1745-8283.

1. Introducción

La movilidad humana ha evolucionado en las últimas décadas de forma vertiginosa, según la Organización Internacional para las Migraciones el concepto de movilidad humana se puede definir como “la movilización de personas de un lugar a otro en ejercicio de su derecho a la libre circulación”.² Sin embargo, en el caso colombiano, existen dinámicas particulares que han tomado complejos matices en los últimos años, con consecuencias graves para millones de personas en el país, la más notable de todas es el Desplazamiento Forzado Interno (en adelante DFI). La categorización del DFI “(...) entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”.³

Colombia es uno de los países con mayor grado de afectación por la problemática del DFI, según el registro único de víctimas del gobierno nacional a fecha de 30 de abril de 2022 hay registradas 8.258.460 personas desplazadas por causa de la violencia y 9.323.129 eventos relacionados con este delito o acto de violencia.⁴ Además, según datos del informe Tendencias globales de desplazamiento forzado en 2020 del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados “Colombia siguió reportando el número más alto de personas desplazadas internas”.⁵ De hecho, existe un subregistro bastante importante de personas que se desplazan de manera temporal para resguardar su integridad física y su vida y al cabo de cierto tiempo deciden regresar a los territorios de donde fueron desplazados.⁶ Además, en el marco de la pandemia y a pesar de haberse firmado

² Organización Internacional para las Migraciones. *Módulo 2 Movilidad humana: Gestión Fronteriza Integral en la Subregión Andina*. 2012. <https://peru.iom.int/sites/g/files/tmzbdl951/files/Documentos/Modulo2.pdf>.

³ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Principios rectores de los desplazamientos internos*. 1998, UNHCR. https://www.acnur.org/prot/prot_despl/5bff2c864/principios-rectores-de-los-desplazamientos-internos.html.

⁴ Registro Único de Víctimas (RUV). 2022. Unidad para las Víctimas. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>.

⁵ ACNUR. *Tendencias Globales del Desplazamiento Forzado 2020*. 2020, ACNUR. <https://www.acnur.org/60cbddfd4.pdf>.

⁶ SUÁREZ, A., *Sesión 1 Curso de desplazamiento forzado* (JEP Colombia, 2021), <https://www.youtube.com/watch?v=iTIHBKoOtmw>.

el Acuerdo de Paz, el DFI no ha cesado, los casos han seguido ocurriendo ante la ocupación de los actores ilegales tras las nuevas configuraciones del territorio en postacuerdo.⁷

Estas cifras son el producto de un conflicto social, político y armado de larga duración y que podría tener como fecha de inicio los años sesenta del siglo XX hasta la actualidad.⁸ La violencia generalizada entre actores revolucionarios armados, el sector oficial, y estructuras criminales paralelas al ejército, entre otros, han desatado múltiples dinámicas migratorias. Además, se han configurado grupos armados que operan en la delincuencia común y se dedican al despojo de tierras. La disputa por el control territorial ha sido la causa de migraciones masivas, escenarios donde la población ha tenido que desplazarse para evitar riesgos contra su vida e integridad.

Esta expansión territorial por parte de los actores armados, guerrillas, paramilitarismo, narcotráfico y delincuencia común dedicada específicamente al despojo de tierras son las principales causas del DFI en Colombia.⁹ Además del desplazamiento y el despojo las comunidades sufren con la pérdida de redes sociales-comunitarias de amigos, familiares y vecinos.

Existen dos formas principales en las que se efectúa el DFI, en primera instancia, es perpetrado por parte de grupos armados organizados que operan para propósitos diversos, entre ellos efectuar acciones de DFI, y en segunda instancia, ocurre por medio de alianzas temporales o acciones concretas sobre un territorio específico y una vez efectuado el desplazamiento se disuelve la alianza criminal.¹⁰ La economía del narcotráfico fue un factor determinante para la transformación de las prácticas de despojo y de desplazamiento forzado, entre otros aspectos, al generar controversias internas alrededor de los grupos en conflicto y al impulsar la creación de nuevos actores para la búsqueda de tierras, despojo y sustitución de la economía agrícola por el narcotráfico. Dinámicas como la siembra de cul-

⁷ OCHA - ReliefWeb, “Colombia: Impacto y Tendencias Humanitarias Entre Enero y Agosto de 2021 (a 22 de Septiembre de 2021) - Colombia”, consultado el 25 de mayo de 2022, <https://reliefweb.int/report/colombia/colombia-impacto-y-tendencias-humanitarias-entre-enero-y-agosto-de-2021-22-de>.

⁸ A su vez, se ha polemizado alrededor del origen del conflicto armado en Colombia y no existe aún un consenso en esta materia, como afirma Sánchez, “Analistas y militantes debaten si este se remonta al conflicto agrario de los años treinta del siglo XX; a la liquidación del movimiento popular que encarnó Jorge Eliécer Gaitán, el líder asesinado en 1948; o al cierre de los espacios políticos y sociales por parte del acuerdo bipartidista del Frente Nacional (1958-1974) que pretendió poner fin a la conmoción social y política conocida con el nombre de La Violencia.” SÁNCHEZ, G., “Colombia: entre la guerra y la paz”, s/f. 1.

⁹ SUÁREZ, A., *op. cit.*

¹⁰ *Ibíd.*

tivos ilícitos, desplazamiento para la instalación de cultivos y laboratorios por tiempos definidos, así como la creación de entornos de normalización del narcotráfico, terminaron por minar el sector agrícola visto en serias dificultades para competir con la economía ilegal en el campo.¹¹

Este contexto tan particular que ha convertido a Colombia en el país con más DFI en el mundo debe ser analizado de manera específica, debido a que en esta intrincada historia de violencia las teorías clásicas de explicación del flagelo no logran dar elementos para entender la complejidad, longevidad y agravamiento del fenómeno. Ravenstein con su modelo economicista, el *pull* y el *push*,¹² o las teorías neoclásicas,¹³ los modelos de la “gravedad de la migración”,¹⁴ el “principio de menor esfuerzo”, los factores de empuje y atracción de Lee,¹⁵ así como las migraciones como respuesta a las diferencias entre salarios y tasas de desempleo como lo plantea Todaro,¹⁶ son insuficientes para explicar las dinámicas migratorias en un contexto como el colombiano, con multiplicidad de violencias, actores armados y factores sociales que influyen el DFI, sin duda, en una posición que no se asemeja a la de otros países de la región latinoamericana o del mundo.

Con base en esa consideración, es relevante desarrollar un análisis particularizado de las realidades locales y edificado bajo un método propio. Dado que las explicaciones anteriormente mencionadas corresponden a

¹¹ HERNÁNDEZ SABOGAL, M., *Una nación desplazada: informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia*, 2015, Centro de Memoria Histórica (Colombia).

¹² En este modelo se establece que los factores migratorios se ven determinados por motivaciones de orden económico, como explica León “el motor de las migraciones, son las disparidades regionales en niveles de renta y volumen de empleo, además de la inadecuada distribución territorial de la fuerza de trabajo”, LEÓN, A.M., “*Teorías y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales*”, PERILLA LOZANO, L., y RAMÍREZ, M.H. (eds.), *Trabajo social*, n. 7, 2005, 67.

¹³ ABAD, R.G., *Un estado de la cuestión de las teorías de las migraciones*, en *Historia Contemporánea*, 26, 2003, Artículo 26. <https://doi.org/10.1387/hc.5455>.

¹⁴ Como aseveran VALENCIA AGUDELO, G.D., MONTOYA POLANCO, J.D. y LOAIZA MEJÍA, D., “*los modelos de gravedad de la migración (Gravity Models) relacionan el volumen de la migración positivamente con el tamaño de los lugares de origen y destino, y negativamente con la distancia entre ellos*”. VALENCIA AGUDELO, G.D., MONTOYA POLANCO, J.D. y LOAIZA MEJÍA, D., “*Desplazamiento forzado y mercado laboral en las principales ciudades de Colombia*”, en *Sociedad y Economía*, el 25 de abril de 2019, <https://doi.org/10.25100/sye.v0i37.6203>. 54.

¹⁵ Como seguidor de la tradición de Ravenstein, Lee definió 18 leyes de las migraciones, ampliando las consideraciones de Ravenstein. Sin embargo, como lo explica García Abad, estos enfoques aún cuentan con muchas deficiencias para explicar el fenómeno en América Latina, ABAD, R.G., *op. cit.*

¹⁶ VALENCIA AGUDELO, G.D., MONTOYA POLANCO, J.D. y LOAIZA MEJÍA, D., *Desplazamiento forzado y mercado laboral en las principales ciudades de Colombia*, en *Sociedad y Economía*, 37, 2019, 50-70. <https://doi.org/10.25100/sye.v0i37.6203>.

realidades distintas a las del conflicto colombiano para entender el fenómeno del DFI en un territorio extremadamente diverso. Un entorno con multiplicidad de matices, condiciones de violencia inusitadas en el contexto europeo o norteamericano y en razón a las insuficiencias que aún perduran en las teorías sobre migraciones internas desde una perspectiva interseccional que incluya a las mujeres, los/as menos favorecidos/as, los/as ancestrales (115 pueblos)¹⁷ y pueblos negros, RROM y palenqueros y las personas con identidad sexual diversa, lo que invita a desarrollar un análisis de orden inductivo y con lentes interseccionales, en el que partiendo de los registros y datos existentes respecto al DFI sea posible llegar a conclusiones generales que contribuyan a aclarar las características de la problemática en Colombia.

Sin duda el enfoque que cuenta con las herramientas necesarias para desarrollar un análisis desde esta perspectiva y que relaciona los diversos factores de vulnerabilidad es el interseccional, que en palabras de Magliano:

(...) reflexiona acerca de las experiencias de los grupos subordinados y las relaciones de poder que estructuran las sociedades, no subsumiéndolas a una sola forma de clasificación social, a la vez que contempla el modo en que los sujetos cuestionan y resisten las lógicas de opresión y subordinación. En segundo lugar, considera que el género, la etnicidad, la raza y la clase social, entre otras clasificaciones sociales, operan en múltiples niveles de la vida social, configurando una base material e ideológica. En este sentido, la interseccionalidad es entendida a nivel de grupos y sujetos y también a nivel estructural, dando cuenta de las bases materiales de la desigualdad. En tercer lugar, establece que la producción de conocimiento debe considerar las posiciones y clasificaciones sociales de manera relacional, complejizando los enfoques que intentan reducir las experiencias de los sujetos bajo el lente de una sola categoría.¹⁸

El análisis interseccional es una propuesta teórica y metodológica que se desarrolla en contextos especiales, culturales y temporales específicos; así, resulta atinado para las complejas particularidades del DFI en Colombia. Además, cobra especial relevancia, en los análisis migratorios. Por eso, Floya Anthias “enfatisa la centralidad de retomar la dimensión de género pensando también en su sentido etnizado, racializado y de clase; al

¹⁷ DANE, *Población indígena de Colombia resultados del censo nacional de población y vivienda*, 2018, Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE.

¹⁸ MAGLIANO, M.J., *Interseccionalidad y migraciones: Potencialidades y desafíos*, en SCHEIBE WOLFF, C., OLIVEIRA RAMOS, T.R., COELHO DE SOUZA LAGO, M. (eds.), *Revista Estudios Feministas*, 2015, 691-712. <https://doi.org/10.1590/0104-026X2015v23n3p691>.

mismo tiempo que subraya que no es posible comprender los sentidos de la etnicidad y de la migración sin tener en cuenta el género y la clase”.¹⁹ Adicionalmente, analizar el fenómeno desde estos lentes que contemplan varias categorías, permite ampliar la perspectiva hacia planteamientos de reparación y sanación desde las mujeres, las/os sobrevivientes, las/os subalternizados/as y las prácticas ancestrales y comunitarias de los pueblos que han sufrido esta problemática, lo que consolida herramientas comunitarias y plurales de reparación, no repetición, de memoria y de justicia.

2. Desplazamiento forzado y pobreza ¿círculo vicioso?

En Colombia la pobreza multidimensional y la pobreza monetaria son factores determinantes en los niveles de vida de la población, tanto en el contexto urbano como en el rural, la pobreza muchas veces determina los niveles de acceso a salud, alimentación de calidad, condiciones de vivienda digna y los niveles de acceso a oferta educativa.

Según el DANE “Entre 2019 y 2020 hubo un incremento de 0,6 puntos porcentuales en la tasa de incidencia de la pobreza multidimensional a nivel nacional; 0,2 puntos porcentuales en las cabeceras; y aumentó 2,6 puntos porcentuales en los centros poblados y rural disperso. En 2020 el porcentaje de personas en situación de pobreza multidimensional en centros poblados y rural disperso fue 3,0 veces el de las cabeceras”.²⁰ “El 80% de los pequeños agricultores del país tienen menos de una Unidad Agrícola Familiar (UAF), es decir, son microfundistas”.²¹ Además, según las cifras del PNUD²² los datos de pobreza no difieren de manera drástica entre las zonas rurales y las zonas urbanas, sin embargo, los habitantes de las zonas rurales se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad.

¹⁹ MAGLIANO, M.J., *Interseccionalidad y migraciones: Potencialidades y desafíos*, in en SCHEIBE WOLFF, C., OLIVEIRA RAMOS, T.R., COELHO DE SOUZA LAGO, M. (eds.), *Revista Estudios Feministas*, 2015, 691-712. <https://doi.org/10.1590/0104-026X2015v23n3p691>.

²⁰ DANE, “Pobreza multidimensional”, 2021, <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/pobreza-multidimensional>. p. 9.

²¹ SEGRELLES, J.A., *Propiedad de la tierra y pobreza agrorrrural en Colombia: Una combinación que pone en entredicho los Derechos Humanos de la población*, en MARTÍN LÓPEZ, M.A., et al. (eds.), *Tierra, Derechos Humanos y desarrollo: supuestos y visiones desde África y América*, Sevilla, Egregius, 2020, 131.

²² PNUD, *Panorama de la pobreza en el sector rural-El PNUD en Colombia*, 2021, <https://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/-sabias-que-/panorama-de-la-pobreza-en-el-sector-rural.html>.

Al desagregar la población rural por clases sociales se encuentra que del 90,9% de la población de las áreas rurales de Colombia, en el año 2020, el 42,9% era pobre y el 48% se encuentra en condición de vulnerabilidad; mientras que del 67,7% de la población en las ciudades, el 42,4% son pobres y el 25,3% vulnerables.²³

En adición a la dramática situación de pobreza que vive el país, se suma el factor del DFI, de manera que se intersectan varias dinámicas de vulnerabilidad que hacen más traumática e indigna la situación para las/os sobrevivientes del desplazamiento. Al reasentarse en otra zona, es posible que enfrente condiciones complejas que profundicen de manera continua su situación de carencia económica.

El fenómeno del DFI ha golpeado de forma diversa a los contextos urbanos y a los rurales, la población campesina que ha sido víctima se ha visto afectada de manera más grave debido a la pérdida de sus activos de trabajo como la tierra o los animales; las dificultades que deben ostentar para competir en entornos laborales ciudadanos. Además de la falta de empatía y el rechazo social que padecen las víctimas más pobres del desplazamiento, un fenómeno explicado por el concepto de aporofobia, acuñado por Adela Cortina, que teoriza en torno a la recepción con mejores ojos y oportunidades a unos/as y que desprecia o rechaza a los/as más vulnerables.²⁴

Un sino que no termina, de hecho para el año 2019, según cifras del DANE, el porcentaje de personas adultas que se autodenominan campesinas que han sido víctimas de desplazamiento forzado, resulta alarmante. De la totalidad de los/as campesinos/as encuestados/as (aproximadamente 10.822.000) el 11.6% afirma haber sido víctima de desplazamiento forzado, además, en las cabeceras municipales también se percibe el fenómeno de manera grave con un indicador de 16.3% de los/as encuestados/as que afirman haber sido víctimas de DFI. Aunque en centros poblados y rurales dispersos la cifra apunta hacia el 7.8%, el conjunto total de los datos aportados señala una tendencia grave en cuanto a la presencia del DFI en las comunidades campesinas.

De una pobreza rural a una pobreza propia del mundo del desplazamiento. Tal como afirman Sierra-Puentes y Correa-Chica²⁵ el DFI desarrolla transformaciones profundas en los ingresos de las personas afectadas,

²³ *Ibíd.*

²⁴ CORTINA ORTS, A., *Aporofobia, el rechazo al pobre*, Ediciones Paidós, 2017 <https://bibliotecacomplutense.odilok.es/opac?id=00147591>.

²⁵ SIERRA-PUENTES, M., CORREA-CHICA, A., *Realidad socioeconómica de personas en condición de desplazamiento forzado en Colombia: Revisión sistemática en Suma Psicológica*, 26(2), 2019.

las cuales se ubican generalmente en empleos del sector informal. El hambre o la denominada seguridad alimentaria, ante la imposibilidad de producir su propio alimento, intercambiar o comercializar su ya obstaculizada producción. La salud, la alta probabilidad de adquisición de enfermedades infecciosas dadas las condiciones precarias de vivienda y un reporte alto de cuadros de desnutrición, problemas gastrointestinales y enfermedades crónicas e incapacitantes, alteraciones en el bienestar emocional, depresión, intentos de suicidio y ansiedad.²⁶

A todo lo anterior se suma, las condiciones vulnerables de vivienda de las poblaciones víctimas de DFI, las cuales se ven sometidas a una recurrente situación de hacinamiento y precariedad. Generalmente discriminadas desde el punto de vista territorial en las fronteras de las ciudades o en espacios de difícil acceso y deficiente cobertura y calidad de los servicios públicos. Un escenario que agrava uno de los pilares del Estado colombiano, el principio de la dignidad.²⁷

Con respecto al acceso a la educación se dilucida que los/as desplazados/as forzados/as cuentan con menores niveles educativos que la población receptora, además, las problemáticas económicas en las que se ven inmersos dificultan el desarrollo óptimo de los procesos educativos.²⁸

“se observa que al nivel de primaria (hasta grado 5), accede alrededor del 8.8% de desplazados; a secundaria (hasta el grado 11), alrededor de 5.63%; mientras que a la educación superior (mayor al grado 12), no accede más del 2% de personas en condición de desplazamiento forzado. Las cifras indican un panorama desalentador, porque: menos del 15% de la población desplazada accede a la educación formal, y de ellos la mitad lo hace en niveles bajos, un 30% en niveles medios y menos del 20% a niveles altos.”²⁹

Una vez la población desplazada, puede volver a ser objeto del mismo vejamen, una historia de nunca acabar. Así lo señala el estudio publicado en *El Reto. Vol. 18 Impacto de la pandemia en las víctimas del delito de desplazamiento forzado*, de: “728 de los 907 hogares encuestados se han desplazado en una sola ocasión, cifra que representa el 80,3% de los mismos, mientras que 179 hogares, o sea el 19,7% del total, han sido víctimas de más de un desplazamiento forzado”.³⁰ “El número de hogares que registra

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ CASTIBLANCO-CASTRO, C.A., *Efectos del desplazamiento forzado sobre el acceso a la educación en Colombia*, en *Revista de investigación, desarrollo e innovación*, 10(2), 2020, 297-310.

³⁰ GARAY SALAMANCA, L.J., BARBERI GÓMEZ, F., RAMÍREZ GÓMEZ, C.L., & MORENO ES-

más de un desplazamiento se ha venido incrementando con el correr del tiempo, al punto de que entre los años 2015 y 2021 ascendió a 75, cifra que equivale al 41,9 % del total de estos hogares”.³¹

Sin duda, un estado de cosas inconstitucional³² que todavía no se ha superado en Colombia y que afecta el círculo vicioso de la pobreza y del hambre. Como se observa, la dignidad como principio pilar del Estado social de Derecho, se ve afectada de forma radical ante este flagelo y con ello la calidad y los proyectos de vida de los millones de seres humanos afectados/as, también de los animales, la naturaleza y de los territorios violentados. Detrás de todo esto, hay unos actores ganadores, los que propician el despojo, la usurpación y la posterior legalización cuestionable de las tierras o la utilización para nuevos fines criminales, nada por supuesto, en el marco de vías legales o morales. Millones de sobrevivientes quedan con mínimas posibilidades de retorno y de reparación. A esta situación compleja, tal como ya se ha señalado, le debemos agregar las otras formas de opresión que analiza la interseccionalidad o la lectura desde los más vulnerables, en ese escenario, las problemáticas se agravan y las posibilidades de reconstrucción son cada vez más lejanas.

3. El Desplazamiento Forzado Interno y las mujeres: opresiones imbricadas

Colombia apenas se abre al mundo de la igualdad, de la equidad y de la no discriminación. La Constitución Política en su artículo 13 señala que:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Según datos aproximados entregados por el DANE para el año 2018, las mujeres corresponden al 51,2 % de la población colombiana (23.312.832).³³

COBAR, C.E., *El Reto*, en *Impacto de la pandemia en las víctimas del delito de desplazamiento forzado*, vol. 18, no. 18, 2021. https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PA00ZB3T.pdf.

³¹ *Ibíd.*

³² El Estado de Cosas inconstitucional, en adelante ECI.

³³ DANE, “¿Cuántos somos? Censo nacional de población y vivienda”, consultado el 7 de

Población que aún no goza de manera plena de la igualdad formal y sustancial que se invoca en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991, lo que explica el preocupante puesto 59 en materia de brecha de género, según reporta el Índice Global del Foro Económico Mundial.³⁴ El panorama se puede agravar cuando se disgrega entre las mujeres del mundo rural y del urbano o cuando se realiza la lectura en perspectiva interseccional y de DFI.

El Registro Único De Víctimas (RUV) para el año 2022 da cuenta de un universo de 9.278.531 personas de las cuales, 8.258.460 corresponden a desplazados/as. De esta penosa cifra, 4.121.585 son mujeres, las cuales fueron sometidas a diferentes clases de violencia: usurpación y despojo forzado de tierras, actos terroristas, atentados, enfrentamientos, hostigamientos, amenazas, confinamientos, delitos contra la libertad y la integridad sexual en desarrollo del conflicto armado, desaparición forzada, desplazamiento forzado, homicidio, lesiones personales físicas, lesiones personales psicológicas, minas antipersonal, munición sin explotar y artefacto explosivo improvisado, pérdida de bienes muebles o inmuebles, torturas y vinculación de niños niñas y adolescentes a actividades relacionadas con grupos armados.³⁵

La condición de niña, niño o mujer ha sido doblemente afectada por el desplazamiento, ante lo cual han tenido que huir de sus espacios en “otro-ra seguros”, asumir roles de sostenimiento económico de la familia y de cuidado. Asunción de empleos que aún no tienen en Colombia el elemento de la dignidad propio de los estándares internacionales, como los del servicio doméstico, emprendimiento, vendedores informales, albañilería y demás actividades con la que apenas logran subsistir.³⁶

Cuando la violencia ha separado familias y les ha arrebatado la vida a los padres, las mujeres tienen que sobrellevar una carga más fuerte alrededor de la crianza de los niños y las niñas y el sostenimiento económico de la familia. “La tasa de jefatura de hogar femenina es bastante elevada, como quiera que ascienda al 61 % en los hogares encuestados, pero además el 77,7 % de estas mujeres carece de cónyuge, y de ellas el 43,4 % cuentan con hijos menores de 18 años.”³⁷

Por otra parte, sus derechos políticos se ven seriamente afectados

junio de 2022, <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivenda-2018/cuantos-somos>.

³⁴ WEF, *Global gender gap report*. marzo, 2021 https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2021.pdf.

³⁵ Registro Único de Víctimas (RUV). *op. cit.*

³⁶ SIERRA-PUENTES, M., & CORREA-CHICA, A. *op. cit.*

³⁷ GARAY SALAMANCA, L.J., BARBERI GÓMEZ, F., RAMÍREZ GÓMEZ, C.L., & MORENO ESCOBAR, C.E., *El Reto*, cit., https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PA00ZB3T.pdf.

cuando asumen roles de liderazgo o papel activo en sus comunidades, sobreviviendo al miedo constante y serios problemas de seguridad traducidos en: “amenazas, persecuciones, asesinato de familiares, violación y un sin número de acciones violentas”.³⁸

En adición a la condición de vulnerabilidad por su género, se encuentra la pobreza y las situaciones de discriminación derivadas del sistema patriarcal, en ese sentido, también han tenido que enfrentar otro tipo de problemáticas como la violencia sexual. En la misma clave de lectura interseccional, las mujeres sobrevivientes de este flagelo se han visto afectadas en su dignidad y calidad de vida. No cuentan con un sistema que les garantice la salud, de hecho:

“el 34% de las mujeres manifiestan que actualmente se encuentran enfermas, siendo la hipertensión arterial la condición que más afecta a estas mujeres con un 19%, seguido de situaciones relacionadas con la salud mental con un 19%, los problemas osteomusculares afectan al 16%, los problemas digestivos afectan al 11% y la migraña afecta al 9%, también se reportan situaciones relacionadas con la diabetes, problemas circulatorios y problemas hormonales”.³⁹

Al cruzar esta opresión patriarcal con el tema de la ancestralidad, de los pueblos negros, afros, raizales, palenqueros y RROM, en un país que además de violento discrimina en términos raciales, se encuentra otra intersección de las opresiones. En consideración con el autorreconocimiento étnico, las mujeres indígenas tienen las cifras más altas entre todos los hechos victimizantes de DFI en el conflicto armado, con información actualizada al 31 de marzo de 2022, 132.596 mujeres acreditadas como indígenas y 115.860 no acreditadas han sido víctimas de DFI; además Afrocolombianas (Acreditada RA) 53, Gitanas (RROM) (Acreditada RA) 347, Gitanas ROM 4.124, Negras (Acreditada RA) 10, Negras o Afrocolombianas 584.838, Palenqueras 3.901s Palenqueras (Acreditada RA) 2, Raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia 4.405.⁴⁰

A pesar de esta marcada opresión heteropatriarcal, racista, clasista del conflicto y del fenómeno del DFI, las mujeres son las que han garantizado la construcción de la paz en Colombia, papel invisibilizado y que apenas logra un espacio de reconocimiento en el mundo político, social, econó-

³⁸ SERNA MUÑOZ, W.A., ACOSTA GRISALES, A.F., & LIZARAZO AMAYA, C.C., *Las mujeres en el marco del desplazamiento forzado en Colombia, análisis sobre cambios sociales y culturales*, 2021.

³⁹ ROMERO-JIMÉNEZ, M.L. & COCUNUBO-VALBUENA, J.F., *Calidad de vida en mujeres víctimas del conflicto armado entre 2019 y 2020*, en *Revista Loginn: Investigación Científica y Tecnológica*, 5(1), 2021, 4.

⁴⁰ *Registro Único de Víctimas (RUV). op. cit.*

mico, cultural, académico, entre otros.⁴¹ Ante la inacción y demora del Estado, ellas han ejercido un proceso de organización, educación, movilización y resistencia; han tejido redes de apoyo determinantes para poder llevar a cabo un proceso de reasentamiento de la manera menos traumática posible y han hallado en las prácticas comunitarias y ancestrales formas distintas de construcción de escenarios de reparación y sanación.

La perspectiva comunitaria ha apuntado hacia procesos de resignificación y de reparación que contribuyen a la reconstrucción de sus entornos.⁴² A su vez, las organizaciones de mujeres desarrollan activismo en búsqueda de las verdades del conflicto, para recuperar la memoria como ejercicio de reparación:

La verdad, para quienes perdieron sus seres queridos o para los que aún están desaparecidos, representa una de las mejores maneras de ser reparadas. Comprender y respetar este sentir de las mujeres víctimas ha sido esencial para la movilización de las organizaciones.⁴³

De manera que mediante prácticas comunitarias y ancestrales “las mujeres víctimas del conflicto armado organizadas, materializan la visión pluralista del derecho de reparación”.⁴⁴ De hecho, la máxima, “sin mujeres no hay paz”⁴⁵ en Colombia se hace viva. Las mujeres han impulsado en sus diversos movimientos los procesos de paz y la implementación. Las mujeres sobrevivientes participan de forma activa y plural en la construcción de la memoria y la verdad, tanto en resistencia como dentro de los marcos formales e informales que se desarrollan para la construcción de la paz en Colombia.

⁴¹ ONU Mujeres, *Vivencias, aportes y reconocimiento: las mujeres en el proceso de paz de La Habana*, 2017.

⁴² GÓMEZ, A.B. & RODRÍGUEZ, A.F., “No soy una víctima... soy una sobreviviente” *Redes de apoyo y procesos de Recuperación participativos en mujeres afrodescendientes desplazadas por el conflicto armado colombiano*, en *Cadernos Brasileiros de Saúde Mental/Brazilian Journal of Mental Health*, 13(36), 2021, 01-40.

⁴³ ZAPATA SERNA, G.E., *Un análisis del rol de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia en la constitución del derecho de reparación desde el pluralismo jurídico y el enfoque de género*, en *Reflexión Política*, 23(48), 2021, 56-68.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ Consejo de seguridad de las Naciones Unidas, *Resolución 1325 de 2000*.

4. ¿Cómo ha afectado el desplazamiento forzado interno a los pueblos negros, afrodescendientes, originarios, raizales y palenqueros?

El racismo estructural⁴⁶ también hace de las suyas en el mundo de la violencia y del desplazamiento forzado. Otra arista que llega para agravar la situación de las víctimas. Colombia es una paleta de colores y de pueblos, muchos de ellos ubicados en territorios abandonados por el Estado y que apenas estrenan márgenes de autonomía dentro del marco de la Constitución Política de 1991. Para su infortunio, los territorios, la mayoría de ellos, en clave colectiva, son presos de los actores de la guerra y del conflicto. En una sociedad que discrimina, la simple salida de sus colectivos territorios protectores, puede ser objeto de mayores niveles de opresión, discriminación y dolor.

Cuando estas comunidades son forzadas a dejar sus territorios, toda su historia, cosmovisión, autonomía, autogobierno, justicia, ley de origen, derecho mayor,⁴⁷ herramientas para su sustento económico, sus tierras y sus animales, terminan doblemente vulneradas. De paso, llegan a un entorno adverso en el que deben enfrentarse a las barreras del idioma, discriminación laboral con entornos marcados por competencias distintas a las de los sectores rurales, sin vivienda, seguridad social ni nada. Todo un cóctel para la máxima discriminación.

Colombia tiene un número aproximado de 48.258.499 de colombianos,⁴⁸ este número se debe cruzar con el de personas víctimas que reporta el Registro Único ya referenciado en este escrito, el cual asciende a 9.278.531 a su vez con el número de personas que se auto identifican étnicamente y como víctimas del DFI, así: Afrocolombianos acreditados: 104 gitanos RROM acreditados: 700 gitanos RROM: 8.891, indígenas: 230.966,

⁴⁶ Para Olisa, el racismo estructural se ve reflejado en los imaginarios sociales sobre las personas marginalizadas por los imaginarios sobre la “raza”. De manera específica, señala la problemática de las personas afrodescendientes y señala la que “una persona “normal” sigue siendo la imagen de un hombre blanco promedio. ¿Qué decir de los negros? Un negro es “una persona-negra” – con toda la carga ideológica que representan a los negros de acuerdo con esta sociedad – y no solo “una persona”. Lo que parece muy obvio es una construcción social potente que determina el espacio y papel de cada uno, y no solo direcciona los prejuicios, también nuestro contexto como individuos.” OLISA, M., *Lo normal no es ser blanco – Sobre Kant y el racismo*, en *Afrofeminas*, 2016. estructural <https://afrofeminas.com/2016/09/05/lo-normal-no-es-ser-blanco-sobre-kant-y-el-racismo-estructural/comment-page-8/>.

⁴⁷ Véase a NOVOA MORENO, M.L., & MESTRE IZQUIERDO, K.B., *La justicia propia de los pueblos indígenas en Colombia. Conceptualización y ejercicios prácticos*, en *Saber, Ciencia Y Libertad*, 16(2), 2021, 21-43. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2021v16n2.7747>.

⁴⁸ DANE. *op. cit.*

indígenas acreditados: 266.854 negros acreditados: 18, negros o afrocolombianos: 1.136.265, raizales del archipiélago de San Andrés y providencia: 8.467, palenqueros: 7.444 y palenqueros acreditados: 2.⁴⁹

Para el caso indígena, “según Gómez et al. (2016), la última Encuesta Nacional de Salud Mental 2015 ENSMC-2015 reportó que el 15.7% de los hogares indígenas que alguna vez fueron desplazados por la violencia, vivían en la pobreza al momento de responder la encuesta, de los cuales 19% habitaban en zona urbana y 16%, en zonas rurales; además, según estos autores, en dicha encuesta se señaló que el 20% de los hogares indígenas en situación de pobreza y el 37% de los ubicados en territorios urbanos referían haberse sentido discriminados”.⁵⁰

Como indica el estudio *Métodos mixtos para la identificación de los determinantes socioeconómicos de la pobreza auto percibida en comunidades indígenas del rural disperso colombiano* el principal factor de auto reconocimiento de la pobreza en poblaciones indígenas es “haber presentado desplazamiento forzado, cuando este aumenta en una unidad, la probabilidad de que el cabeza de hogar indígena se auto reconozca como pobre aumenta en 8,6%”.⁵¹

El DFI también afecta de forma contundente a los pueblos negros y afrocolombianos. Según el registro único de víctimas a fecha de 31 de marzo de 2022 registra al menos 1.136.265⁵² víctimas. Le siguen los grupos indígenas que registran la segunda cifra con mayor presencia de DFI entre los grupos poblacionales afectados por el conflicto armado colombiano.⁵³ El desplazamiento de los pueblos afros tiene una característica específica que se suma a la de la violencia, es la creación de megaproyectos que afectan de manera sistemática y drástica el ambiente y los entornos de vida de las comunidades, como señala el estudio de Gómez y Rodríguez (2021) “*No soy una víctima... Soy una sobreviviente*” *redes de apoyo y procesos de recuperación participativos en mujeres afrodescendientes desplazadas por el conflicto armado colombiano*, en un período de 20 años 73.2% de los afrodescendientes perdieron territorios de los que

⁴⁹ Registro Único de Víctimas, 2022, *op. cit.*

⁵⁰ GÓMEZ et al. en: ESLAVA, L.F.R., MENDOZA, Z.C.U. & CÓRDOBA, F.E., *Desplazamiento forzado interno y salud mental en pueblos indígenas de Colombia. El caso Emberá en Bogotá. Desplazamiento forzado y salud mental indígena*, en *Tesis Psicológica*, 14(2), 2019, 42-65.

⁵¹ CASTAÑEDA RICO, K., PÉREZ SÁNCHEZ, A.M. & RUIZ GÓMEZ, J.L., *Métodos mixtos para la identificación de los determinantes socioeconómicos de la pobreza auto percibida en comunidades indígenas del rural disperso colombiano*, 2021, 29.

⁵² Afrocolombiano (Acreditado RA) 104, Negro (Acreditado RA) 18, Negro(a) o Afrocolombiano(a) 1.136.265. Registro Único de Víctimas.

⁵³ Indígenas: 230.966, Indígenas (Acreditados RA): 266.854. Registro Único de Víctimas 2022, *op. cit.*

fueron desplazados por la violencia o por megaproyectos como la palma aceitera.⁵⁴

Hoy sabemos que este racismo estructural es el causante de que día a día el pueblo afrocolombiano deba enfrentar un acceso desigual al desarrollo económico, social y político del país, que se manifiesta en dificultades para el acceso a servicios educativos, al trabajo, a ingresos, y a la participación en la toma de decisiones a nivel nacional y local.⁵⁵

Referente al pueblo gitano y RROM el registro único de víctimas señala la presencia de 8.895 víctimas de desplazamiento forzado pertenecientes a la población gitana RROM no acreditadas, y 700 víctimas acreditadas. Por otra parte, el Registro Único de Víctimas indicó que 7.439 personas palenqueras han sido víctimas de DFI. Es muy diciente que solamente dos personas víctimas de desplazamiento forzado han sido acreditadas. Los pueblos raizales del archipiélago de San Andrés y Providencia también han sufrido DFI, el registro único de víctimas reporta 8461 víctimas.⁵⁶

En un país con racismo estructural estas cifras hablan. Después de treinta años, apenas podemos vislumbrar respeto por el pluralismo y la diversidad de pueblos o de nacionalidades que habitan el territorio. Este racismo se agrava por la ubicación estratégica de las comunidades, territorios diversos, objeto de apropiación o de conversión en corredores de la criminalidad. La consulta previa⁵⁷ tanto para pueblos ancestrales como

⁵⁴ GÓMEZ, A.B. & RODRÍGUEZ, A.F., *op. cit.*, 01-40.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Registro Único de Víctimas 2022, *op. cit.*

⁵⁷ “La consulta previa es el derecho fundamental (CCC, SU-039/97) que tienen los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, cada vez que se vaya a tomar una decisión que pueda afectarles directamente o cuando se pretenda realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios que puedan afectarles directamente. Mediante este mecanismo se busca llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, además de hacer efectivo el deber de proteger la integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación de estas colectividades. En este orden de ideas, la consulta y la participación de los pueblos indígenas, son primordiales para definir la política y la forma como deberá darse aplicación al Convenio núm. 169 de la OIT. La consulta previa se fundamenta en el derecho que tienen los pueblos indígenas de decidir sus propias prioridades en lo que concierne al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, la consulta previa se soporta en el derecho de dichos pueblos a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional, susceptibles de afectarles directamente (artículo 7 del Convenio núm. 169).” RODRÍGUEZ, G., *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2017.

los afros, negros, raizales, palenqueros y RROM ha permitido un mínimo de protección, así como el reconocimiento efectivo de los territorios indígenas o de protección de sus espacios comunitarios, pero todo esto no es suficiente cuando de la violencia se trata. Minería legal e ilegal, narcotráfico, actores ilegales de diversas clases terminan minando y contaminando los territorios. Al final, las cifras dan cuenta del temor de muchas de estas comunidades abandonadas por el Estado y su movilización forzada a cinturones de miseria, territorios adversos o en el peor de los casos, al mundo de la criminalidad o de la guerra.

Es evidente como los distintos factores de opresión se ven imbricados y confluyen agravando la situación de pobreza, discriminación étnica y de género, además de los vejámenes propios de sufrir un episodio de DFI.

5. Población LGBTIQ+

Un Estado que se ha caracterizado por un constitucionalismo blanco, patriarcal, católico y hétero,⁵⁸ marca que incluso quedó plasmada en la Constitución Política de 1991, también hace de las suyas o se agrava cuando de la comunidad LGBTIQ+ se trata. Otro aspecto para analizar con lentes de interseccionalidad.

Las opresiones y discriminaciones en contra de la población LGBTIQ+ ya son una problemática preocupante aún antes de cruzarse con el mundo del DFI:

Entre el 2019 y 2020 se presentaron 388 casos de violencia y discriminación, donde el 50% corresponden a crímenes de odio contra las personas trans. La justicia colombiana no ha investigado estos hechos, generando un manto de impunidad. Por esta razón, las personas LGBTIQ+ (en especial las personas trans), no están alcanzadas por los sistemas de justicia, de educación, de protección social y de cuidado sanitario, encontrando en la economía popular (específicamente en el trabajo sexual no regularizado), la forma de garantizar sus condiciones materiales de subsistencia, en un contexto de violencia, discriminación y hostilidad.⁵⁹

⁵⁸ Según CUIEL, O., *La heterosexualidad es un régimen político y una institución que expresa una estructura hegemónica del poder masculino. El régimen heterosexual de la nación un análisis antropológico lesbico-feminista de la constitución política de Colombia de 1991.*

⁵⁹ FAJARDO CARRILLO, J.E. *Informe núm. 23: Organización popular en Colombia: mujeres y diversidades sexuales desplazadas/es, desprotegidas/es, movilizadas/es y organizadas/es, en el marco del Paro Nacional 2021*, 2021, <https://www.flacso.org.ar/wp-content/uploads/2021/06/Informe-23-Observatorio-OPPRE-Organizacion-Popular-en-Colombia-de-mujeres-y-diversidades.pdf>. p. 6.

El análisis interseccional tiene, por lo tanto, que tomar en consideración el tema de víctimas en clave de diversidad sexual. Según el registro único de víctimas del año 2022 del total de víctimas ya anotado, 3.965 se autoidentifican como personas con OSIG.⁶⁰ Al desagregar este dato en clave de interpueblos o de ancestralidad, se observa que la mayoría de las víctimas de DFI no se identifican como parte de ningún grupo originario o étnico (98 y 104 acreditadas/os). De las que se identifican, se observa mayor opresión en pueblos negros o afro (586); le siguen, los/as ancestrales (6), los/las raizales (5), palenqueros y, por último, una persona identificada como gitana.⁶¹

La población diversa también ha sido objeto de innumerables hechos victimizantes, tales como: abandono forzado de tierras, acto terrorista, atentados, combates, enfrentamientos, hostigamientos, amenazas, confinamientos, delitos contra la libertad y la integridad sexual, desaparición forzada, homicidio, pérdida de bienes muebles e inmuebles, secuestro, tortura, y vinculación de niños, niñas y adolescentes, pero el hecho victimizante de mayor recurrencia es el DFI.⁶²

Los niveles de violencia a los que han sido sometidos merecen una atención especial tanto en el mundo de las políticas públicas, en los protocolos de género, como en el mismo mundo académico, que aún presenta un estado del arte incipiente en este tema de discriminación y sufrimiento. Todo esto se explica, en parte, en los marcos teóricos que aún cunden el mundo social, de la política e incluso de la academia, muy en la mira de las epistemologías del norte, el blanqueamiento y la tradicional lógica heterosexual que, sin duda, han invisibilizado el impacto de este flagelo y sus consecuencias en el mundo de los/as diversos/as sexuales, doblemente o triplemente afectados por su opción sexual y por la violencia que se encarna, tal como se ha descrito en este capítulo, contra los/las empobrecidos/as, las mujeres, los/las diversos/as y los diferentes pueblos en Colombia.

⁶⁰ Orientación sexual y género diverso. “OSIGD es el denominativo más utilizados para designar al colectivo de personas diversas con orientación sexual e identidad de género diversas. Es un acrónimo sinónimo de “LGTBI”, pero OSIGD comporta un enfoque de derechos más preciso.” Ministerio de Justicia y del Derecho. *Cápsula demográfica en enfoque diferencial – Serie 2*, 2020. <https://www.minjusticia.gov.co/Sala-de-prensa/PublicacionesMinJusticia/CAPSULA%20PERSONAS%20OSIGD.pdf>.

⁶¹ Registro Único de Víctimas, *op. cit.*

⁶² Registro Único de Víctimas, *op. cit.*

6. *Un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado que aún no termina*

La resistencia de las mujeres sobrevivientes a situaciones de DFI y su confluencia en organizaciones comunitarias permitieron impulsar acciones colectivas para exhortar al Estado a restablecer sus derechos. Desde sus colectivos hicieron que Colombia volcara su mirada sobre el tema del DFI, de hecho, el legislador ha configurado normas relacionadas con los fenómenos que lo producen. Es el caso de la Ley 387 de 1997, “por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado”, la Ley 890 de 2004 que aumenta una tercera parte de la pena tipificada en el artículo 159 del Código penal: “deportación, expulsión, traslado o desplazamiento de población civil”, la Ley 1190 de 2008 “Por medio de la cual el Congreso de la República de Colombia declara el 2008 como el año de la promoción de los derechos de las personas desplazadas por la violencia, la Ley 1448 de 2011 o “Ley de víctimas y restitución de tierras” y demás normativas que las reglamentan.⁶³

Dado que el DFI ha afectado de manera sistemática los DDHH y los derechos fundamentales de millones de personas en Colombia, ha sido objeto de innumerables tutelas y de otras acciones jurídicas, lo que ha conllevado a múltiples pronunciamientos de la justicia en sus diversos niveles jerárquicos. La Corte ya se había pronunciado más de 17 veces para el 2004 y, con la gran sentencia hito (Sentencia T-025), declaró ese mismo año el ECI en materia de DFI, así como el diseño e implementación de un riguroso proceso de seguimiento.⁶⁴

Sin duda, el fenómeno es de tal magnitud, que además de este trascendental pronunciamiento y de las normativas que lo acompañan, el DFI nuevamente fue contemplado en el último acuerdo de paz, que incluyó todo un capítulo sobre el tema de reforma rural integral en donde se pretendió responder al necesario proceso de retorno y de construcción de las condiciones del nunca jamás en materia de desplazamiento forzado.⁶⁵ La gran pregunta, luego mirar las cifras de hectáreas usurpadas durante el

⁶³ Departamento Nacional de Planeación. Política de Atención a víctimas - Normatividad. <https://www.dnp.gov.co/politicas-de-estado/politica-de-atencion-a-victimas/Paginas/Normatividad.aspx>.

⁶⁴ La sala de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 fue creada por la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante el Acta 19 del 1 de abril de 2009. Corte Constitucional, *Integranes de la Sala*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/integranes.php>.

⁶⁵ ESTUPIÑÁN ACHURY, L. (ed.), *Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica*, en *Colección Doctorado*, Bogotá, D.C: Universidad Libre, no. 7, 2018.

conflicto, esto es, 6.5 millones de hectáreas,⁶⁶ la hace Fajardo: “¿Dónde están? Las comunidades no vivían en el aire. Estas tierras existen, pero hay que recuperarlas”.⁶⁷ No obstante, con este Acuerdo y todos los esfuerzos desarrollados para la superación del ECI, se ha generado toda una dinámica de reconstrucción de los territorios, que aún es incipientemente (mucho por hacer, el porcentaje de ejecución es deplorable).⁶⁸ A pesar de la salida de miles de excombatientes de los territorios del conflicto en Colombia; el Estado no ha hecho presencia efectiva, lo que ha permitido que otros actores retomen, ocupen y controlen.⁶⁹ En esas condiciones, seguimos en un tema de nunca acabar.

Todos los esfuerzos para paliar este flagelo se han realizado en consonancia con el artículo de la Constitución Política de 1991 que reconoció a la paz como un valor, un principio y como un derecho constitucional de reforzada protección. Este reconocimiento es propio de un país que ha vivido en violencia sin fin. La idea es la construcción de una paz estable y duradera, más las condiciones económicas, sociales y políticas que ello implica, todo en el marco de un Estado que se tilda de derecho, social, constitucional, garantista y plural.⁷⁰ Sin embargo, la mera enunciación textual, compleja en su proceso de introducción en el texto político, se ve opacada y frustrada ante una historia de conflicto antiquísimo que aún no vislumbra su culminación. Varios esfuerzos en tema de procesos de paz, normativas de transición, de restitución y de restauración se han creado, tal como se ha señalado, incluyendo el último Acuerdo de Paz del gobierno (en representación del Estado) con la ex guerrilla de las FARC-EP que han generado escenarios distintos de reconciliación, de justicia, verdad, reparación y no repetición, hechos que aún tienen mucho camino por andar.

⁶⁶ Según la Comisión de Seguimiento a las Políticas Públicas sobre Desplazamiento Forzado “el despojo y abandono de tierras en una cifra cercana a los 6,5 millones de hectáreas”, *La política de reforma agraria y tierras en Colombia*. CNMH. 2013 <https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/agraria/politica-agraria-tierras.pdf>.

⁶⁷ FAJARDO, D., en RODRÍGUEZ GONZÁLES, I., *El difícil horizonte del Fondo de Tierras para la Paz*, 2015, <https://verdadabierta.com/el-dificil-horizonte-del-fondo-de-tierras-para-la-paz/>.

⁶⁸ ESTUPIÑÁN ACHURY, L. y ROMO, M., “La construcción de la justicia transicional de cierre de guerra en Colombia: una lectura en clave de sur y pluralismo”, en *Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica*, ed. ESTUPIÑÁN-ACHURY, L., *Colección Doctorado*, Bogotá, Colombia: Universidad Libre, no. 7 2018, 21-67.

⁶⁹ VANEGAS DIAZ, S.A., *Estudio del desplazamiento forzado después de la firma del acuerdo de paz en el año 2016 Casos de estudio Antioquia y Norte de Santander*, Colombia, 2019.

⁷⁰ La paz aparece descrita de manera concreta en el artículo 22 de la Constitución Política de Colombia, “como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. Constitución Política de Colombia, 1991. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

Ante este panorama se justifica la declaración de la ECI, por parte de la Corte Constitucional, esto es, toda una herramienta jurisprudencial para proteger a millones de personas de la vulneración sistemática de sus derechos fundamentales. Un ECI que surge ante la acumulación de 108 tutelas interpuestas por 1150 núcleos familiares desplazados “compuestas principalmente por mujeres cabezas de familia, personas de la tercera edad y menores, así como algunos indígenas”.⁷¹ Acciones invocadas para proteger la vida, la vivienda digna, la educación, el mínimo vital y el derecho a recibir pronta respuesta a sus peticiones.

Para decretar un ECI, el Tribunal Constitucional debió valorar diversos aspectos, más allá de la conocida masiva vulneración de derechos. Aquí el Estado estuvo ausente y pasivo ante la violencia estructural e institucional ya descrita, identificada por la Corte como la “omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos”, el uso desproporcionado de la tutela como único instrumento de protección, la ausencia de un legislativo, para la época, en clave de sobrevivientes, la insuficiencia de políticas públicas y de ejecución debidamente coordinadas. Todos evaden su responsabilidad, nadie asume la tarea. Y en ese contexto, lo único que pervive es la violencia, en este caso, de magnitud institucional.⁷²

La Corte consideró necesario declarar procedente las acciones de tutela interpuestas y atender los precedentes judiciales existentes en materia de DFI,⁷³ en donde se habían tutelado de manera recurrente el derecho a la vida, los derechos de los niños, niñas, adolescentes y de las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidad, en conjunto con las personas de tercera edad, y de otros grupos, específicamente a los protegidos de manera especial “en razón de las precarias condiciones que deben afrontar”.⁷⁴ La Corte recordó que el derecho a escoger el domicilio, el libre desarrollo de la personalidad, y las garantías materiales mínimas para una vida digna libre de violencias, en donde se garantice la anhelada paz plasmada por el constituyente, eran derechos de constante vulneración en el marco de esta violencia estructural.

El Tribunal recordó que este tipo de fenómenos deben ser atendidos de manera diferencial por las autoridades, funcionarios y demás actores esta-

⁷¹ Para la sentencia T-025 de 2004 se acumularon los expedientes T-653010, T-775898 y T-653010.

⁷² Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004.

⁷³ Se puede enumerar las sentencias T-227 de 1997, T-733/98, T-1132/00, SU-1150/2000, C-177/01, T-258/01, T-327/2001, T-1346/2001, T-098/2002, T-215/2002, C-232/2002, T-268/2003, C-400/2003, T-419/2003, T-602/2003, T-721/2003 y T-985/2003.

⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004.

tales que pretendan analizar el DFI y, que dada la gran dimensión histórica que antecede a sus efectos actuales, no es posible atribuir a una sola entidad o grupo armado, la gravedad del asunto. Esto último, sin dejar de lado la responsabilidad de las autoridades estatales. En la sentencia hito, la sala señala que existe una falta de correspondencia entre lo estipulado normativamente y la protección real a estos sujetos, para lo cual ordenó a las autoridades territoriales y administrativas correspondientes en ejercicio de sus competencias, a adoptar los correctivos que permitan superar la declaración de este ECI, lo cual incluyó una orden precisa para que agilizaran la entrega de auxilios a esta población, asunto clave y simultáneo a la prestación sin interrupción de los servicios de educación, salud, y a la seguridad personal desde una mirada integral.

Ahora bien, en el 2022, ad portas de cumplir 6 años de la firma del “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” y luego de 18 años de que la Corte Constitucional reconociera en la sentencia T-025 de 2004 un ECI en lo que refiere a las personas desplazadas forzadamente, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su Misión de Verificación en Colombia del 28 de marzo de 2022, confirmó que la población civil sigue siendo significativamente afectada en espacios donde existen múltiples conflictos armados, como ocurre en los departamentos de Arauca, Chocó o Putumayo, en el cual se encuentran asentadas múltiples comunidades afrodescendientes e indígenas:⁷⁵

Esta grave situación, ya reconocida por el alto tribunal ha sido advertida en múltiples ocasiones por organizaciones nacionales e internacionales que monitorean la situación de movilidad interna en Colombia. El Consejo Noruego para los Refugiados llamó la atención internacional y la necesidad de apoyo ante la grave situación de desplazamiento interno que continúa después de la firma de los acuerdos de paz,⁷⁶ contabilizando que aún existen cinco millones⁷⁷ de personas desplazadas a causa del conflicto

⁷⁵ Según ACNUR, estas comunidades “se han visto particularmente afectadas por la violencia, que amenaza su supervivencia. Ambos grupos étnicos suponen el 10% y el 3% respectivamente de los 7,4 millones de desplazados internos en Colombia.” Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “*Crece el desplazamiento forzado en Colombia a pesar del acuerdo de paz*”, UNHCR, consultado el 25 de mayo de 2022, <https://www.acnur.org/noticias/briefing/2017/3/5aa142ce111/2763-crece-el-desplazamiento-forzado-en-colombia-a-pesar-del-acuerdo-de-paz.html>.

⁷⁶ En análisis de ACNUR (2017) “Desde la firma del acuerdo de paz, el incremento de la violencia por parte de nuevos grupos armados ha desembocado en asesinatos y reclutamientos forzados, incluyendo menores; violencia de género, limitación del acceso a la educación, al agua y a la salubridad, así como en restricciones de movimiento y desplazamiento forzoso de población civil”.

⁷⁷ Consejo Noruego para Refugiados “*Colombia: El conflicto persiste cinco años después*”

armado, cifra que va en la misma línea del informe enero-agosto de 2021 de la Oficina de Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA)⁷⁸ donde se evidencia un aumento del 135% en comparación con los desplazamientos reportados para el año 2020, presentando en desplazamientos masivos, más de 60.0000 personas desplazadas “de 50 o más personas o de 10 o más familias, la cifra más alta que ha registrado esa oficina desde 2012.” (HRW, 2021),⁷⁹ junto con las cifras aportadas por la Defensoría del Pueblo⁸⁰ del primer trimestre de 2021, al enunciar que el desplazamiento forzado aumentó un 256% respecto al primer semestre del 2020.

Se ha avanzado pero el ECI aún perdura. Mucho por hacer en clave transicional, restaurativo y de interseccionalidad.

A manera de conclusión

Se ha realizado un acercamiento interseccional al tema del DFI, desagregar el fenómeno en categorías de clase, pueblos, mujeres y de diversidad sexual, ha permitido entender la magnitud de las opresiones agravadas en potencia. Vulneración propia de escenarios violentos con marca de discriminación estructural, sistema patriarcal, blanqueamiento cultural (e incluso constitucional) y heterosexualidad, esta última propia de siglos de pensamiento conservador y religioso en lógica de discriminación en contra de las personas con identidades sexuales y de género diversas.

Sin duda, el enfoque interseccional sirve para analizar los datos y observar el fenómeno desde la discriminación estructural, pero también aporta elementos fundamentales para encontrar una salida comunitaria y pluralista y más allá del Estado. Los mismos oprimidos dan la salida. Desde las mujeres, los pueblos y “nacionalidades afectadas” y los/as diversos/as, se vislumbran, parte de las salidas alternativas al sufrimiento y al dolor causado por el despojo y la usurpación propia del mundo del desplazamiento.

Normas, políticas públicas y estado de cosas inconstitucional, apenas

del acuerdo de paz”, tomado el 22 de noviembre de 2021, <https://nrc.org.co/2021/11/22/colombia-el-conflicto-persiste-cinco-anos-despues-del-acuerdo-de-paz/>.

⁷⁸ OCHA.

⁷⁹ *Human Rights Watch*, “Colombia: Eventos de 2021”, en *Informe Mundial 2022*, 2021, <https://www.hrw.org/es/world-report/2022/country-chapters/380715>.

⁸⁰ Defensoría del Pueblo, “Desplazamiento forzado creció 256 % frente al primer semestre de 2020”, consultado el 25 de mayo de 2022, <https://www.defensoria.gov.co/es/nube/enlosmedios/10269/Desplazamiento-forzado-creció-256--frente-al-primer-semestre-de-2020.htm>.

hacen parte del abanico de opciones para superar el gran flagelo. “Los/as sobrevivientes”, además de la restitución, el regreso, la justicia, la verdad y la restauración propia que ofrece la justicia estatal, han buscado mecanismos alternativos de reparación, indemnización y reconstrucción. Opciones distintas y propias del mundo de sus cosmovisiones y enfoques de vida.

De un total de 8.273.562 personas en condición de DFI, solamente han sido sujetos de atención del Estado 6.735.634;⁸¹ sin embargo, la participación de “los/as sobrevivientes” se ha hecho necesaria tanto para los procesos de construcción de las normas, los temas extrajudiciales como los judiciales, la memoria, todo en clave comunitaria, como de los mecanismos de control para que se cumpla la restauración y reparación.⁸²

El enfoque diferencial o interseccional ya ha irradiado al mundo jurídico y de las políticas públicas, la misma sentencia de ECI, impulsada por colectivos y por los mismos “sobrevivientes”, mujeres, ancestrales, negros y afros y población diversa, permitió la apropiación de una herramienta para ejercer su derecho a ser reparados. Y no paran, y no piensan parar, muchos han muerto, otros esperan el día de la no repetición y del feliz retorno.⁸³

Sin este enfoque colectivo, hubiese sido imposible “posicionar la problemática del DFI en la agenda pública y hacerlo con un enfoque diferencial.⁸⁴ Hoy la paz sin las mujeres no va, pero tampoco sin los enfoques plurales propios de un país diverso y en diferentes sentidos, hasta el sexual.

Todo un colectivo para la construcción de la no repetición que ha terminado, además, en la construcción de sujetos políticos para la paz, a pesar de los vejámenes y de la discriminación estructural que los avasalló y los sigue afectando sin descanso.

⁸¹ Registro Único de Víctimas, *op. cit.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ MILÁN ANGULO, A.M., *Papel de las organizaciones sociales en la construcción de agenda pública frente al desplazamiento forzado. Estudio comparativo entre Colombia y El Salvador*, 2020, <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/21323>.

CAPÍTULO 14

¿Es un delito ayudar a los migrantes? La respuesta del consejo constitucional francés desde la perspectiva del principio de fraternidad

*Guillaume Tusseau*¹

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La consagración de un nuevo parámetro eficaz del control de constitucionalidad. – 3. La producción judicial de normas legislativas. – 4. Los límites de la comunicación judicial.

1. Introducción

El 12 de diciembre del 2018, la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación anuló parcialmente una sentencia del Tribunal de Apelación de Aix-en-Provence del 11 de septiembre del 2017, y remitió el caso y a las partes al Tribunal de Apelación de Lyon.² Presentarla de manera tan sucinta no hace plena justicia a esta sentencia, dado que forma parte de la saga jurisdiccional de lo que se denomina comúnmente como “delito de solidaridad”.

En el centro de esta decisión están, efectivamente, Cédric Herrou y Pierre-Alain Mannoni. El 10 de febrero del 2017, el primero fue condenado por el Tribunal Correccional de Niza a una multa de 3.000 euros suspendida en forma condicional por ayudar a la entrada, circulación y estancia irregular de extranjeros. Esto por haber prestado en el 2016, asistencia a 200 sudaneses y eritreos.³ El 8 de agosto del 2017, el Tribunal de Apelación de Aix-en-Provence le impuso una condena condicional de cuatro

¹ Profesor universitario en la Escuela de Derecho de *Sciences Po*; Miembro del Instituto Universitario de Francia. Traducción de Laura Elena Arce Jiménez.

² Cass. Crim., fallo Núm. 2923 de 12 de diciembre de 2018 (17-85.736).

³ Tribunal de grande instance de Nice, 10 de febrero de 2017, Núm. 16298000008, https://www.gisti.org/IMG/pdf/jur_tgi-nice_2017-02-10_16298000008.pdf.

meses de prisión.⁴ Según este tribunal, la acción del Sr. Herrou, que formaba parte de una “acción militante”, no era susceptible de beneficiarse de las disposiciones del Código de Entrada y Residencia de los Extranjeros y del Derecho de Asilo (CESEDA) que definen las condiciones de la inmunidad penal en este ámbito. Un razonamiento similar llevó al tribunal a condenar a Pierre-Alain Mannoni a dos meses de prisión con remisión condicional.⁵

Esta anulación por parte del Tribunal de Casación se produjo después de que la Sala de lo Penal remitiera al Consejo Constitucional la cuestión de la conformidad con la Constitución de los artículos L. 622-1 y L. 622-4 del CESEDA,⁶ invocados por ambos litigantes. Según el primero de estos dos textos, que define el delito de ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular, en la redacción entonces aplicable:

“Sin perjuicio de las exenciones previstas en el artículo L. 622-4, toda persona que, por ayuda directa o indirecta, facilite o intente facilitar la entrada, la circulación o la estancia irregular de un extranjero en Francia será castigada con cinco años de prisión y 30.000 euros de multa. Sin perjuicio de las exenciones previstas en el artículo L. 622-4, se castigará con las mismas penas a toda persona que, independientemente de su nacionalidad, cometa la infracción definida en el primer párrafo del presente artículo mientras se encuentre en el territorio de un Estado parte del Acuerdo de Schengen firmado el 19 de junio de 1990 que no sea Francia. Sin perjuicio de las exenciones previstas en el artículo L. 622-4, se castigará con las mismas penas a quien facilite o intente facilitar la entrada, la circulación o la estancia irregular de un extranjero en el territorio de otro Estado parte del Acuerdo de Schengen firmado el 19 de junio de 1990. Sin perjuicio de las excepciones previstas en el artículo L. 622-4, se castigará con las mismas penas a quien facilite o intente facilitar la entrada, el desplazamiento o la estancia irregular de un extranjero en el territorio de un Estado parte en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, firmada en Palermo el 12 de diciembre de 2000. Las disposiciones del párrafo anterior son aplicables en Francia a partir de la fecha de publicación del presente protocolo en el Diario Oficial de la República Francesa”.

El segundo de los textos impugnados prevé varias causas de exención penal, estableciendo que:

⁴ Cour d’appel de Aix-en-Provence, 8 de agosto de 2018, Núm. 2017/568, https://www.gisti.org/IMG/pdf/jur_ca-aixenprovence_2017-08-08_2017-568.pdf.

⁵ Cour d’appel de Aix-en-Provence, 11 de septiembre de 2017, Núm. 2017/628, https://www.gisti.org/IMG/pdf/jur_ca-aixenprovence_2017-09-11_2017-628.pdf.

⁶ Sala de lo penal, 9 de mayo de 2018, fallos Núm.1163 y 1164.

“Sin perjuicio de los artículos L. 621-2, L. 623-1, L. 623-2 y L. 623-3, la ayuda a la estancia irregular de un extranjero no puede dar lugar a un procedimiento penal sobre la base de los artículos L. 622-1 a L. 622-3 cuando es el resultado de:

1° Los ascendientes o descendientes del extranjero, su cónyuge, los hermanos del extranjero o su cónyuge;

2° El cónyuge del extranjero, la persona que se sabe que vive en una relación marital con él, o los ascendientes, descendientes, hermanos y hermanas del cónyuge del extranjero o de la persona que se sabe que vive en una relación marital con él;

3° Cualquier persona física o jurídica, cuando el acto denunciado no haya dado lugar a ninguna contraprestación directa o indirecta y haya consistido en la prestación de asesoramiento jurídico o de alimentos, alojamiento o atención médica destinados a garantizar condiciones de vida dignas y decorosas al extranjero, o cualquier otra asistencia destinada a preservar la dignidad o la integridad física de éste.

Las excepciones previstas en 1° y 2° no se aplican cuando el extranjero beneficiario de la ayuda a la estancia irregular vive en estado de poligamia o cuando este extranjero es el cónyuge de un polígamo que reside en Francia con el primer cónyuge”.

Por tanto, la sentencia del Tribunal de Casación del pasado 12 de diciembre no es más que un episodio de una agitada serie judicial que ha sido ampliamente comentada, con una de las etapas más destacables siendo la decisión del Consejo Constitucional del 6 de julio del 2018.⁷

2. La consagración de un nuevo parámetro eficaz del control de constitucionalidad

El aspecto más rotundo de la decisión del Consejo Constitucional es la consagración de la fraternidad como norma de referencia para la revisión constitucional. A petición de los demandantes, que impugnaban la constitucionalidad de las disposiciones del CESEDA en relación con el principio de fraternidad, el principio de necesidad de los delitos y las penas, el principio de legalidad de los delitos y las penas, y el principio de igualdad ante la ley, el Tribunal de Casación remitió la pregunta al Consejo Constitucional. Según la Sala de lo Penal, “la pregunta, en la medida en que pretende establecer la fraternidad como principio constitucional, calificado como

⁷ Consejo constitucional, Decisión Núm. 2018-717/718 QPC de 6 de julio de 2018, CÉDRIC, H.M., et autre [Délit d’aide à l’entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d’un étranger].

ideal común por el preámbulo de la Constitución del 4 de octubre del 1958, y reconocido como uno de los componentes del lema de la República por el artículo 2 de dicha Constitución [...] es de naturaleza nueva”. El Consejo Constitucional puso fin a la indecisión, dictaminando claramente que «en los términos del artículo 2 de la Constitución: “El lema de la República es ‘Libertad, Igualdad, Fraternidad’. La Constitución también se refiere, en su preámbulo y en el artículo 72-3, al ideal común de libertad, igualdad y fraternidad”. De ello emerge que la fraternidad es un principio de valor constitucional» (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 7).

En ciertos aspectos, esta cualidad podría parecer poco dudosa, aunque la fraternidad ha sido, hasta hoy, una norma constitucional “de baja aplicación”.⁸ Herencia de la historia del constitucionalismo francés desde su aparición en la revolución, y presente en la fachada de los ayuntamientos, la expresión “*fraternité*” aparece en el propio cuerpo del texto constitucional.⁹ Su consagración no responde, por tanto, al activismo judicial que a veces se refleja en la identificación de normas constitucionales “no escritas” o “implícitas”,¹⁰ a través de las cuales se manifiesta claramente el poder creativo del juez.

No obstante, el argumento tiene ciertas limitaciones. Es perfectamente normal que todo el texto constitucional no sea un parámetro, o al menos un parámetro relevante, del control de constitucionalidad.¹¹ Por lo tanto, atribuir estas dimensiones a una declaración constitucional constituye una decisión y, consecuentemente, el ejercicio de un poder.

En primer lugar, algunas disposiciones pueden quedar radicalmente excluidas de la categoría de parámetros de control cuando se considera que no son “justiciables”, por ejemplo, debido a una disposición expresa de la Constitución,¹² a su vaguedad o a su carácter puramente simbólico.

Dado lo anterior, desde un punto de vista comparativo, no habría habido nada incongruente si la fraternidad hubiera seguido siendo un principio constitucional que no fuera directamente aplicable o que no pudiera utilizarse para justificar una denuncia de inconstitucionalidad contra una

⁸ SAGER, L.G., “*Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms*”, en *Harvard LR*, vol. 91(6), 1978, 1212-1264; ROUX, J., “*Le Conseil constitutionnel et le bon samaritain. Noblesse et limites du principe constitutionnel de fraternité*”, en *Actualité juridique droit administratif*, 2018, 1781-1786.

⁹ BORGETTO, M., *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, París, 1993; BORGETTO, M., *La devise «Liberté, égalité, fraternité»*, París, 1997.

¹⁰ TUSSEAU, G., *Contentieux constitutionnel comparé*, Issy-les-Moulineaux, 2021, núm. 847 ss.

¹¹ *Ibid.*, núm. 834 ss.

¹² Art. 45 C de Irlanda; art. 37 C de India.

disposición legislativa. Correspondería entonces a las autoridades políticas garantizar su aplicación mediante la legislación adecuada. En este sentido, algunos comentaristas han considerado que la fraternidad, que aparece en el artículo 2 inciso 4 de la Constitución en el lema de la República, es demasiado ambigua.¹³

Aunque es posible restablecer su entera coherencia con la historia constitucional francesa,¹⁴ la elección hecha por el Consejo Constitucional de convertirla en un parámetro de su revisión no es, en cualquier caso, neutral. Más aún porque, incluso cuando una norma constitucional se presenta como plenamente justiciable, no es sistemáticamente relevante para todo tipo de litigio constitucional.

Dependiendo de sus cabezas de jurisdicción, no es infrecuente que sólo algunas disposiciones sirvan de parámetro para la revisión de los jueces constitucionales.¹⁵ Este es el caso, en particular, de los recursos destinados específicamente a la protección de los derechos fundamentales. En este contexto, en el que se ponen en marcha recursos legales particularmente fuertes, parece natural que sólo las disposiciones relativas a los derechos fundamentales sirvan como normas de referencia para el control. En Alemania, por ejemplo, sólo se puede utilizar una parte específica de la Ley Fundamental como criterio de control en el marco de un recurso individual. El artículo 93.I.4a de la Ley Fundamental establece que “el Tribunal Constitucional Federal decidirá sobre los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por cualquier persona que considere que los poderes públicos han vulnerado uno de sus derechos fundamentales o uno de los derechos garantizados por el apartado 4 del artículo 20 y los artículos 33, 38, 101, 103 y 104”. Asimismo, el artículo 33 del Código Procesal Constitucional peruano enumera los derechos fundamentales protegidos por el *hábeas corpus*. El artículo 44 detalla los derechos fundamentales protegidos por el recurso de *amparo*, mientras que el artículo 59 define los derechos protegidos por *hábeas data*. El parámetro de los controles está estrictamente definido según el tipo de demandante.

En Francia, en el marco procesal de una cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC), el artículo 61-1 de la Constitución exige que los demandantes aleguen un derecho o una libertad que la Constitución garantiza. Sin embargo, la fraternidad en sí misma no parece corresponder per-

¹³ LE POURHIERT, A.M., “*Fraternité avec les migrants illégaux: le coup d’Etat du Conseil constitutionnel*”, en *Le Figaro*, 11 de julio de 2018, 16; SCHOETTL, J.E., “*Fraternité et souveraineté*”, en *Revue française de droit administratif*, 2018, 959-965.

¹⁴ V. spéc. BORGETTO, M., “*La fraternité devant le Conseil constitutionnel*”, en *La semaine juridique*, éd. G, 23 de julio de 2018, 1487-1496.

¹⁵ PEGORARO, L., *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, 2007, 119.

fectamente a un concepto de este tipo, y se asemeja más, en la tipología de los enunciados jurídicos, a los “principios” de Dworkin que dan cuenta de la historia del desarrollo del sistema jurídico, a la vez que lo presentan en su mejor versión en términos de moral política, a los más o menos imprecisos “valores”¹⁶ que inspiran el sistema jurídico francés desde hace varias décadas o, a lo sumo, objetivos de valor constitucional,¹⁷ cuya invocación en una QPC está aparentemente condenada al fracaso.¹⁸

Es por ello que, en lugar de tener que consagrar la fraternidad como un objetivo de valor constitucional que la haría, en el contexto de una QPC, un parámetro plenamente invocable, a riesgo de abrir una caja de Pandora cuyos efectos contenciosos serían, en la situación actual, difíciles de medir, el Consejo Constitucional deriva inmediatamente de la fraternidad presentada como “principio” una libertad *stricto sensu* que, a su vez, se ajusta mejor con el ámbito procesal en cuestión. Según el Consejo, “el principio de fraternidad da lugar a la libertad de ayudar a otros, con fines humanitarios, independientemente de la legalidad de su estancia en el territorio nacional” (Decisión Núm 2018-717/718 QPC, § 8).

Aunque la innovación no es pequeña, no consiste en crear pura y simplemente un principio no escrito. Este fue el enfoque del propio Consejo cuando identificó, por ejemplo, el principio de la dignidad humana.¹⁹ La creatividad del Consejo se manifestó también, una vez constitucionalizada la expresión “principio fundamental reconocido por las leyes de la República”, en la construcción de una lista de riqueza creciente.²⁰ Por el contrario, en el presente caso, la fraternidad se encuentra efectivamente no sólo en el preámbulo de la Constitución, cuyo valor jurídico ha suscitado en el pasado numerosos debates, sino en el propio texto de la Constitución. Otros apartados del artículo 2 también han sido invocados por los jueces de la rue de Montpensier.²¹ La decisión atestigua así, de una manera muy clásica, el hecho de que a través de las interpretaciones que dan a los enunciados constitucionales, los jueces definen las normas constitucionales y se revelan como co-constituyentes.

Sin embargo, deseoso de mantener el control sobre el nuevo instru-

¹⁶ DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, México, 2017.

¹⁷ DE MONTALIVET, P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, París, 2006.

¹⁸ Decisiones Núm. 2010-3 QPC, cons. 8; 2012-283 QPC, cons. 28; 2012-285 QPC, cons. 12; 2018-729 QPC, § 14.

¹⁹ Decisión Núm. 94-343/344 DC, cons. 2.

²⁰ CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Aix-en-Provence, París, 2001.

²¹ Decisión Núm. 2003-467.

mento que pone a disposición de los demandantes y de contener sus efectos, el Consejo Constitucional declara de antemano que “sin embargo, ningún principio ni ninguna norma de valor constitucional garantiza a los extranjeros derechos con carácter general y absoluto de acceso y estancia en el territorio nacional. Además, el objetivo de lucha contra la inmigración irregular es parte integrante de la protección del orden público, que constituye un objetivo de valor constitucional” (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 9). De esta manera el Consejo se apresura a recuperar su jurisprudencia tradicional en materia del derecho del extranjero.²² Por otro lado, establece los términos de la antinomia normativa (libertad de asistencia al extranjero con fines humanitarios derivada del principio de fraternidad *versus* lucha contra la inmigración ilegal derivada del objetivo de protección del orden público) que le permitirá, caso por caso, determinar mediante su propia ponderación si el legislador ha logrado una adecuada conciliación de estas dos exigencias.

En este caso, el nuevo parámetro de control de constitucionalidad tiene inmediatamente pleno efecto. Fundamenta la declaración de inconstitucionalidad pura y simple (Sentencia Núm. 2018-717/718 QPC, § 13):

“Por tanto, al sancionar cualquier ayuda prestada para la circulación del extranjero en situación irregular, incluso si es accesoria a la ayuda a la estancia del extranjero y está motivada por una finalidad humanitaria, el legislador no aseguró una conciliación equilibrada entre el principio de fraternidad y el objetivo de valor constitucional de protección del orden público. Por consiguiente, y sin que sea necesario examinar las otras alegaciones contra dichas disposiciones, las palabras ‘a la estancia irregular’ que aparecen en el primer párrafo del artículo L. 622-4 del Código de la entrada y de la estancia de los extranjeros y del derecho de asilo, deben ser declaradas contrarias a la Constitución”.

De lo anterior se deduce que la limitación a la exención penal prevista en el inciso 3 del artículo L. 622-4 del CESEDA, presente en el primer párrafo del artículo L.622-4 del CESADA, a la ayuda únicamente a la estancia del extranjero se declara inconstitucional sobre la única base de la fraternidad. No es admisible que el legislador prevea la inmunidad sólo en caso de ayuda a la estancia, sin considerar explícitamente la ayuda a la circulación. Prácticamente, es difícil dissociar una de otra, ya que toda estancia presupone una circulación previa, y toda circulación presupone encontrarse entre dos estancias. Por otro lado, debe reservarse un tratamiento particular con respecto a la asistencia a la entrada de un extranjero que no tiene derecho a residir en el territorio nacional (Decisión Núm. 2018-

²² Decisión Núm. 93-325 DC, cons. 2.

717/718 QPC, § 12). Dado que, en las circunstancias de estancia y circulación, la situación ilegal ya está constituida, los individuos motivados por razones humanitarias no tienen que preocuparse de participar en la creación de una condición de ilegalidad. Lo contrario sucede en el caso de la entrada, puesto que la asistencia prestada al extranjero contribuye directamente a la creación de una situación irregular. Por lo tanto, la asistencia a la entrada no puede beneficiarse de inmunidad penal.

Como fuente de posible inconstitucionalidad, el principio de fraternidad presenta intrínsecamente la flexibilidad necesaria para aclarar el significado de una ley por medio de la interpretación conforme a la Constitución, sin que la ley en cuestión tenga que ser expulsada del sistema jurídico por una decisión de censura. En cuanto a la limitación material de la exención penal de la que se benefician las personas que prestan asistencia a un extranjero del que no son familiares, el Consejo apela de nuevo al principio de fraternidad. En el estado actual de la legislación, la exención penal por motivos humanitarios se limita a determinados actos, enumerados de forma exhaustiva. El Consejo estima entonces que “estas disposiciones no pueden, sin desconocer el principio de fraternidad, ser interpretadas de otra manera que aplicándose también a cualquier otro acto de ayuda prestado con finalidad humanitaria” (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 14). Interpretadas a la luz de esta reserva, las disposiciones en cuestión no reflejan por parte del legislador una conciliación manifiestamente desequilibrada entre el principio de fraternidad y el objetivo de valor constitucional de protección del orden público. Por este motivo no pueden ser consideradas inconstitucionales.

Las otras denuncias, basadas en el derecho constitucional represivo, tampoco pueden justificar tal conclusión. Por un lado, las disposiciones criticadas no son ni equívocas ni imprecisas (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 19). En segundo lugar, no desconocen los principios de necesidad y proporcionalidad de los delitos y las penas (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 20). En este caso, el legislador, al que el Consejo Constitucional no puede sustituir, ya que no tiene “un poder general de apreciación y decisión de la misma naturaleza que el del Parlamento” (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 18), no ha establecido una desproporción manifiesta entre la infracción y la pena impuesta. Esta última idea es intrigante, puesto que, sólo a la luz de la reserva de interpretación a la que se adhirió el Consejo, la legislación es conforme con el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, así como al artículo 34 de la Constitución. Si el legislador no cometió inconstitucionalidad al no prever una exención legal para la asistencia fuera del círculo familiar, es precisamente porque el propio Consejo sustituyó al Parlamento al extender la inmunidad penal prevista en el artículo L. 622-4 del CESEDA a todo acto de

asistencia a la estancia prestado con una finalidad humanitaria. Por lo tanto, parece que, al igual que un co-constituyente, el Consejo Constitucional tiene un papel de colegislador.

3. La producción judicial de normas legislativas

En un texto famoso, desarrollando la tesis del juez constitucional como legislador negativo cuando declara una ley inconstitucional, Hans Kelsen aborda esta problemática de forma bastante directa.²³

Esta idea resulta provechosa en la medida en que nos invita a interesarnos de manera decisiva por el alcance normativo, es decir, jurídicamente creativo y en última instancia político, de la actividad de los tribunales constitucionales. Sin embargo, es indebidamente restrictiva y no hace justicia a la variedad de formas en que se expresa el poder de los jueces constitucionales. Más importante en sus apuestas y más extenso en su alcance, este poder es también más refinado en sus modos de ejercicio. Por lo tanto, la figura de los jueces constitucionales presentados como simples “legisladores negativos” ha perdido fuerza gradualmente.²⁴

Sin duda, el Consejo puede reclamar esta figura con el objetivo de censurar las palabras “estancia irregular” del primer párrafo del artículo L. 622-4 del CESEDA. Pero lejos de limitarse a declarar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de una ley a la luz de un parámetro que se le ha dado de antemano, el Consejo está en condiciones de dar forma a esta última para contribuir activamente a la producción de la primera. En el presente caso, tras haber establecido el carácter plenamente operativo del principio de fraternidad desde el punto de vista contencioso y haberlo convertido en la base de una decisión de derogación, también se basó en él para ampliar el ámbito de aplicación de una exención penal. En este sentido, era imprescindible que el Consejo no pronunciara una censura, para poder apoyarse en el vehículo normativo de la disposición existente y dar una interpretación conforme a la Constitución. Por el contrario, la anulación pura y simple devuelve al legislador la iniciativa normativa, así como un margen de maniobra para la toma de decisiones. Por su parte, la interpretación conforme concluye que sólo una de las múltiples lecturas posibles del texto en cuestión es constitucional: la adoptada por el juez.

²³ KELSEN, H., “*La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*”, en *Revue du droit public*, 1928, 224-225. Sobre las limitaciones de tal análisis, v. TUSSEAU, G., *Contentieux constitutionnel comparé*, cit., núm. 1339 ss.

²⁴ TUSSEAU, G., *Contentieux constitutionnel comparé*, cit., núm. 1339 ss.

En el contexto francés, la reserva formulada por el Consejo Constitucional consiste en alterar sustancialmente el alcance *ratione materiae* y *ratione personae* de la ley penal. Según el texto del artículo L. 622-4 del CESEDA, el cual fue aplicado a los demandantes, la ayuda a la estancia irregular no puede dar lugar a un procedimiento penal cuando la prestan miembros de la familia cercana del extranjero (ascendientes, descendientes, coherederos, cónyuge, etc.). La asistencia prestada por cualquier otra persona sólo está cubierta por la exención penal dentro de límites estrictos. Además, debe reunir las condiciones acumulativas de no haber dado lugar a ninguna compensación directa o indirecta, por un lado, y de haber consistido en la prestación de servicios de alimentos, asesoramiento jurídico, alojamiento o atención médica destinados a garantizar condiciones de vida dignas y decentes al extranjero, por otro. Cualquier otro tipo de asistencia sólo puede beneficiarse de la inmunidad penal si está destinada a preservar la dignidad o la integridad física del extranjero. Según el Consejo, estas disposiciones del párrafo tercero del artículo L. 622-4 son constitucionales en lo que respecta al principio de fraternidad a condición de que “se interpreten como aplicables a cualquier otro acto de asistencia prestado con fines humanitarios” (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 14). Como mínimo, se trata de una interpretación cuya expresión refleja una amplia reescritura del propio texto. En nombre de la fraternidad, el Consejo sustituye los límites formulados por el legislador por una condición mucho más amplia de “finalidad humanitaria”.

Así modificadas y complementadas, las disposiciones del CESEDA se ajustan, en rigor, al principio de fraternidad del propio Consejo. Por lo tanto, escapan a cualquier reproche desde el punto de vista del derecho constitucional represivo, en el que los demandantes también basaron sus preguntas. Según el Consejo (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 20):

“Por otra parte, resulta de la reserva mencionada en el apartado 14 que la exención de responsabilidad penal prevista en el inciso 3° del artículo L. 622-4 se aplica a cualquier acto de ayuda a la estancia prestada con finalidad humanitaria. Por tanto, al no prever ninguna exención penal fuera del ámbito familiar, en caso de ayuda a la estancia irregular con otra finalidad que humanitaria, el legislador no desconoció, en todo caso, los principios de necesidad y proporcionalidad de los delitos y las penas. Las alegaciones basadas en el desconocimiento de dichos principios deben descartarse”.

Tal conclusión tiene cierta lógica: habría sido difícil entender cómo una reserva de interpretación que salva un texto de la inconstitucionalidad sobre la base del principio de fraternidad en el § 14 de la decisión no podría salvarlo de la censura sobre la base de otros principios unos párra-

fos más adelante. Tal situación habría sido también el resultado de la producción, por parte del propio Consejo Constitucional, de una norma legislativa inconstitucional. En consecuencia, cabe preguntarse si la consagración de la fraternidad como principio constitucional “en pleno ejercicio” no tiene como objetivo principal justificar el ejercicio por parte del Consejo Constitucional de su propio poder normativo.

La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legislativa abarca un complejo conjunto de operaciones jurídicas. Según el artículo 62 de la Constitución, “una disposición declarada inconstitucional sobre la base del artículo 61-1 queda derogada a partir de la publicación de la decisión del Consejo Constitucional o de una fecha posterior fijada por esta decisión. El Consejo Constitucional determinará las condiciones y los límites dentro de los cuales podrán cuestionarse los efectos que la disposición haya producido”.

En este caso, el Consejo Constitucional recuerda que “no tiene un poder general de revisión de la misma naturaleza que el del Parlamento. No le compete indicar las modificaciones que deben introducirse para poner remedio a la inconstitucionalidad constatada” (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 23). Sin embargo, en un sentido estricto, la forma en que apela al principio de fraternidad en esta decisión para subsanar las deficiencias de la legislación deja pocas dudas sobre la evolución del CESEDA. No obstante, el Consejo señala que corresponde al legislador asumir sus responsabilidades en este ámbito, y considera que la derogación inmediata de las disposiciones censuradas “tendría como efecto la extensión de las exenciones penales previstas por el artículo L. 622-4 a los actos destinados a facilitar o intentar facilitar la entrada ilegal al territorio francés. Implicaría consecuencias manifiestamente excesivas” (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 23). Excesivas en la medida en que, según el Consejo (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 12), la ayuda a la *entrada* contribuye directamente a la comisión de un delito, a diferencia de la ayuda a la *estancia* y a la *circulación*. Una derogación inmediata tendría como consecuencia someterlos al mismo régimen permisivo. También socavaría la idea de que el principio de fraternidad, al igual que otros principios constitucionales, debe aplicarse en conjunto con todos los requisitos de igual valor. Por lo tanto, el Consejo ha decidido aplazar la fecha de derogación de las disposiciones impugnadas hasta el 1 de diciembre del 2018. Este retraso relativamente corto se explica por el hecho de que, al mismo tiempo, un proyecto de ley de inmigración controlada y de derecho de asilo efectivo se estaba examinando en el Parlamento desde febrero.²⁵ Por lo tanto,

²⁵ Ley Núm. 2018-778 del 10 de septiembre de 2018.

se dispuso inmediatamente de un apoyo normativo para aplicar la decisión del Consejo.

Si bien parece preservar el margen de apreciación que corresponde a las autoridades políticas, el Consejo Constitucional no es menos sensible a la incongruencia de permitir, mientras tanto, la aplicación de una legislación inconstitucional. Este es el mayor riesgo en los sistemas en los que las decisiones de inconstitucionalidad tienen un efecto *ex nunc*.²⁶ Al ser anuladas sólo para el futuro, las normas inconstitucionales siguen siendo aplicables a los hechos que dieron lugar a la remisión al tribunal. En el momento en que se produjeron estos hechos, la legislación derogada estaba en vigor y, por tanto, era perfectamente aplicable. En consecuencia, el sistema carecería de importancia práctica para el litigante.

Ejerciendo una verdadera función normativa, el Consejo Constitucional define un régimen jurídico transitorio mediante una nueva reserva de interpretación. Especifica que “en principio, la declaración de inconstitucionalidad debe beneficiar al autor de la cuestión prioritaria de constitucionalidad y la disposición declarada contraria a la Constitución no puede aplicarse en las instancias pendientes en la fecha de publicación de la sentencia del Consejo Constitucional” (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 22).

Después de haber decidido derogar una legislación inconstitucional y de haber aplazado el efecto de esta derogación, el Consejo considera necesario poner fin inmediatamente a la inconstitucionalidad constatada. Dado lo anterior, “procede juzgar que la exención penal prevista en el inciso 3 del artículo L. 622-4 del CESADA también debe aplicarse a los actos que tienden a facilitar o intentar facilitar la circulación, la cual es accesoria a la estancia de un extranjero en situación irregular en Francia, con excepción de la entrada en el territorio, cuando estos actos son realizados con finalidad humanitaria” (Decisión Núm. 2018-717/718 QPC, § 24). Al establecer este derecho transitorio,²⁷ el Consejo da una orientación sustancial al legislador sobre cómo remediar la inconstitucionalidad constatada. Jugando con el impacto temporal de su poder, los jueces son los únicos que determinan las normas aplicables *hic et nunc* en el ordenamiento jurídico en cuestión, a veces durante periodos de tiempo considerables, en el pasado, en el presente y en el futuro.

De hecho, la decisión fue seguida rápidamente por acción legislativa. Resultante del artículo 38 de la Ley Núm. 2018-778, del 10 de septiembre

²⁶ TUSSEAU, G., *Contentieux constitutionnel comparé*, cit., núm. 1396 ss.

²⁷ Decisiones Núm. 2014-400 QPC; 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC; 2014-420/421 QPC. Véase JACQUINOT, N., “*Regard critique sur la notion de réserve transitoire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*”, en *Actualité juridique droit administratif*, 2018, 2007-2012.

del 2018, la nueva redacción del artículo L. 622-4 del CESEDA prevé exenciones penales más amplias y, por tanto, más acordes con la nueva consistencia dada al principio de fraternidad, generalizando así las exenciones humanitarias. A la luz de este nuevo y más benévolo texto, el Tribunal de Casación anuló parcialmente las sentencias recurridas. La ley Núm. 2018-778 también fue revisada por el Consejo Constitucional como parte de su control *a priori*. La Decisión Núm. 2018-770 DC, del 6 de septiembre del 2018, confirmó, en su § 107, la distinción entre el comportamiento destinado a facilitar la estancia o la circulación, por un lado, y el comportamiento destinado a facilitar la entrada ilegal, por otro. La fraternidad permite así ayudar a las personas que se encuentran, de antemano, en situación irregular, pero no crear inmigrantes ilegales. De este modo, la caja de Pandora que algunos podían creer abierta se mantiene por el momento dentro de los límites establecidos por su conciliación con los demás imperativos de un orden constitucional. Además, en una decisión posterior, el Consejo admitió la constitucionalidad de plazos muy breves para apelar contra las órdenes prefecturales de deportación a la frontera.²⁸ Sin embargo, la distinción entre entrada, estancia y circulación no está perfectamente clara. Si bien se relacionan con evaluaciones muy diferentes de la decisión, tanto el antiguo Secretario General del Consejo, Jean-Eric Schoettl, como el profesor Michel Verpeaux han cuestionado el límite conceptual exacto que puede separar la asistencia organizada al cruce de la frontera, y la asistencia a la circulación una vez que se ha cruzado la frontera por unos metros,²⁹ y el posible terreno difícil en el que, a pesar de las precauciones tomadas por el Consejo en sus decisiones de junio y septiembre, se encontraría el Estado francés en materia de control de los flujos migratorios.

4. Los límites de la comunicación judicial

Los críticos más agresivos de la decisión cuestionaron el modo en que, al optar por censurar una disposición del CESEDA basándose en una noción tan ambigua como la de fraternidad, el Consejo Constitucional estaba “haciendo trampa” con el texto constitucional,³⁰ usurpando el papel

²⁸ Decisión Núm. 2018-741 QPC.

²⁹ SCHOETTL, J.E., *op. cit.*, 963; VERPEAUX, M., “*Constitution et constitutionnalisation*”, en *Revue française de droit administratif*, 2018, 971.

³⁰ LE POURHIERT, A.M., *op. cit.* En sentido opuesto, veáse BORGETTO, M., “*La fraternité devant le Conseil constitutionnel*”, *cit.*

del Parlamento e ignorando el principio de soberanía nacional. Al comprometerse deliberadamente a censurar el delito de solidaridad, el Consejo Constitucional habría realizado una labor más política que jurídica, con respecto a una disposición a la que no se pretendía ni se ha pretendido nunca dar tal alcance. Según Jean-Eric Schoettl, “la decisión del 6 de julio del 2018 es un caso químicamente puro de transmutación de una referencia ética (que antes se consideraba un valor colectivo eminente, pero sin efectos jurídicos directos) en un derecho individual oponible al Estado. En este caso, el derecho a ayudar al otro, incluso facilitando el flujo de migración ilegal”.³¹

Si se hace la suposición, como estos comentarios exhortan, desde un punto de vista normativo y como invita un enfoque jurídico realista desde un punto de vista descriptivo, que el Consejo ha optado deliberadamente por censurar las disposiciones impugnadas, se pueden proponer varias estrategias explicativas. De acuerdo con una primera lectura, cabría considerar que el Consejo podría haber llegado, a la luz de principios constitucionales más tradicionales, a la misma declaración de inconstitucionalidad. Tal idea se ve confirmada por la invocación prudente, además del principio de fraternidad, cuyo alcance contencioso era tan incierto que llevó al Tribunal de Casación a considerar que se trataba de una pregunta jurídica novedosa, de los principios tradicionales del derecho constitucional represivo. Por consiguiente, el Consejo podría haber considerado que el artículo L. 622-1 del CESEDA, al criminalizar a “toda persona que, por ayuda directa o indirecta, facilite o intente facilitar la entrada, circulación o estancia irregular de un extranjero en Francia” era demasiado ambiguo o excesivamente amplio, contraviniendo así la jurisprudencia derivada del artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En relación con el artículo L. 622-4 del CESEDA, habría sido posible considerar que las inmunidades penales eran problemáticas, en particular en lo que respecta al principio de igualdad ante la ley, en virtud tanto de su ámbito personal como de su ámbito material de aplicación. *Ratione personae*, sólo los familiares cercanos se beneficiaban plenamente. En cuanto a los demás individuos, sólo se cubrieron las ayudas de una determinada consistencia. *Ratione materiae*, sólo la ayuda a la estancia estaba cubierta por la exención, no la ayuda a la circulación. Para remediarlo, el Consejo podría haberse limitado a emitir una reserva interpretativa que estableciera la estancia como integrante de la circulación o la circulación como parte de la estancia, o bien que hiciera de una el corolario necesario de la otra, ya que la presencia en territorio francés va acompañada, obviamente, de una cierta movilidad.

³¹ SCHOETTL, J.E., *op. cit.*, 964.

Otra lectura lleva a considerar, por el contrario, que, apegándose de forma fundamental al marco de su jurisprudencia en materia de los derechos de los extranjeros, el Consejo Constitucional no habría podido llegar a una decisión de inconstitucionalidad. En su decisión Núm. 96-377 DC,³² el Consejo ya se había pronunciado sobre la constitucionalidad del delito de ayuda a la estancia ilegal en relación con los principios derivados del artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y el principio de la dignidad humana. En ese momento, había considerado:

“que corresponde al legislador, teniendo en cuenta los objetivos que se propone en materia de orden público en relación con la entrada y la estancia de extranjeros y que pueden justificar, en particular, un régimen de sanciones penales, establecer, respetando los principios constitucionales, las normas de determinación de los delitos y de las infracciones y las penas aplicables a los mismos; que las infracciones previstas [...] se definan en condiciones que permitan al juez, a quien el principio de legalidad exige una interpretación estricta de la ley penal, pronunciarse sin que su apreciación incurra en la crítica de la arbitrariedad; que esta definición no sea de tal naturaleza [...] , que ponga en tela de juicio el principio de valor constitucional de protección de la dignidad de la persona humana”.

Sin embargo, la redacción de la disposición examinada en este contexto no era muy diferente a la del CESEDA. Habría parecido incoherente que el Consejo se basara en los principios clásicos del derecho constitucional represivo para censurar, hoy, disposiciones que, desde el punto de vista de la claridad, la precisión, la necesidad o la proporcionalidad, no reflejan un cambio importante de perspectiva.³³

Asimismo, en cuanto al principio de igualdad, podría parecer difícil considerar, a la luz de la jurisprudencia anterior, que los artículos impugnados del CESEDA fueran criticables. De hecho, en la Decisión Núm. 96-377 DC,³⁴ las condiciones de la inmunidad penal no fueron criticadas desde este punto de vista. Según el Consejo:

“Teniendo en cuenta el objetivo que se marcó de conciliar la consideración humanitaria de las situaciones legalmente protegidas con su deseo de no facilitar la inmigración ilegal, el legislador pudo, sin desconocer el principio de igualdad, conceder la inmunidad judicial a los ascendientes, descendientes y cónyuges sin extenderla a los hermanos y convivientes; que no se puede consi-

³² Cons. 11.

³³ V. également décision Núm. 2003-484 DC.

³⁴ Cons. 13.

derar que las sanciones a las que se exponen estos últimos infrinjan el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”.

Por lo tanto, el Consejo Constitucional había agotado la mayor parte de las normas de referencia pertinentes. Los demandantes sugirieron oportunamente otra. En este sentido, es posible considerar que el Consejo se encontró en una configuración institucional que podría calificarse como “restricción legal”. Según Véronique Champeil-Desplats y Michel Troper, esto puede definirse como “una situación de hecho en la que un actor jurídico se ve llevado a adoptar una determinada solución o conducta debido a la configuración del sistema jurídico, que el mismo actor instaura o en el que opera”.³⁵ Este marco de referencia permite proponer la siguiente reconstrucción: el Consejo se vio obligado a propiciar la aparición de una nueva norma de referencia efectiva, con el objetivo de reevaluar la constitucionalidad de un mecanismo que el derecho francés ha conocido, bajo formas ciertamente evolutivas, desde 1938,³⁶ sin haberse expuesto a la más mínima censura. En esta situación, y deseando evitar un cambio masivo de la jurisprudencia, el Consejo no podía sino apoyarse en un nuevo parámetro de control. Por otra parte, en cuanto al tipo de norma constitucional que debe mantenerse entre la taxonomía de los distintos componentes del bloque de constitucionalidad, el Consejo no podía sino identificar un nuevo *principio* de valor constitucional. En efecto, calificar la fraternidad como “*objetivo* de valor constitucional” en el contexto de una cuestión prioritaria de constitucionalidad habría supuesto una ruptura evidente con la incierta invocabilidad de esta categoría de normas constitucionales en este marco procesal. Las consecuencias de semejante trastorno pueden parecer excesivas y, tal como están las cosas, difíciles de medir. Sin embargo, todavía era necesario derivar inmediatamente una libertad de este principio, que encaja perfectamente con el contexto de la QPC.

La situación de restricción legal es, por tanto, plural, y progresa por ramificaciones sucesivas. El hecho es que, en sí misma y en conjunción con otras exigencias del mismo valor, la fraternidad sigue siendo maleable. Sobre todo, todavía no está cargada con un cuerpo de jurisprudencia denso. En consecuencia, la “novela en cadena” de la que habla Ronald Dworkin para dar cuenta de la coherencia tendencial de la jurispruden-

³⁵ CHAMPEIL-DESPLATS, V., TROPER, M., “*Proposition pour une théorie des contraintes juridiques*”, in TROPER, M., CHAMPEIL-DESPLATS, V., GRZEGORCZYK, C., (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, París, 2005, 12.

³⁶ Decreto-ley de 2 de mayo de 1938 sobre la policía de los extranjeros; art. 21 de la ordenanza Núm. 45-2658 de 2 de noviembre de 1945 sobre las condiciones de entrada y de estancia de los extranjeros en Francia.

cia,³⁷ que resulta del hecho de que los diversos autores que se suceden en el curso de la historia deben necesariamente tomar en consideración los capítulos escritos por sus predecesores y encajar en el marco así trazado, está sólo en sus comienzos. En este sentido, la decisión que nos ocupa quizá ilustre la necesidad periódica de nuevas herramientas que pueden sentir los tribunales constitucionales. En particular, herramientas que permiten evitar una inversión de la jurisprudencia que podría desestabilizar importantes construcciones jurídicas en una medida que no se puede medir *a priori*, especialmente en un contexto en el que la exigencia de seguridad jurídica es a menudo un principio de valor constitucional en sí mismo. La movilización de un principio hasta ahora infrautilizado, que deberá conciliarse con todos los demás sin caer en los paradigmas vinculantes de las conciliaciones anteriores, representa una forma de liberar el margen de maniobra del Consejo.

Queda por cuestionar la presunción compartida tanto por los críticos del activismo del Consejo como por el analista realista, a pesar de la divergencia de sus respectivas perspectivas: la idea de que el Consejo ha *elegido o decidido* censurar el “delito de solidaridad”.

Varios académicos han expresado su preocupación por el hecho de que la QPC, cuyo objetivo es preservar los derechos y las libertades, tiende a beneficiar principalmente a los (grandes) contribuyentes y a las empresas.³⁸ Este tipo de crítica coincide con el sentimiento expresado por Edouard Lambert respecto al gobierno de los jueces tal y como se desarrolló en Estados Unidos a principios del siglo XX.³⁹ Frente a esta crítica, que matiza considerablemente el interés que la QPC podría tener para la protección de los derechos y libertades de los débiles, la decisión núm. 717/718 QPC opera como una refutación oportuna. Tal y como han criticado duramente los detractores de esta decisión, mientras que sus promo-

³⁷ DWORKIN, R., “*La chaîne du droit*”, en *Droit et société*, vol. 1, 1985, 51-79.

³⁸ AA.VV., “*Bien commun: ‘Une réforme sage et mesurée de notre Constitution est devenue une urgence’*”, en *Le Monde*, 29 de mayo de 2018, https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/05/29/bien-commun-une-reforme-sage-et-mesuree-de-notre-constitution-est-devenue-urgence_5306399_3232.html; PERROUD, T., “*Liberté d’entreprendre, lobbying et démocratie*”, en *JP Blog*, 25 octubre 2018, <http://blog.juspoliticum.com/2018/10/25/liberte-dentreprendre-lobbying-et-democratie-par-thomas-perroud/>; AA.VV., “*Dossier Thématique : Dix ans de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC): quelle garantie des droits et libertés?*”, en *Revue des droits de l’homme*, n. 20, 2020, <https://journals.openedition.org/revdh/12028>; MILET, M., “*Groupes d’intérêt et contrôle de constitutionnalité en France depuis 2010. Conditions de ‘mobilisations constitutionnelles’ et usages de la QPC*”, en *Titre VII*, 2020, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/groupes-d-interet-et-contrrole-de-constitutionnalite-en-france-depuis-2010-conditions-de>.

³⁹ LAMBERT, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L’expérience américaine du contrôle de la constitutionnalité des lois*, París, 1921, 224.

tores se han regocijado en su potencial, la consistencia jurídica exacta de la fraternidad sigue siendo en gran medida indeterminada.⁴⁰ ¿Qué relación tiene, por ejemplo, en un momento en el que el Consejo de Estado se cuestionaba, en su estudio anual del 2018 sobre una “nueva fraternidad”,⁴¹ con las ideas de solidaridad, protección social, civismo, participación, tolerancia, etc.? ¿Abre la puerta al reconocimiento de derechos sociales? ¿Inicia un movimiento hacia un derecho constitucional más generoso desde este punto de vista?

Cualquiera que sea su destino contencioso, la operación puede no ser neutral en términos de comunicación y de construcción de la imagen del juez constitucional francés. En un artículo clásico, Georges Vedel destacó la doble audiencia del Consejo Constitucional.⁴² Si sus decisiones son ante todo un acto de lenguaje dirigido a los poderes públicos, en cuyo frente está el legislador, deben entenderse también como un mensaje dirigido a la opinión pública, a los ciudadanos, entendidos como litigantes en el contexto de la QPC. Por lo tanto, es probable que la censura del “delito de solidaridad”, tal como se presentó comúnmente al público en general, mejore la percepción del Consejo desde el punto de vista de las organizaciones de derechos humanos. La primera decisión de la QPC, que recibió una considerable exposición en los medios de comunicación, tuvo el mismo cuidado de censurar una disposición legislativa en nombre de la igualdad⁴³ – otro valor integrante del lema de la República. A la doble audiencia interna se le puede añadir una última audiencia externa. Si la diplomacia parece ser un campo de acción esencialmente delegado al poder ejecutivo, es posible que los otros dos poderes desarrollen sus propias formas de diplomacia o paradiplomacia. Esto es válido para los parlamentos⁴⁴ y, quizás, para los tribunales. En efecto, es posible entender el aumento de los intercambios entre los jueces, especialmente los constitucionales, en los últimos veinte años como la marca de un esfuerzo propiamente diplomático por su parte. Además de los seminarios que los reúnen periódicamente, hasta el punto de dar lugar a una forma de internacional de los jueces, estos intercambios se concretan a través de la práctica de ci-

⁴⁰ CANIVET, G., “*La fraternité dans le droit constitutionnel français, Conférence en l’honneur de Charles Doherty Gonthier, 20-21 de mayo de 2011*”, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/1037/pdf>.

⁴¹ CONSEIL D’ÉTAT, *Etude annuelle 2018. La citoyenneté. Etre (un) citoyen aujourd’hui*, París, 2018, 51-73.

⁴² VEDEL, G., “*Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendence des droits de l’homme*”, en *Pouvoirs*, núm. 45, 1988, 149-159.

⁴³ Decisión Núm. 2010-1 QPC.

⁴⁴ PEJO, P., *La diplomatie parlementaire*, Thèse sciences juridiques, París, Saclay, 2016.

tación mutua de su jurisprudencia.⁴⁵ En un momento en el que los flujos migratorios son un tema importante para las políticas públicas a nivel nacional, europeo e internacional, y en el que las iniciativas en este ámbito dan lugar a las fantasías más desenfrenadas y alimentan el desarrollo de formas de democracia cada vez más “iliberales”, el Consejo Constitucional envía quizás una forma de mensaje internacional. En este sentido, desde el punto de vista de los valores constitucionales fundamentales, estaría desarrollando una iniciativa que entra dentro de la para-diplomacia jurisdiccional.

En el ámbito de la comunicación institucional, frente a lo que algunos autores consideran una forma de “fatiga” que afecta al constitucionalismo occidental,⁴⁶ el Consejo Constitucional reactiva, en términos de eficacia del constitucionalismo jurisdiccional, el imaginario de los valores fundadores del constitucionalismo francés.

⁴⁵ TUSSEAU, G., *Contentieux constitutionnel comparé*, cit., núm. 428 ss.

⁴⁶ DE CABO MARTÍN, C., *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Madrid, 2014, 10.

CAPÍTULO 15

El derecho al voto de los venezolanos en Perú y Colombia: un análisis normativo y estadístico

Oswaldo Zavala Blas¹

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Derecho al voto de los extranjeros. – 2.1. Nociones generales. – 2.2. Modelos de regulación. – 3. Derecho al voto de los venezolanos en el Perú. – 3.1. Marco normativo. – 3.2. Índice de participación. – 3.2.1. Proceso electoral del año 2018. – 3.2.2. Proceso electoral del año 2022. – 4. El derecho al voto de los venezolanos en Colombia. – 4.1. Marco normativo. – 4.2. Índice de participación. – 4.2.1. Proceso de elecciones municipales y distritales de 2019. – 5. Conclusiones.

1. *Introducción*

Aunque la migración es un fenómeno antiquísimo, a partir del año 2015 el mundo ha experimentado un crecimiento significativo de migrantes provenientes de Venezuela.² Millones de hombres, mujeres, niños, personas con discapacidad, adultos mayores, enfermos, entre otros grupos vulnerables, emprendieron un éxodo desde el país bolivariano. En la actualidad, según la Plataforma R4V se registran 6 133 473 venezolanos refugiados y migrantes en el mundo,³ lo que da cuenta que el fenómeno ha tomado el carácter de una crisis migratoria.

La gran mayoría de venezolanos que han salido de su país se encuen-

¹ Profesor ordinario de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de Trujillo-Perú. Máster en estudios avanzados de derechos humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Correo: ozavalab@unitru.edu.pe.

² La oleada migratoria proveniente de Venezuela que empezó desde el 2015, tuvo como destino principal a Colombia, Perú, Ecuador, Chile y Brasil. (PHÉLAN, M., y OSORIO, E., *Migraciones y refugio en Venezuela 1998-2020. Dos miradas de una tragedia*, en *Trayectorias Humanas Transcontinentales*, núm. 06, 2020, 9.

³ R4V, Refugiados y migrantes de Venezuela, 11 de junio de 2022. Disponible en: <https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes>.

tran en Latinoamérica y el Caribe,⁴ aun cuando esta región se ha caracterizado por ser una zona de emigrantes. Muchos países al momento de la llegada de los venezolanos no contaban con un marco jurídico adecuado ni con modelos de gestión política para asegurarles el goce efectivo de sus derechos y su integración con la comunidad receptora. Esto ha generado una diversidad de problemas en desmedro de los migrantes venezolanos. Por ejemplo, múltiples casos de racismo y xenofobia,⁵ detención y deportación, altos niveles de informalidad de su condición migratoria, trata de personas,⁶ falta de recursos para fortalecer a las instituciones que gestionan la migración, entre otros graves problemas.

En Latinoamérica, Colombia y Perú son los países que tienen la mayor cantidad de venezolanos, muchos de estos inmigrantes tienen vocación de permanencia, incluso algunos tienen familia, negocios, trabajo estable, bienes o en general un vínculo importante en dichos países; sin embargo, aún no existe un marco normativo ni políticas de gestión adecuadas⁷ para proteger o integrar a este grupo humano. En líneas generales, subsiste una situación de indiferencia y desprotección de sus derechos fundamentales.

⁴ Al respecto R4V, precisa que, a mayo de 2022, en América Latina y el Caribe, hay 5 millones 083 mil 998 refugiados y migrantes venezolanos. *Ídem*.

⁵ En una encuesta realizada en Bogotá a 1500 venezolanos, se evidenció que el 40.5% manifestó haber sido rechazado y discriminado (OBSERVATORIO MIGRACIÓN COLOMBIA, *La integración de los migrantes venezolanos en Bogotá. Proyecto Migración Venezuela*. Colombia, 2019, 33. Disponible en: <https://migravenezuela.com/web/articulo/migrantes-venezolanos-en-bogota/1219>). En el Perú, en el año 2018 se realizó una encuesta a la población venezolana residente, donde se evidenció que el 35.6% de los encuestados, manifestó haber padecido algún incidente de discriminación (INEI, *Condiciones de vida de la población venezolana que reside en el Perú. Resultados de la encuesta dirigida a la población venezolana que reside en el país ENPOVE 2018*, Perú, 125).

⁶ En Ecuador, desde 2017 hasta junio de 2019, se registraron 43 víctimas venezolanas de trata de personas. En Perú, en 2018 se rescataron a 102 personas venezolanas víctimas de trata, y entre enero y febrero de 2019, a 59 también de nacionalidad venezolana (VARGAS, G., *Migración venezolana y trata de personas: una agenda pendiente*. Disponible en: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/migracion-venezolana-y-trata-de-personas-una-agenda-pendiente/>).

⁷ Palacios, Londoño y Hurtado han advertido cierta limitación del tratamiento de la migración en ciudades de Perú y Colombia: “en las ciudades de Lima y Bogotá, por ejemplo, se perciben acciones de coordinación entre la institucionalidad y las agencias internacionales para atender la oleada migratoria. Sin embargo, en estas dos capitales estatales se puede identificar una percepción de temporalidad de la migración proveniente de Venezuela, razón por la cual las medidas vigentes son de corto plazo y suelen atender a una coyuntura particular, lo que implica un desconocimiento sobre la tendencia hacia la permanencia de la migración”. PALACIOS, M., LONDOÑO, B., y HURTADO, N., *Experiencias frente a la migración: buenas prácticas locales en ciudades sudamericanas*, en *Revista Derecho PUCP*, núm. 86, 2021, 353-354.

Se podría mencionar una larga lista de derechos que le vienen siendo vulnerados a los venezolanos en el contexto migratorio. Uno de los que causa especial controversia, debido a su bajo nivel de protección o escaso y hasta nulo reconocimiento, es el derecho al voto. Tal vez, esta sea una de las razones por las cuales la desprotección de los inmigrantes venezolanos permanece sin miras de mejora. Quitarles la posibilidad de participar en la vida pública a los extranjeros, los hace permanecer en la invisibilidad, la marginación y la desigualdad. En el caso de Perú y Colombia, aun cuando existe un bloque importante de venezolanos, no tienen una participación política relevante que permita que ellos mismos sean los actores de su progreso.

Por ello, en el presente trabajo se analizará la situación del derecho al voto de los migrantes venezolanos, asumiendo una perspectiva descriptiva que permita caracterizar el estado situacional de este derecho en Perú y Colombia; y, a partir de lo cual, se pueda comprender el fenómeno migratorio y tratar de mejorar sus condiciones. En ese sentido, en principio se analizarán algunas nociones básicas y modelos regulatorios sobre el derecho al voto de los extranjeros; luego, se abordará en específico el estudio del derecho al voto de los venezolanos, tanto de la realidad peruana y colombiana, tratando de mostrar el marco normativo que lo regula y también cuál ha sido el índice de participación mediante este derecho en los procesos electorales que han tenido lugar a partir del año 2017. Finalmente, se brindarán algunas conclusiones que permitan tener una idea panorámica del estado de cosas del derecho al voto de los venezolanos en Perú y Colombia.

2. Derecho al voto de los extranjeros

2.1. Nociones generales

Comúnmente, el tratamiento que se hace sobre el derecho al voto parte de la perspectiva de los ciudadanos, desde la cual, se lo concibe como un derecho constitucional reconocido en todos los estados con modelos democráticos. Además, se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 21), la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 23), entre otros, asumiendo así un carácter de derecho humano. En cuanto a su contenido, se suelen identificar una dimensión activa (derecho a elegir un representante) y una pasiva (derecho a ser candidato y en general a ser elegido). Asimismo, este derecho abarca el ejercicio en distintos ámbitos te-

territoriales en los cuales se elige a las autoridades, pudiendo ser de carácter nacional, local, regional o según la división y organización político territorial que cada país haya adoptado.

Ahora bien, en relación con los extranjeros,⁸ el derecho al voto presenta varios cambios significativos. En principio, está escasamente reconocido o simplemente no se encuentra reconocido en el Derecho Internacional. Un ejemplo es el Convenio Europeo sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local,⁹ al cual, solo están adheridos unos pocos Estados y no en todos los términos del convenio.¹⁰ De otro lado, en el contexto americano, no está reconocido en ningún tratado, solo hay silencio al respecto, tal como se constata en la Resolución 04/2019 aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se hace una mención de diversos principios interamericanos sobre los derechos humanos de las personas migrantes, y en específico en el Art. 31 se indica que estos tienen derecho a participar políticamente, pero en su Estado de origen.

Asimismo, en algunos estados no se otorga el derecho al voto de los extranjeros y en otros sí. Cuando un ordenamiento jurídico estatal lo reconoce, su contenido es mucho más limitado en comparación del derecho al voto para los ciudadanos nacionales. Muchos países otorgan derecho al voto en su dimensión activa y pasiva a los extranjeros solo en ámbitos locales, mas no en esferas territoriales más amplias o generales como elección de jefe de Estado o de miembros de órganos de tipo parlamentario. También se da el caso que, en determinados países, el derecho al voto de los extranjeros solo cuenta con su dimensión activa.

Otra cuestión controvertida es el tema de su fundamentación. La doctrina suele indicar que el derecho al voto encuentra su justificación en la

⁸ Sobre el derecho al voto de los extranjeros puede revisarse: NAVAS, M., *El derecho al voto de los ciudadanos de la Unión Europea en las elecciones municipales. De la ciudadanía de la unión a las condiciones de ejercicio del derecho*, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 27 (2016). ALAMINOS, A., PENALVA, C., y PEREA, I., *La opinión pública europea y el derecho al voto de los migrantes*, en *Sistema: revista de ciencias sociales*, 247 (2017); FLORES, C., y TEND, P., *Extending Voting Rights to Foreigners: Reinforcing Equality or Reinventing Citizenship*. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol núm. 62/63. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26754.pdf>.

⁹ Fue adoptado 05 de febrero de 1992 por el Consejo de Europa. Los estados adheridos son Albania, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Italia, Noruega, Países Bajos y Suecia.

¹⁰ Aunque se llegó a pensar que “el derecho de voto se extendería rápidamente por todos los países por los efectos del Tratado de Maastricht, que relativizaba de forma definitiva la exigencia de la nacionalidad para votar; pero no ha sido así y pocos países con una población extranjera significativa han reconocido el derecho al voto de los extranjeros en los últimos años” (AJA, E. y MOYA, D., *El derecho de sufragio de los extranjeros residentes*, 2008, 8. Disponible en: http://idpbarcelona.net/docs/blog/der_sufragio.pdf).

medida que se configura como un requisito fundamental para la democracia.¹¹ Al respecto, Dahl considera que existe un gobierno democrático siempre y cuando los miembros de una asociación tengan la participación efectiva, igualdad de voto, alcancen una comprensión ilustrada, exista control final sobre la agenda e inclusión de adultos.¹² En similar sentido, Pasquino ha precisado que será democrático un régimen en el cual “la participación electoral sea permitida a todos los ciudadanos, es igualmente importante que los ciudadanos puedan ejercer con libertad actividades consideradas fundamentales para la estructuración del voto y derechos considerados irrenunciables para la vida democrática (reunión, expresión, difusión)”.¹³ Siendo así, la democracia solo puede realizarse en la medida que se garanticen determinadas condiciones, una de las cuales es el derecho al voto.¹⁴

De otro lado, la libertad también se presenta como otro argumento fuerte para justificar este derecho. En tales términos, participar eligiendo un determinado gobernante o proyecto político permite a las personas, directa e indirectamente, decidir cómo llevan las riendas de su vida en sus distintos aspectos, sea económico, social, cultural, etc.; y con ello, realizarse plenamente según sus propósitos. Así, en dicho valor encuentra su fundamento. Hoy en día tanto la democracia como la libertad son fundamentos aceptados de manera conjunta.¹⁵

Estas dos maneras de fundamentar el derecho al voto no hacen distinción o explicación especial de los extranjeros; por lo que, resulta importante analizar si tales argumentos sirven para justificar el derecho al voto de este grupo. En el caso de la democracia no se presenta como un fundamento del todo evidente. Lo controvertido, o mejor dicho lo problemá-

¹¹ Por sí sola la democracia, no es un argumento válido, sino el verdadero fundamento son las razones de su importancia: evita la tiranía, garantiza los derechos fundamentales, asegura un mayor ámbito de libertad, ayuda a proteger los propios intereses fundamentales de cada persona, promueve el desarrollo humano, genera un clima de paz, etc. (DAHL, R., *Democracia*, Barcelona, 2017, 54-72).

¹² *Ibíd.*, 44.

¹³ PASQUINO, G., *Nuevo curso de Ciencia Política*, México, 2014, 322.

¹⁴ De manera similar tenemos la siguiente definición: “La democracia es un sistema político en el que se tiene el derecho al voto para elegir a los representantes en elecciones periódicas” (RODRÍGUEZ, K., *Democracia y tipos de democracia*, en *Ciencia política: perspectiva multidisciplinaria*, Tirant lo Blanch, México, 2015, 49-50).

¹⁵ Al respecto, Cajaleón y Pomareda indican que “la teoría institucional nos hace comprender el doble carácter dimensional que tiene, replanteando la vieja polémica sobre su naturaleza de función pública o de derecho personal, no en términos antagónicos o excluyentes, son cubiertos bajo el mismo derecho fundamental” (CAJALEÓN, E. y POMAREDA, D., *Derechos políticos y participación. Sufragio, referéndum, revocatoria, iniciativa legislativa y otras formas participativas*, Lima, 2021, 24).

tico radica en la determinación de aquellos que se consideran miembros de una comunidad con derecho al voto, esto es, la identificación de los ciudadanos. Este debate no ha sido abordado de lleno por las teorías de la democracia,¹⁶ dejando un vacío que ha venido a rellenarse según el modelo de acceso a la ciudadanía que cada país considera correcto y que a menudo ha sido establecido según la política dominante. En ese orden de ideas, si la condición de ciudadano implica la opción de incluir a los extranjeros, solo entonces la democracia es lo que justifica su derecho al voto. Pero, si ello no es así, los extranjeros no tendrían este derecho, aun cuando lleven muchos años residiendo en un determinado país.

A diferencia de la democracia, la libertad se puede utilizar sin ningún condicionamiento a la idea de ciudadanía. Así, en el caso puntual de los extranjeros, el derecho al voto permite la realización del valor libertad, al otorgar la facultad de elegir las propuestas, candidatos o ideologías políticas que gobernarán; y con ello, a elegir libremente su destino, asumiendo las posibles consecuencias de su decisión. Al fin y al cabo, son los que habitan en un Estado,¹⁷ los que asumen los efectos que implica tomar decisiones políticas. Claro que, esto no significa residir solo de manera transitoria, sino que debe verificarse cierta vocación de permanencia. En consecuencia, la libertad se presenta como un fundamento fuerte para el reconocimiento del derecho al voto de los extranjeros, basado únicamente en la naturaleza humana.

Otra vía para argumentar la importancia de reconocer el derecho al voto de los extranjeros es la integración. John Rex menciona una noción de esta categoría, que fue defendida en 1964 en Gran Bretaña, según la cual, se la entendía “no como un proceso de uniformización, sino de diversidad cultural e igualdad de oportunidades en una atmósfera de tolerancia mutua”. Por su parte, Javier de Lucas, se centra en una concepción normativa de la integración, denominada “integración cívica”, que tiene como eje principal la participación política de los extranjeros en la vida pública,¹⁸ generando con ello, un contexto de igualdad y respeto en la diversidad, incluso una “mejora en la calidad de la democracia”.¹⁹ Lo problemático de

¹⁶En el caso de Dahl hace referencia indirecta a la posibilidad de participar que deben tener todos los adultos residentes permanentes (DAHL, R., *op. cit.*, 44).

¹⁷Es más, el argumento de encontrarse viviendo en un determinado país, resulta ser mucho más sólido, que el argumento de la nacionalidad en el caso de los nacionales que viven en el extranjero, quienes tienen derecho al voto respecto a un lugar donde ni siquiera viven y que por ello no tendrían que asumir ningún efecto de su elección.

¹⁸Véase LUCAS, J. y otros, *Los derechos de participación como elemento de integración de los migrantes*, España, 2008, 19-20.

¹⁹LUCAS, J. *Ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes*, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 13, 2006.

este fundamento, es que se trata de un concepto complejo y muy variable, sus particularidades como por ejemplo la concesión o no de derecho al voto, dependerá del modelo teórico y/o normativo que se adopte.

En mi opinión, tanto la democracia como la integración son argumentos importantes, pero aún pendientes de resolver a nivel teórico, por tanto, problemáticos. Por su parte, la libertad se vislumbra como un fundamento no tan complicado a nivel teórico, aunque en su contra bien podrían aplicarse las clásicas críticas a la visión liberal de los derechos. De todos modos, queda la discusión y el desafío de la universalidad del derecho al sufragio de los extranjeros, tomando en cuenta una visión amplia que incluya de manera complementaria los fundamentos antes examinados y la importancia de este derecho para los extranjeros y las sociedades receptoras, tal empresa académica como es evidente escapa de la finalidad del presente trabajo.

2.2. Modelos de regulación

Como se vio, la regulación del derecho al voto de los extranjeros depende de la voluntad política de cada Estado, ello ha implicado que existan distintas maneras de conceder, limitar y regular este derecho en el mundo, de lo cual se pueden apreciar al menos tres modelos que van de un nulo reconocimiento hasta un nivel elevado de protección. El primero, se da en los países donde este derecho se ha otorgado solo a los nacionales, excluyendo completamente a los extranjeros. Este modelo establece una equiparación exacta entre ciudadanía y nacionalidad. Aquí tenemos el caso de países como Francia y México. La Constitución francesa de 1958 en su Art. 3 establece expresamente que son electores los ciudadanos franceses mayores de edad. De este modo, los extranjeros quedan excluidos de la categoría de ciudadanos, y, por tanto, de poder participar emitiendo su voto, salvo que se trate de ciudadanos europeos, en dicho caso se tiene derecho a votar en elecciones municipales y del Parlamento Europeo.²⁰ En similar sentido, la Constitución mexicana de 1917, en su Art. 33 es bastante clara al señalar que los extranjeros no podrán inmiscuirse en los asuntos políticos del país. La única alternativa que tendría un extranjero en estos casos es iniciar un proceso de nacionalización.

El segundo modelo es aquel que otorga derecho al voto a los nacionales y también a los extranjeros, pero no en igualdad de condiciones. Los nacionales pueden votar en todos los ámbitos territoriales, mientras que los extranjeros no, por lo general, solo pueden votar en el ámbito local. Aun-

²⁰ En virtud del Art. 8 B numeral 1 y 2 del tratado de Maastricht.

que en este modelo el concepto de ciudadanía también incluye a los extranjeros, existe una notable ventaja de los nacionales. Es el caso de países como Perú y Colombia. Ambos países permiten que los extranjeros puedan votar solo en el ámbito local, siempre y cuando se cumplan requisitos de residencia permanente e ininterrumpida. El análisis detallado de estos países se realizará más adelante.

Un tercer modelo, aunque minoritario está dado por aquellos países que conceden el derecho al voto casi en igualdad de condiciones, a nacionales y extranjeros. En este grupo, la ciudadanía también incluye a los extranjeros, aunque no exactamente en iguales condiciones para ejercer el derecho al voto; no obstante, hay un elevado estándar de protección de este derecho. Aquí tenemos a países como Ecuador. La Constitución ecuatoriana de 2008, en su preámbulo hace referencia a “la sabiduría de todas las culturas que enriquecen a la sociedad ecuatoriana”, lo que transmite una visión positiva de la migración y ayuda a comprender el porqué del tratamiento que se les da a los extranjeros. En el Art. 9 se indica que los extranjeros tienen los mismos derechos que los ecuatorianos, dejando entrever que se asume un paradigma de integración y apertura. Asimismo, el citado texto constitucional, en su Art. 63 prescribe que “las personas extranjeras residentes en el Ecuador tienen derecho al voto siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años”, no estableciendo ninguna limitación a este derecho, salvo lo establecido en los artículos 142 y 149 que exigen como requisito para ser presidente o vicepresidente de la República, ser ecuatoriano de nacimiento, es decir, se limita el derecho al sufragio pasivo en dichos supuestos. Por lo demás, los extranjeros pueden votar en el ámbito local y nacional. Dentro de este modelo, también podemos encontrar a Chile.

A modo de síntesis, se puede afirmar que la tendencia mayoritaria en relación con el reconocimiento del derecho al voto extranjero, tanto de Latinoamérica como en Europa,²¹ es más cercana al segundo modelo, es decir, a aquel que reconoce este derecho de manera restringida. Al final de cuentas, se evidencia la influencia preponderante de la concepción del Estado-nación, que termina por considerar principalmente a los nacionales como ciudadanos, generando con ello una lógica de exclusión y restricción.²² Es más, en algunos países está latente la desconfianza hacia el vo-

²¹ En similar sentido, Beca indica que “en Europa parece haber una tendencia hacia el reconocimiento del derecho a sufragio activo (de los extranjeros) en elecciones de carácter local, pero no así en las de carácter nacional, siendo Portugal el único país que así lo hace” (BECA, J., *Ciudadanía y Migración. ¿Son compatibles?*, en *Estudios Constitucionales*, 2, 2019, 203).

²² Al respecto, Andrade precisa “Al día de hoy, la nacionalidad constituye el único impedimento para el reconocimiento pleno del derecho de sufragio activo y pasivo. La concepción de que los derechos políticos se conceden sólo a los miembros de pleno derecho de una

to de los extranjeros y se suele catalogar como un peligro para la democracia, incluso se usa como arma de ataque político.²³

3. *Derecho al voto de los venezolanos en el Perú*

3.1. *Marco normativo*

La Constitución Política del Perú de 1993 en su Art. 2 numeral 17, precisa que toda persona tiene derecho a participar de la vida política de la nación; no obstante, en el mismo articulado también hace hincapié que son los ciudadanos los que tienen derecho de elección, remoción, referéndum, etc. En otros términos, es la condición de ciudadano lo que determina o habilita si alguien tiene derecho a la participación política. Más adelante, el mismo texto constitucional, en el capítulo III (Art. 30 al 38) se desarrolla de manera específica lo respectivo a los derechos políticos y los deberes. En el primer artículo de este apartado, el Art. 30, se prescribe que son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años y que para su ejercicio se requiere inscripción electoral. Aparentemente, con dicha redacción solo los peruanos y no los extranjeros residentes en el país podrían votar; sin embargo, en el Art. 31 segundo párrafo se establece que “es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación”. Aunque no se hace ninguna mención expresa a los extranjeros, el término vecinos permite entender que de esta norma se deriva el derecho al voto de los extranjeros residentes solo para el caso de las elecciones municipales (locales) y siempre que se cumplan los requisitos legales. En el caso de los otros ámbitos del derecho al voto, esto es, participar en el proceso de elecciones regionales y en el proceso de

comunidad no ha sido superada y sigue siendo la justificación a una limitación innecesaria que impide a los miembros reales de un Estado participar en la vida pública y ser parte del proceso democrático de la sociedad en la que viven. Otros factores como la residencia o permanencia estable en un territorio parecen vínculos más reales para otorgar estos derechos” (ANDRADE, K., *El derecho de sufragio de personas extranjeras: de la tradición exclusionista a la desnacionalización de los derechos. Una mirada desde el derecho comparado*, en *Iuris Dictio*, 20, 2017, 140). Véase también Aja quien refiere que “La imagen de un mismo proceso histórico es sugerente, pero el fundamento de la privación de los derechos políticos al extranjero es más profundo y afecta el núcleo del Estado-nación” (AJA, E. y MOYA, D., *op. cit.*, 3).

²³ Véase, por ejemplo: <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20210210-factcheck-venezolanos-que-sean-regularizados-en-colombia-no-podr%C3%A1n-votar-por-presidente>; asimismo: <https://migravenezuela.com/web/articulo/registraduria-reitera-que-los-venezolanos-no-podran-votar-en-elecciones-del-2022/2544>.

elecciones nacionales, no existe regulación para reconocerlo, por tanto, se entiende que no está permitido.

En cuanto al nivel de regulación legal, la Ley de Elecciones Municipales Núm. 26864 publicada el 14 de octubre de 1997, en su Art. 7 indica que: “los extranjeros mayores de 18 años, residentes por más de dos años continuos previos a la elección, están facultados para elegir y ser elegidos, excepto en las municipalidades de frontera, siempre y cuando estén debidamente inscritos en el registro correspondiente...”. Este dispositivo legal viene a cumplir lo establecido en el Art. 31 de la Constitución y es el que de manera expresa permite que los extranjeros residentes pueden ejercer su derecho al voto, sea en su dimensión activa, es decir derecho a elegir, o sea en su dimensión pasiva, derecho a ser elegidos; pero, solo en el ámbito de las elecciones municipales.

Además, otro aspecto a destacar es que aun cuando existe esta posibilidad de que se ejerza el derecho al voto, ello está condicionado a una serie de requisitos formales como la exigencia de tener la calidad migratoria de residentes²⁴ debiendo contar con carné de extranjería. Asimismo, se exige la realización de un procedimiento administrativo de inscripción ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.²⁵ Para este trámite, se requiere contar con 02 años de residencia en el Perú, tener 18 años, pleno goce de las capacidades, tener carné de extranjería, llenar un formulario y una declaración jurada donde debe constar la fecha de ingreso al país y el tiempo de residencia. En general, se trata de un procedimiento simplificado, además que no tiene ningún costo.

3.2. *Índice de participación*

En este apartado se pretende identificar el nivel de participación política ejercido a través del derecho al voto de los migrantes venezolanos en el Perú. No obstante, antes de empezar, es importante establecer un marco temporal; en ese sentido, la crisis migratoria es el parámetro que sirve como punto de referencia para delimitar el periodo de análisis, dado que implicó la presencia de un elevado número de venezolanos que llegaron al

²⁴ Según la legislación vigente, solo quienes tienen condición migratoria de residente pueden obtener carné de extranjería (Art. 17 del Decreto Legislativo Núm. 1350). Además, para obtener la condición de residente, el migrante debe encontrarse en algunos de los supuestos como ser investigador, inversionista, trabajador, familiar de residente, etc. (Art. 29.2 del Decreto Legislativo Núm. 1350).

²⁵ Procedimiento regulado por el *Reglamento de inscripción electoral de extranjeros residentes en el Perú en el marco de un proceso electoral*, aprobado por Resolución Jefatural Núm. 158-2017/JNAC/RENIEC.

Perú y en función de ello se justifica su estudio. Al respecto, el Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú (INEI), informa que de la población venezolana que ingresó al Perú hasta el 2018, el 2.7% había ingresado en el 2016 y el 19.6 % había ingresado en el 2017. Siendo así, se puede afirmar que desde el 2017 la migración proveniente de Venezuela tuvo un incremento exponencial que justifica tomar dicho año como punto de partida hasta la actualidad.

Partiendo del 2017 hasta la fecha, se identifican dos procesos electorales en los cuales se puede realizar la medición del nivel de ejercicio del derecho al voto de los migrantes venezolanos: el proceso de elecciones municipales realizado en octubre de 2018 y el proceso de elecciones municipales que se realizará en octubre de 2022. Este último, aunque está pendiente, ya cuenta con un Padrón Electoral aprobado donde consta la población electoral peruana y la extranjera habilitada para votar, lo que permite su medición. Cada uno de estos procesos reviste características especiales y por tanto ameritan un análisis y explicación independientes.

3.2.1. Proceso electoral del año 2018

Aquí se persigue identificar el índice de participación mediante el derecho al voto de los migrantes venezolanos en las elecciones municipales de 2018. Ello se conseguirá determinando el porcentaje que significa: 1) la población de venezolanos inscritos en el Padrón Electoral para las elecciones municipales de 2018, respecto de 2) la población de venezolanos que habrían cumplido los requisitos legales para ejercer este derecho en las elecciones en cuestión.

La primera población mide la cantidad de venezolanos que tuvieron la intención de ejercer el derecho al voto, mientras que la segunda, estima el número de venezolanos que habrían cumplido los requisitos legales, incluyendo los que tuvieron intención de votar y los que no. En este cometido salta a la vista un problema importante, el cual es la carencia de información o datos específicos catalogados por años sobre la segunda población. La solución ante dicho escollo es usar dos indicadores que pueden servir como referencia aproximada para estimar la magnitud de dicha población.

El primero es el número de migrantes venezolanos que se encontraban en el Perú hasta dos años antes de la fecha de las elecciones, esto es, hasta el 2016. Esta cifra nos sirve para determinar una cantidad al menos aproximada de migrantes que tuvieron la posibilidad de cumplir los dos años de residencia en el Perú y con ello uno de los requisitos fundamentales. Al respecto, tenemos que, hasta setiembre de 2016 se registraron 103 854 extranjeros residentes en el país, de los cuales el 13.4% corresponde a co-

lombianos, 10.2% españoles, 8.9% estadounidenses, 7.5% argentinos, 6.6% ecuatorianos, 6.4% venezolanos, entre otras nacionalidades.²⁶ En específico, la cifra de venezolanos que residían en el Perú, hasta setiembre de 2016 es de 6 615. Este dato se caracteriza por ser más amplio puesto que incluye a quienes cuentan con carné de extranjería y a quienes no.

El segundo indicador que nos permite acotar mucho más es la población de venezolanos residentes que tenían carné de extranjería dos años antes de las votaciones de octubre de 2018. Estos tenían posibilidades de votar en comparación a aquellos que ingresaron al país después del año 2016, los cuales ya no tuvieron ninguna, puesto que resultaba imposible que cumplieran el plazo de residencia mínimo. En ese sentido, INEI indica que desde el 2007 a setiembre de 2016 se contabilizaron 54 495 extranjeros con carné de extranjería,²⁷ de los cuales el 19% (10341) fueron nacionales colombianos, el 9.1% (4949) españoles y el 7.7% (4190) venezolanos.²⁸ Esto quiere decir que, dos años antes de las elecciones municipales de 2018, había 4 190 venezolanos residentes en el Perú con carné de extranjería.

No debe perderse de vista que ambos indicadores importan un margen de error, puesto que algunos venezolanos se encontraban desplazándose y también dichas cifras consideran a los niños y niñas²⁹ los cuales no pueden votar. Otro aspecto que se debe valorar es que el primer indicador, engloba a los venezolanos que tienen y no tienen carné de extranjería, lo que hace que sea un indicador con un mayor margen de error, puesto que aquellos que no cuentan con este documento no podrían votar. En cambio, el segundo, dado que solo considera a los migrantes venezolanos con carné de extranjería, se puede afirmar que tiene un menor margen de error. A pesar de que los indicadores no brindan una cifra precisa de la población venezolana habilitada para votar el 2018; no obstante, proporcionan una idea más cercana a la realidad.

Ahora bien, pasando a revisar cuántos venezolanos se inscribieron en el Registro Electoral para votar, tenemos que, según la Resolución Núm. 0161-2018-JNE de fecha 09 de marzo de 2018, que aprobó el Padrón Electoral definitivo para las elecciones del 2018, se contabilizaron 23 374 975 electores con domicilio dentro del territorio de la República y 26 ciudada-

²⁶ INEI, *Estadísticas de la emigración internacional de los peruanos e inmigración de extranjeros, 1990-2015*, Perú, 2016, 76. Disponible en: <https://peru.iom.int/sites/g/files/tmzbd1951/files/Documentos/211216EstEmigIntInm19902015.pdf>.

²⁷ *Ibid.*, 81.

²⁸ *Ibid.*, 85.

²⁹ Sobre esto, INEI ha indicado que el porcentaje de personas extranjeras de 0 a 14 años al 2016, es del 7% aproximadamente (*Ibid.*, 73).

nos de nacionalidad extranjera; de los cuales, la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) ha precisado que 4 son argentinos, 3 norteamericanos, 2 alemanes, 2 españoles, 2 canadienses, 2 belgas, 2 austriacos, 2 mexicanos, 1 italiano, 1 holandés, 1 francés, 1 boliviano, 1 rumano, 1 uruguayo, 1 ecuatoriano y 1 venezolano. Hasta aquí, la información relevante, se puede presentar en los siguientes términos:

Cuadro Núm. 01³⁰: Porcentaje de participación mediante el derecho al voto de los venezolanos que cumplen los requisitos legales para las elecciones de 2018 Perú

Población venezolana apta para votar elecciones 2018 (cifra estimada)			
Con mayor margen de error		Con menor margen de error	
6.615		4.190	
No inscritos para votar	Inscritos para votar	No inscritos para votar	Inscritos para votar
6.614	1 (0.015%)	4.190	1 (0.023%)

En este cuadro se muestra el porcentaje de los venezolanos que habrían mostrado su intención de participar mediante el derecho al voto en las elecciones de 2018. En concreto, se tiene que, el único venezolano que se inscribió y quedó apto para participar en este proceso electoral, representa el 0.015% de la población venezolana estimada con mayor margen de error. Asimismo, el único venezolano que se inscribió y quedó apto para participar en el proceso electoral en mención, representa el 0.23% de la población venezolana estimada con menor margen de error. En ambos casos se trata de un índice de participación muy bajo casi nulo.

3.2.2. Proceso electoral del año 2022

Conforme al Decreto Supremo Núm. 001-2022-PCM las elecciones municipales se realizarán el día 02 de octubre de 2022, proceso en el cual los venezolanos también tendrán opción de participar. Para determinar su nivel de participación, se usará la metodología empleada para el análisis del proceso electoral de 2018. Esto implica establecer el porcentaje que significa: 1) la población de venezolanos inscritos en el padrón electoral para las elecciones municipales de 2022, respecto de 2) la población estimada de venezolanos que habrían cumplido los requisitos legales para ejercer este derecho en las elecciones en cuestión. Sin embargo, se presenta el

³⁰ Fuente: datos obtenidos de INEI y JNE; Elaboración: propia.

mismo problema de la medición descrito en el proceso electoral precedente, por lo que, a efectos de poder identificar una cifra aproximada, también se usarán dos indicadores.

El primer indicador sería la población estimada de venezolanos registrados en el Perú dos años antes del proceso electoral de 2022; pero considerando que para estas elecciones el Registro Electoral de Extranjeros Residentes se abrió del 04 de julio de 2021 y cerró el 02 de octubre de 2021, lo que implica que solo hasta dicho periodo podían los extranjeros residentes, inscribirse para ejercer su derecho al voto; en consecuencia, se analizarán los datos hasta setiembre de 2019 (esto es, dos años antes del cierre de la inscripción), la razón de basarnos en esta última fecha, estriba en que permitiría comprender a los venezolanos que tuvieron la posibilidad de cumplir el requisito de dos años de residencia, incluyendo quienes tuvieron carné de extranjería y quienes no. Sobre ello, el INEI precisó que del 2007-2019 (analizando datos hasta el 30 de setiembre de 2019), se contabilizaron 963 528 venezolanos residentes en el Perú.³¹

En relación con el segundo indicador: población estimada de venezolanos con carné de extranjería hasta dos años antes del proceso electoral en análisis. Al respecto, Migraciones Perú informó que del 2016 hasta el 2019 se han emitido 184 575 carnés de extranjería a personas de distintas nacionalidades, de los cuales la gran mayoría fueron concedidos a nacionales venezolanos cuya cifra asciende a 91 641, seguidos por los colombianos a quienes se les expidió 27 380, luego vienen otras nacionalidades como ecuatoriana con 9 356, estadounidense con 5 817 entre otros.³² Este indicador reduce mucho más la población que podría ejercer su derecho al voto, e incluso tiene la ventaja de acercarse más a la cifra de los venezolanos habilitados para votar, ello por cuanto, estos cumplen con el requisito de contar con el carné de extranjería y tienen el tiempo necesario para cumplir los dos años de residencia, si es que no lo han cumplido ya.

De manera muy similar a lo mencionado en las elecciones de 2018, ambos indicadores referidos a las elecciones de 2022 tienen un margen de error determinado por el desplazamiento de los migrantes y por los porcentajes de los menores de edad incluidos en las cifras. En lo que se diferencian es en el grado, ya que el primer indicador engloba a los venezolanos que tienen y no tienen carné de extranjería, lo que hace que sea un indicador con un mayor margen de error; y, el segundo, dado que solo considera a los migrantes venezolanos con carné de extranjería, entonces se

³¹ INEI, *Estadísticas de la emigración internacional de los peruanos e inmigración de extranjeros, 1990-2019*, Lima, 2021, 73.

³² MIGRACIONES PERÚ, *Boletín Estadístico Migratorio*, 2022, 8. Disponible en: <https://datastudio.google.com/s/kju1I77t9FM>.

puede afirmar que tiene un menor margen de error. Estas cifras, no constituyen un dato exacto de la población venezolana residente en el Perú que cumple los requisitos para votar, pero al menos nos dan una cifra estimada.

Habiendo precisado lo anterior, corresponde determinar la población de venezolanos que se habrían inscrito en el Registro Electoral de Extranjeros Residentes para las elecciones de 2022. Al respecto, el Jurado Nacional de Elecciones, mediante Resolución Núm. 0137-2022-JNE de fecha 06 de marzo de 2022, aprobó el Padrón Electoral definitivo para las elecciones municipales 2022, el cual consta de un total de 24 760 062 electores, que incluye solo a 153 extranjeros inscritos los mismos que se encontrarán habilitados para ejercer su derecho al voto. Asimismo, dicho órgano electoral ha detallado que de los 153 inscritos, 126 son de nacionalidad venezolana mientras que otros países tienen de 1 a 5 votantes.³³

En síntesis, la información relevante sobre el análisis de las elecciones 2022, se puede presentar de la siguiente manera:

*Cuadro No. 02:*³⁴ *Participación mediante el derecho al voto de los venezolanos que cumplen los requisitos legales para las elecciones de 2022 Perú*

Población venezolana apta para votar elecciones 2022 Perú (cifra estimada)			
Con mayor margen de error		Con menor margen de error	
963.528		91.641	
No inscritos para votar	Inscritos para votar	No inscritos para votar	Inscritos para votar
963.402	126 (0.013%)	91.515	126 (0.13%)

En este cuadro, se muestra el porcentaje de los venezolanos que habrían mostrado su intención de participar mediante el derecho al voto en las elecciones de 2022. En concreto, se tiene que, los 126 venezolanos que se inscribieron y están aptos para participar en el proceso electoral de 2022 representan el 0.013% de la población venezolana estimada con mayor margen de error. Asimismo, los 126 venezolanos que se inscribieron y están aptos para participar en el proceso electoral de 2022 representan el 0.23% de la población venezolana estimada con menor margen de error. En ambos casos se trata de un índice de participación muy bajo.

³³ RENIEC, *Carta Núm. 000269-2022/SGEN/OGD/RENIEC*, 2022, 1. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/17KK7RXo3q4nfeMPO-tt9Z9LNBXoYKsmd/view?usp=sharing>.

³⁴ *Fuente:* Datos obtenidos de INEI y JNE. Elaboración: propia.

4. *El derecho al voto de los venezolanos en Colombia*

4.1. *Marco normativo*

La Constitución colombiana de 1991 dedica un apartado específico para regular los derechos de los extranjeros. En su Art. 100 les reconoce los mismos derechos civiles y las garantías que a los colombianos, salvo las limitaciones o excepciones reguladas por ley. En cuanto a los derechos políticos, se enuncia que estos están reservados solo a los colombianos, excluyendo explícitamente la posibilidad que los extranjeros puedan acceder a ellos, salvo el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal y distrital. De este modo queda claro, que existe un otorgamiento del derecho al voto de los extranjeros “en calidad de posibilidad u opción”³⁵ y que la labor principal de regularlo le corresponde al legislador. Asimismo, siguiendo la lógica de la Constitución, los extranjeros no pueden votar en otros ámbitos como la circunscripción departamental y nacional.

En cuanto a la regulación legal, La ley 1070 de 2006 es la encargada de reglamentar el derecho al voto de los extranjeros para las elecciones municipales y distritales en Colombia. Esta ley, en su Art. 2 precisa que las elecciones en las cuales pueden participar son para elegir alcaldes distritales y municipales, Concejos distritales y municipales, y Juntas Administradoras Locales distritales y municipales en todo el territorio nacional. Asimismo, en su Art. 5, se establecen requisitos básicos que se deben cumplir: tener 18 años a más, tener visa de residente, tener 5 años continuos o ininterrumpidos de residencia en Colombia, poseer cédula de extranjería de residente, registrarse en el registro electoral, no tener inhabilidades constitucionales o legales.

El requisito de la visa de residente se otorga cuando existe la intención por parte del extranjero de establecerse en el país. Ello se evalúa en función a que se cumplan los presupuestos indicados en el Art. 8 del Decreto 834 de 2013:

- a) cuando el extranjero sea padre o madre de nacional colombiano,
- b) cuando los dos padres de nacional colombiano sean extranjeros,
- c) cuando se trate de un extranjero que habiendo sido colombiano ha renunciado a la nacionalidad,
- d) cuando se haya sido titular durante 5 años continuos e ininterrumpidos de una visa temporal de tipo TP-3, TP-4, TP-5, TP-7, TP-9,
- e) cuando haya sido titular de la visa TP-10 por un periodo mínimo de 3 años continuos e ininterrumpidos,

³⁵ Véase: Corte Constitucional, C-523/03.

- f) cuando el extranjero haya sido beneficiado con visa RE por 5 años continuos e ininterrumpidos,
- g) cuando en su condición de inversionista haya registrado inversión extranjera ante el Banco de la República por un monto superior a 650 salarios mínimos.

Como se aprecia, en los supuestos “a”, “b” y “c” hay una influencia notable de la idea de nacionalidad, ello se evidencia en la medida que son supuestos que se configuran cuando hay un nacional colombiano de por medio. En el supuesto “d” se otorga la residencia en caso de que se hayan obtenido visas temporales por motivos académicos, por un vínculo laboral, por ser refugiado o asilado, etc. Este supuesto implica una mayor apertura para recibir o aceptar extranjeros que no tienen ninguna vinculación con un nacional colombiano, siempre y cuando realicen actividades que se entiende pueden aportar al desarrollo del país. Algo muy similar ocurre con el supuesto “g”, que implica promover o generar condiciones para la inversión extranjera.

Otro requisito importante, es la inscripción de los extranjeros residentes en la Registraduría Nacional del Estado Civil; es decir, se debe realizar un breve trámite únicamente con la cédula de extranjería. El trámite consiste básicamente en acercarse dentro del periodo o plazo señalado, a las sedes u oficinas autorizadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil con su cédula de extranjería de residente, donde se procederá a verificar la identidad de la persona, no necesitando ningún otro documento o acto.³⁶ Esta inscripción de por sí no habilita a un extranjero residente a votar, sino que la Registraduría Nacional hace un análisis de la inscripción determinando si se cumplen los requisitos. En dichos términos se configuran las condiciones para que los extranjeros puedan ejercer su derecho al voto.

4.2. Índice de participación

Así como se hizo en el caso peruano, es importante establecer un marco temporal que permita acotar el ámbito de estudio. La crisis migratoria venezolana, por el gran número de personas que se desplazaron hacia Colombia, sirve como punto de partida, específicamente desde que se agravó. En relación con ello, tenemos que Migraciones Colombia ha informado que durante el 2015 ingresaron a territorio colombiano 329 478 ciudadanos venezolanos, el 2016 ingresaron 378 965 (un 15% más que el año anterior), y el 2017 ingresaron 796 234 ciudadanos venezolanos a territo-

³⁶ El trámite está regulado por el Art. 4 de la Ley 1070 de 2006, en concordancia con el Art. 78 del Decreto Ley Núm. 2241 de 1986.

rio colombiano. Este último año significó un 110% más que el año anterior.³⁷ El 2017, igual que en el caso peruano, fue un momento de llegada exponencial de venezolanos a Colombia, por tanto, a partir de este año se justifica el análisis del derecho al voto.

Tomando como punto de partida el 2017, solo se encuentra un proceso electoral donde han participado los migrantes venezolanos residentes, esto es, el proceso de elecciones municipales y distritales de 2019. Mientras que, respecto al proceso de elecciones municipales y distritales que se realizará el año 2023, aún no se abre la inscripción, en consecuencia, no hay cifras que determinen la población electoral tanto nacional como migrante, haciendo imposible medirlo en los términos del presente trabajo. Esta situación implica que el análisis de este apartado solo esté enfocado en el primero de los procesos electorales enunciados.

4.2.1. *Proceso de elecciones municipales y distritales de 2019*

La finalidad de esta parte del trabajo es medir el nivel de la participación mediante el derecho al voto de los migrantes venezolanos en las elecciones municipales y distritales realizadas en el año 2019. Ello se hará siguiendo los lineamientos metodológicos usados en el caso peruano, por tanto, corresponde determinar el porcentaje que representa: 1) la población de venezolanos inscritos y autorizados en la Registraduría Nacional del Estado Civil para ejercer su derecho al voto en dicha elección, respecto de 2) la población estimada de venezolanos que habrían cumplido los requisitos legales para ejercer este derecho en las elecciones en cuestión. Aquí surge nuevamente el problema de la determinación de esta última población; no obstante, para generar al menos una cifra estimada se usarán dos indicadores que pueden servir para delimitar dicha población.

El primero es la población estimada de venezolanos que se encontraban en Colombia hasta cinco años antes de la fecha de las elecciones, esto es, hasta agosto de 2014. Esta cifra nos sirve para determinar una cantidad al menos aproximada de venezolanos que tuvieron la posibilidad de cumplir los 05 años de residencia que exige la legislación colombiana. Al respecto, el DANE informó que al 2014 se registraron un aproximado de 80 mil migrantes provenientes de Venezuela viviendo en Colombia.³⁸ Esta

³⁷ MIGRACIONES COLOMBIA, *Infografía: Así ha sido la evolución de la crisis migratoria venezolana*, 2019, 1-3. Disponible en: <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/especial-asi-ha-sido-la-evolucion-de-la-crisis-migratoria-venezolana-corte-agosto-31-de-2019>.

³⁸ DANE, *Nota estadística. Población migrante venezolana en Colombia, un panorama con enfoque de género*, Colombia, 2021, 6. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/notas-estadisticas/jul-2021-nota-estadistica-poblacion-migrante-venezolana-panorama-con-enfoque-de-genero.pdf>.

cifra es importante porque contabiliza un estimado total de migrantes venezolanos entre regulares e irregulares.

El segundo indicador es la población estimada de venezolanos que se encontraban en la condición de permanentes en Colombia,³⁹ 05 años antes de las votaciones de octubre de 2019, esto es el año 2014; ello por cuanto quienes ingresaron después, no tuvieron ninguna posibilidad de cumplir los años de residencia exigida por la legislación. En relación con ello, en el Cuarto Informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas, la OEA y OCDE, han indicado que para el 2014, se registraron 11 279 venezolanos en condición de permanentes en Colombia.⁴⁰ Hay que decir que esta cifra limita mucho más la población que habría cumplido los requisitos legales para votar, en la medida que no solo se encontraban en Colombia, sino que considera a aquellos que además contaban con permisos formales para residir.

Resulta importante considerar que estos dos indicadores, importan un margen de error considerable debido a que, como se mencionó en el caso peruano, hay un porcentaje de migrantes en tránsito y no se distinguen niños de adultos. Otro aspecto para tomar en cuenta es que el primer indicador, es mucho más genérico puesto que comprende a los venezolanos que tienen y no tienen la condición de permanentes, lo que hace que sea un indicador con un mayor margen de error. La situación es distinta con el segundo indicador, dado que solo considera a los venezolanos que contarían con permisos de carácter indefinido, por tanto, con un menor margen de error. También es prudente precisar que, estos indicadores no brindan una cifra precisa de la población venezolana residente en Colombia, que habría cumplido los requisitos legales para votar en el proceso electoral de 2019; sin embargo, otorgan un rango al menos aproximado a la realidad.

Ahora bien, determinando la población de venezolanos que se inscribieron en la Registraduría Nacional del Estado Civil y quedaron autorizados para votar en las elecciones de 2019, tenemos que, según Christian Krüger, Director de Migraciones Colombia, 1 678 extranjeros quedaron habilitados para votar en las elecciones de octubre de 2019. Dentro de los cuales destacan 368 ciudadanos venezolanos, 294 ecuatorianos, 131 peruanos, 107 españoles y 69 argentinos, entre otros.⁴¹

³⁹ Entendiendo como migrantes permanentes a quienes se les ha “otorgado un permiso de duración indefinida a la entrada o, de manera equivalente, uno de duración limitada pero renovable de manera indefinida” (OEA y OCDE, *Migración internacional en las Américas. Cuarto informe del sistema continuo de reportes sobre migración internacional en las Américas*, Washington, 2017, 9).

⁴⁰ *Ibíd.*, 104.

⁴¹ Migraciones Colombia, Noticia del 19 de octubre de 2019. Disponible en: <https://www.>

En resumen, la información sobre el análisis de las elecciones 2019, se puede presentar de la siguiente manera:

*Cuadro No. 03:*⁴² *Porcentaje de participación mediante el derecho al voto de los venezolanos que cumplen los requisitos legales para las elecciones de 2019 Colombia*

Población venezolana apta para votar elecciones 2019 Colombia (cifra estimada)			
Con mayor margen de error		Con menor margen de error	
80.000		11.279	
No inscritos para votar	Inscritos para votar	No inscritos para votar	Inscritos para votar
79.632	368 (0.46%)	10.911	368 (3.26%)

En este cuadro, se muestra el porcentaje de los venezolanos que habrían mostrado su intención de participar mediante el derecho al voto en las elecciones de 2019 en Colombia. En específico, se tiene que los 368 venezolanos autorizados y aptos para participar en el proceso electoral de 2019 representan el 0.46% de la población venezolana estimada con mayor margen de error. Asimismo, los 368 venezolanos autorizados y aptos para participar en el proceso electoral de 2019 representan el 3.26% de la población venezolana estimada con menor margen de error. Se trata de un índice de participación de bajo a medio.

5. Conclusiones

La democracia y la integración, como fundamentos que justifican la necesidad de reconocer el derecho al voto de los extranjeros, son argumentos importantes, pero aún pendientes de resolver a nivel teórico, por tanto, problemáticos. Por su parte, la libertad se presenta como un fundamento más sólido. Asimismo, existen diversos modelos de regulación del derecho al voto de los extranjeros en el mundo, dentro de los cuales podemos encontrar aquellos que equiparan en mayor o menor medida la ciudadanía con la nacionalidad y establecen un nivel alto a medio de res-

migracioncolombia.gov.co/noticias/mas-de-1-600-ciudadanos-extranjeros-podran-votar-el-proximo-27-de-octubre?highlight=WyJlbGVjY2lvbmVzIl0=.

⁴² Fuente: datos obtenidos del DANE, Migraciones Colombia, OEA y OCDE. Elaboración: propia.

tricción del derecho al voto de los extranjeros, así también hay otros modelos que tienden a otorgar un nivel elevado de protección que está muy cercano a igualar el derecho al voto de nacionales y extranjeros.

El ordenamiento jurídico peruano y el colombiano reconocen a nivel constitucional el derecho al voto de los extranjeros, encomendando a la normatividad infra constitucional la regulación del mecanismo para acceder a este. Asimismo, ambos ordenamientos jurídicos, regulan este derecho de una manera restringida, permitiendo su participación en su dimensión activa y pasiva solo en ámbitos locales, quedando excluida su participación en otros ámbitos electorales; aunque, en el caso de Colombia, además de las elecciones locales, se permite votar en consultas.

El ordenamiento jurídico peruano, al exigir solo dos años de residencia continua como requisito para que los extranjeros puedan ejercer el derecho al voto, se presenta como un modelo menos restrictivo. Asimismo, tiene un procedimiento de inscripción de los extranjeros que desean votar en elecciones locales, menos simplificado que el colombiano. Por su parte, el ordenamiento jurídico colombiano, al exigir cinco años de residencia continua e ininterrumpida como requisito para que los extranjeros puedan ejercer el derecho al voto, se presenta como un modelo más restrictivo. Así también, se observa que tiene un procedimiento de inscripción para que los extranjeros voten, levemente más simplificado que el peruano, al no exigir que se llene ningún formulario ni que se adjunte declaración jurada.

En el Perú, en las elecciones municipales de 2018, los venezolanos que expresaron su intención de participar mediante el derecho al voto representan un porcentaje que va del 0.015% al 0.023% respecto de la población estimada de venezolanos aptos para votar, lo cual implica una muy baja o casi nula participación. En el caso de las elecciones municipales de 2022, los venezolanos que expresaron su intención de participar mediante el derecho al voto representan un porcentaje que va del 0.013% al 0.13% respecto de la población estimada de venezolanos aptos para votar, lo cual implica un incremento respecto a las elecciones pasadas; no obstante, en proporción a la cantidad de venezolanos aptos para las elecciones de 2022, aún se mantiene la tendencia a una muy baja participación.

En Colombia, en las elecciones municipales de 2019, los venezolanos que expresaron su intención de participar mediante el derecho al voto representan un porcentaje que va del 0.46% al 3.26% respecto de la población estimada de venezolanos aptos para votar, lo que implica una baja a media participación política. Llama la atención la diferencia con el Perú, puesto que, aun cuando el ordenamiento jurídico colombiano es más restrictivo por la cantidad de años de residencia mínima que exige, existe un mayor índice de participación. De manera tentativa se podría mirar como

causa explicativa de esta diferencia, el trámite más simplificado que existe en Colombia para que los extranjeros puedan votar; sin embargo, no parece ser un elemento importante, dado que el procedimiento en el Perú, no resulta ser un trámite realmente complejo. En tal sentido, es necesario explorar otras causas como la cultura compartida entre colombianos y venezolanos, el nivel de formalización de extranjeros que hay en cada país, etc. El estudio de todo ello, sin duda, amerita una nueva investigación.

CAPÍTULO 16

Sostenibilidad y constituciones: el estado constitucional a la prueba del futuro

*Tania Groppi*¹

SUMARIO: 1. Un nuevo «concepto clave constitucional». – 2. Futuro y constitución: una relación antigua. – 3. El irresistible ascenso de la sostenibilidad en las constituciones. – 4. Nuevos retos: ¿necesitamos una “cláusula constitucional de sostenibilidad”?

1. Un nuevo «concepto clave constitucional»

Una investigación sobre el texto de las constituciones de los 193 Estados miembros de Naciones Unidas muestra que 66 de ellas utilizan el sustantivo “sostenibilidad” o, más frecuentemente, el adjetivo “sostenible”.² Todas estas referencias se encuentran en las constituciones adoptadas o modificadas después de 1987, cuando el informe titulado “Our Common Future”, de la Comisión Brundtland de Naciones Unidas, definió el “desarrollo sostenible” como “el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las generaciones futuras”.

Estos datos nos parecen suficientes para afirmar que la sostenibilidad³ es ya un nuevo “concepto clave constitucional” que, así como la soberanía, la democracia, el *rule of law*, la dignidad, la igualdad o la libertad, ha pasado a estar en el punto de mira de los constitucionalistas: él también necesita ser interpretado, balanceado y aplicado.

Pero ¿qué se entiende por sostenibilidad?

¹ Profesora de Derecho Público en la Universidad de Siena.

² Para más detalles sobre la metodología de la investigación, véase GROPPi, T., “*Sostenibilità e costituzioni. Lo Stato costituzionale alla prova del futuro*”, in *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 2016, núm. 1, 43-78. La investigación sobre el texto de las constituciones se actualizó en diciembre de 2021.

³ Sobre el origen de este concepto, véase BOSSELMANN, K., *The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*, Londres, Routledge, 2008.

El informe ya citado, nos muestra dos aspectos centrales: tiene una estrecha relación con el futuro, especialmente con las generaciones futuras; se desarrolla en el ámbito de la protección del medio ambiente.

Esta última consideración no quiere decir que la sostenibilidad, ni en el lenguaje cotidiano ni en el jurídico (incluido el constitucional), se limite a las cuestiones medioambientales. El término “sostenible” está ciertamente de moda hoy en día: se habla de finanzas sostenibles, turismo sostenible, arquitectura sostenible, agricultura sostenible, etc.

La noción de sostenibilidad implica la aspiración de que un determinado bien o valor, actualmente presente (el medio ambiente o la riqueza de un país, el equilibrio presupuestario o la actividad turística) pueda existir también en el futuro. En términos más técnicos, podemos decir que el uso de un bien o de un recurso es “sostenible” cuando no destruye el bien o el recurso, sino que permite su transmisión a las generaciones futuras.

Por tanto, la sostenibilidad contiene en sí misma una relación intergeneracional, como subrayan repetidamente numerosos documentos internacionales.⁴ No es casual que el término francés “*durabilité*” sea especialmente eficaz,⁵ ya que transmite la idea de duración con más claridad que el español “sostenible” o el inglés “*sustainable*”, que introducen, según lo muestra su origen etimológico, la idea de responsabilidad.

Su aparición en el derecho constitucional contemporáneo debe ponerse en relación con el fenómeno de la “internacionalización” de las constituciones:⁶ se trata en efecto de un concepto, al igual que aquel, estrechamente relacionado de “generaciones futuras”,⁷ desarrollado en el derecho internacional, que ha migrado luego al derecho constitucional, aprovechando la permeabilidad de las constituciones contemporáneas a las influencias externas y la necesidad de que el derecho internacional encuentre aceptación a nivel interno para ser eficaz.

En este artículo expondremos algunas consideraciones sobre: la relación entre “futuro y constitución”, ya bien desarrollada por la doctrina del derecho constitucional (par. 2); la positivización de la sostenibilidad en las cláusulas constitucionales (par. 3); los retos que plantea al derecho constitucional de nuestro tiempo (par. 4).

⁴ SANDS, P., PEEL, J., *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 210.

⁵ Véase TOUZET, A., “*Droit et développement durable*”, en *Revue de droit public et de la science politique*, 2008, núm. 2, 456.

⁶ CHEN CHANG, W., RONG YEH, J., “*Internationalization of Constitutional Law*”, en ROSENFELD, M., ANDRÁS, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 1165 ss.

⁷ BIFULCO, R., *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milan, Franco Angeli, 2008, 89 sq.

2. Futuro y constitución: una relación antigua

El concepto de sostenibilidad en el derecho constitucional está estrechamente vinculado a la responsabilidad intergeneracional, es decir, a la posibilidad de que la Constitución imponga a los responsables políticos de hoy de tener también en cuenta a las generaciones futuras a la hora de tomar decisiones cuyos efectos puedan perjudicar sus necesidades.

Sin querer abordar la compleja cuestión de los “derechos” – si se puede decir así por necesidad de síntesis – de las generaciones futuras,⁸ basta con recordar que las constituciones contemporáneas, por su propia naturaleza, miran hacia el futuro mucho más que otro tipo de normas jurídicas, y por lo tanto aparecen como lugares especialmente adecuados para tratar de asegurarse que las generaciones actuales no ignoren la solidaridad intergeneracional en sus elecciones.⁹

La rigidez, en primer lugar, ya contiene en sí misma una idea de duración, un horizonte temporal que va más allá del circuito ordinario de la toma de decisiones políticas, donde las mayorías formadas por las elecciones deciden.¹⁰ La finalidad de las constituciones rígidas es establecer normas que obliguen a los responsables políticos a no seguir servilmente la voluntad de las mayorías políticas contingentes,¹¹ sino a tener en cuenta otros principios y valores, consagrados en la propia constitución, como expresión del “*higher lawmaking*”,¹² es decir, del poder constituyente. Así, los derechos de las minorías se confían a la protección de los tribunales, en primer lugar, de los tribunales constitucionales, que cumplen una función contra mayoritaria. Por lo tanto, estas constituciones pueden prestarse, a través de cláusulas específicas, a incluir la sostenibilidad en el balance de intereses que tiene que realizarse en los procesos de toma de decisiones.¹³

⁸ El debate sobre la posibilidad de configurar auténticos derechos de las generaciones futuras es muy amplio. Véase TREMMEL, J.C. (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006.

⁹ GOSSERIES, A., “*Constituciones y generaciones futuras*”, en *La buena sociedad*, 2008, núm. 2, 32 ss.

¹⁰ Las constituciones tienen lo que se ha definido como la “soberbia pretensión de duración”: KIRHHEIMER, O., *Das Problème der Verfassung* [1929].

¹¹ Véanse los ensayos publicados en ZAGREBELSKY, G., PORTINARO, P.P., LUTHER, J., (eds.), *Il futuro della costituzione*, Turín, Einaudi, 1996.

¹² Así ACKERMAN, B., *We the People. Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

¹³ SKAGEN EKELI, K., “*Green Constitutionalism: The Constitutional Protection of Future Generations*”, en *Ratio Juris*, 2007, 378 ss.; TREMMEL, J.C., “*Establishing Intergenerational Justice in National Constitutions*”, en TREMMEL, J.C. (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, cit. TREMMEL, J.C., “*Establishing Intergenerational Justice in National Constitutions*”, en TREMMEL, J.C. (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, cit. 187 ss.; GOSSERIES, A., “*The Intergenerational Case for Constitutional Rigidity*”, en *Ratio Juris*, 2014, 527 sq.

De hecho, uno de los principales problemas para adoptar decisiones que preserven las necesidades del futuro, a costa, si es necesario, de los intereses del presente, es la dinámica de la democracia electoral, es decir, la necesidad de las élites políticas de buscar el consenso a corto plazo del electorado actual, sin tener en cuenta los intereses de quienes, al no estar presentes, no pueden influir en la competición electoral a través de su voto.

Además de la rigidez, hay que tener en cuenta que las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial tienden a acentuar la orientación hacia el futuro, inherente a la propia noción de constitución, mediante la inclusión de normas programáticas, que, aunque no sean inmediatamente autoejecutables, son sin embargo prescriptivas y, como tales, susceptibles de vincular al legislador, bajo pena de inconstitucionalidad de sus decisiones.¹⁴

La tendencia a insertar normas programáticas se acentúa especialmente en las constituciones más recientes, aprobadas como resultado de los procesos de democratización en el ciclo constitucional posterior a 1989,¹⁵ que adquieren un valor explícito de “transformación” de la estructura social y económica existente.¹⁶

La difusión en las constituciones contemporáneas de las “cláusulas de sostenibilidad” (así como de las cláusulas que hacen referencia a las necesidades de las generaciones futuras) parece, por tanto, – al igual que la influencia y, al mismo tiempo, la ineficacia del derecho internacional, como se ha dicho – un síntoma de la percepción de la “adecuación” de la constitución como marco legislativo que puede obligar a los responsables políticos actuales a no ignorar las necesidades del futuro.

3. El irresistible ascenso de la sostenibilidad en las constituciones

Se ha encontrado una referencia a la sostenibilidad o al adjetivo “sostenible”, según la investigación mencionada al principio, en 66 constituciones actuales.

Son aún más las constituciones que contienen referencias a las genera-

¹⁴ Sobre las cláusulas programáticas, desde la perspectiva aquí comentada, DORF, M.C., “*The Living Constitution and Future Generations: The Aspirational Constitution*”, en *The George Washington Law Review*, 2009, 1631.

¹⁵ Sobre la posibilidad de identificar un ciclo constitucional posterior a 1989, véase GROPPi, T., “*La Constitution tunisienne de 2014 dans le cadre du ‘constitutionalisme globale’*”, en *Constitutions*, núm. 1, 2016, 7-25.

¹⁶ Sobre el “constitucionalismo transformador”, KLARE, K., “*Legal Culture and Transformative Constitutionalism*”, en *South African Journal on Human Rights*, 1998, núm. 14, 146 ss.

ciones futuras (76 según nuestro cálculo, que incluye también las 17 constituciones que se limitan a una mención en el preámbulo), referencias que a menudo están contenidas en disposiciones relativas al medio ambiente (en este sentido, 58 constituciones).

El vínculo entre la sostenibilidad y el futuro se pone de manifiesto en el hecho de que en muchas constituciones (28 de 66) el término sostenibilidad (o el adjetivo “sostenible”) se utiliza junto con la referencia a las generaciones futuras.

Por supuesto, incluso cuando no hay cláusulas específicas sobre la sostenibilidad o las generaciones futuras, esto no significa que no haya cláusulas de protección inherentes o implícitas, posiblemente abiertas a la interpretación.

Limitándonos a las cláusulas explícitas, y sin poder examinarlas aquí en detalle, hay que decir que en la gran mayoría de los casos las referencias se sitúan en el ámbito de la protección del medio ambiente o de los recursos naturales (61 constituciones),¹⁷ mientras que sólo en 5 constituciones el uso del sustantivo o del adjetivo se refiere a otras cuestiones. En particular, las constituciones de Italia, Kosovo, España y Hungría sólo contienen referencias a la sostenibilidad económica y financiera, mientras que la constitución de Japón es bastante especial, ya que se refiere a la “sostenibilidad de los derechos humanos”.¹⁸

En algunas constituciones, los tres macro sectores en los que se articuló la definición de sostenibilidad en los documentos internacionales de finales del siglo XX, la sostenibilidad medioambiental, la económica y la social, aparecen estrechamente vinculados. Por ejemplo, la Constitución belga (art. 7-bis, introducido en 2007) destaca por su amplitud, al referirse al “desarrollo sostenible en sus aspectos sociales, económicos y medioambientales”, que debe ser perseguido por los poderes públicos “teniendo en cuenta la solidaridad intergeneracional”.

Si tenemos en cuenta la fecha de adopción de las normas que contienen estas referencias, está claro que en casi todos los casos se trata de constituciones nuevas, adoptadas en el ciclo constitucional posterior a

¹⁷En cuanto a la protección del medio ambiente, diversas investigaciones existentes ya han mostrado la tendencia a insertar disposiciones específicas en las constituciones aprobadas o modificadas durante las últimas décadas (referencias en este sentido estarían presentes en 147 constituciones según un estudio bien documentado de 2012): BOYD, D.R., *The Environmental Rights Revolution. A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, Vancouver, UBC Press, 2012, 45 ss.

¹⁸En Italia, una revisión constitucional de 2022 introdujo una referencia explícita al medio ambiente y a las generaciones futuras en el art. 9 de la Constitución, mientras que la referencia a la sostenibilidad (introducida en 2012) está contenida en el art. 81, sobre el presupuesto y las finanzas públicas.

1989 y, por tanto, después del informe Brundtland. En algunos países (Bélgica, Francia, Luxemburgo, Grecia, Portugal, México, Italia y España, por poner algunos ejemplos), se trata de disposiciones introducidas en recientes revisiones constitucionales.

En cuanto a la perspectiva “geográfica”, el término se encuentra en todas las regiones del mundo. Puede considerarse como un indicador de la tendencia al “constitucionalismo global”: se utiliza esta expresión para indicar un fenómeno que consiste en la creciente presencia de elementos de convergencia y uniformidad en las constituciones, que tienden a transformarse de expresión de la identidad nacional en signo de pertenencia a una comunidad global.¹⁹

Si bien la referencia a la sostenibilidad está presente en las constituciones de diferentes zonas geográficas, se destaca sobre todo en las denominadas “nuevas constituciones andinas²⁰”: las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela contienen innumerables disposiciones sobre sostenibilidad y desarrollo sostenible, incluyendo aspectos económicos y financieros. Estas constituciones dedican largos y detallados artículos a las cuestiones medioambientales, que tienen perfiles bastante innovadores: basta pensar en la codificación de los “derecho de la tierra” (Pacha Mama) en la Constitución de Ecuador (art. 71) o en el Tribunal Agroambiental previsto en la Constitución de Bolivia (art. 189).

Por el contrario, no hay ninguna referencia a esto en grandes partes del mundo que se sabe que tienen importantes problemas medioambientales, como Estados Unidos o Canadá en América del Norte, Brasil, Chile, Argentina en América del Sur, Australia en Oceanía y, en Asia, China, India, Kazajistán, Indonesia o, en Europa, Rusia.

Si pasamos a un examen cualitativo, en la mayoría de los casos, la sostenibilidad o el desarrollo sostenible se conciben como tareas del Estado (lo que los alemanes definen como “*Staatsziele*”), o como objetivos que deben perseguir los poderes públicos, como suele ocurrir con los derechos de las generaciones futuras y, en algunos casos, también con la protección del medio ambiente (que, sin embargo, muchas constituciones califican de derecho subjetivo).

Salvo algunas excepciones,²¹ se trata por tanto de disposiciones sus-

¹⁹ La expresión “constitucionalismo global” se utilizó en diferentes sentidos. En este sentido, TUSHNET, M., “*The Inevitable Globalization of Constitutional Law*”, en *Virginia Journal of International Law*, núm. 4, 2009, 987 ss.; LAW, D.S., VERSTEEG, M., “*The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*”, en *California Law Review*, 2011, 1162 ss.

²⁰ En cuanto a la protección ambiental, la investigación de BOYD, R.R., *The Environmental Rights Revolution*, cit., 282, han demostrado que América Latina ocupa el primer lugar en el proceso de constitucionalización de estos derechos, también en términos de creatividad.

²¹ Donde la sostenibilidad se configura como un derecho subjetivo, con referencia a la

tanciales de carácter programático, que requieren la intervención activa de los poderes públicos. Las disposiciones procedimentales están prácticamente ausentes.

Los únicos ejemplos de normas de procedimiento en materia de sostenibilidad que pueden citarse, aparte de los relativos a la democracia participativa en materia de medio ambiente (Ecuador, art. 398), son disposiciones constitucionales que identifican determinados órganos consultivos (Burundi, art. 280; Gabón, art. 103; Guinea, art. 138; Ecuador, art. 156; Marruecos, art. 152), siguiendo el modelo francés del “Consejo Económico, Social y Medioambiental” (art. 69 de la Constitución francesa). Otras constituciones se limitan a mencionar la necesidad de que la asamblea legislativa cuente con una comisión parlamentaria sobre el tema (Guyana, Art. 119B). La Constitución húngara de 2011 es inusual, ya que recoge una disposición legislativa anterior que establecía un “Defensor de las Generaciones Futuras” y confía esta tarea al “Defensor de los Derechos Fundamentales” (artículo 30).

La única constitución que identifica una autoridad independiente con referencia explícita a la sostenibilidad era la Constitución de Túnez de 2014, que preveía una “instancia constitucional para el desarrollo sostenible y los derechos de las generaciones futuras” con funciones consultivas sobre los proyectos de ley en materia económica, social y medioambiental, así como para los programas de desarrollo (artículo 129). Esta instancia nunca se creó, y la disposición no se reproduce en la constitución autoritaria que, en 2022, sustituyó la de 2014.

4. *Nuevos retos: ¿necesitamos una “cláusula constitucional de sostenibilidad”?*

Las “cláusulas de sostenibilidad” están formuladas, como se ha dicho, en términos tan generales que plantean importantes dudas sobre su eficacia. Ante la insuficiente aplicación legislativa, se plantea así el problema de la aplicabilidad directa por parte de los jueces (por ejemplo, a efectos de indemnización, para exigir la responsabilidad por el incumplimiento de los objetos públicos). Sin embargo, aunque estas cláusulas no se considerasen autoejecutables y se limitasen a calificarlas como parámetros del juicio de legitimidad constitucional, sigue siendo extremadamente difícil que los jueces constitucionales declaren inconstitucionales aquellas que

protección del medio ambiente: véase, por ejemplo, la Constitución de Ecuador, art. 14: “Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que garantice la sostenibilidad y el buen vivir (sumak kawsay)”.

muchas veces acaban configurándose como omisiones del legislador.²²

De hecho, incluso si se creyera que el obstáculo del *standing* (que se suele plantear cuando se plantean los derechos de las generaciones futuras) pudiera superarse de alguna manera, la extrema discrecionalidad que se deja a los jueces constitucionales seguiría existiendo. En cuestiones muy técnicas – ya sean las pensiones, la biotecnología, el equilibrio presupuestario, la protección del medio ambiente, los recursos naturales o el cambio climático –, estarían (y cada vez lo están más)²³ llamados a indicar al legislador las medidas que deben adoptarse para preservar a las generaciones futuras, interviniendo así con fuerza en la esfera de la toma de decisiones políticas. En efecto, es innegable que la inclusión de las necesidades de sostenibilidad en el control de la proporcionalidad implica un sacrificio, incluso pesado, de expectativas y ni siquiera de posiciones jurídicas en el momento actual.

Por no hablar de la probabilidad de que, ante estas cláusulas “abiertas” y genéricas, los jueces constitucionales más tímidos renuncien a garantizarlas, optando en cambio por soluciones destinadas a eliminar las cuestiones, favoreciendo, más o menos abiertamente, la discrecionalidad del legislador.²⁴

Por lo tanto, nos enfrentamos a un difícil dilema.

Por un lado, como hemos dicho, la dialéctica política democrática no parece ser el foro adecuado para tener adecuadamente en cuenta las necesidades de la sostenibilidad, debido a su perspectiva a corto plazo o incluso a muy corto plazo, ligada al ciclo electoral.

Por otra parte, las cláusulas constitucionales que hemos examinado, por su vaguedad y generalidad, imponen una tarea excesivamente difícil a los jueces, que están llamados a establecer difíciles equilibrios.

Hay muchos riesgos en esta situación, entre ellos el de la pérdida de confianza en la Constitución, dada su ineficacia,²⁵ hasta el punto de que

²² Sobre el papel de los tribunales y juzgados constitucionales en la garantía del principio de responsabilidad intergeneracional, estrechamente relacionado con el que nos ocupa, véase BIFULCO, R., *Diritto e generazioni future*, cit.

²³ Para un marco actualizado de decisiones judiciales, constitucionales y de otro tipo sobre el cambio climático, incluida la importante decisión del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021, 1 BvR 2656/18 y otras, véase <http://climatecasechart.com/>. Consultado en mayo de 2022.

²⁴ Esto es lo que ocurrió en Noruega, a pesar de la revisión constitucional para reforzar la cláusula de protección del medio ambiente (art. 112): Tribunal Supremo, sentencia de 22 de diciembre de 2020 en el asunto HR-2020-2472-P, (asunto núm. 20 - 051052SIV-HRET).

²⁵ En este sentido CHO, H.S., PEDERERSEN, O.W., “*Environmental Rights and Future Generations*”, en TUSHNET, M., FLEINER, T., SAUNDERS, C. (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Londres-Nueva York, Routledge, 2013, 407.

algunos consideran preferible la ausencia de cláusulas sustantivas a su no aplicación.²⁶

La cuestión es, por tanto, de saber si no se pueden idear soluciones institucionales más adecuadas que las actuales en el derecho comparado de *iure condendo*, de modo que el derecho constitucional pueda contribuir a garantizar la sostenibilidad, principalmente la medioambiental: una tarea que sigue siendo decisiva, dada la muy limitada eficacia del derecho internacional en este ámbito.

En nuestra opinión, el aspecto central de la garantía, en esta perspectiva, debería pasar del nivel sustantivo al procedimental: en otras palabras, necesitamos cláusulas constitucionales que no solo consagren el principio de sostenibilidad, o la protección de las generaciones futuras en los ámbitos del medio ambiente, de las finanzas, de las pensiones, etc., sino que también identifiquen los procedimientos por los que se deben tomar las decisiones políticas que pueden influir fuertemente en las oportunidades de la vida futura. Procedimientos cuya conformidad está sujeta a la revisión de los tribunales constitucionales.

Para ello, los mecanismos de la democracia participativa, a los que a menudo se recurre en materia medioambiental, no son suficientes, ya que también pretenden, en esencia, dar voz directamente a los *stakeholders* del momento presente, pero, al igual que las instituciones de la democracia representativa, no están adaptadas para tener en cuenta el impacto futuro de las decisiones.

Es necesario mirar en otra dirección, para incluir en el procedimiento de toma de decisiones dictámenes obligatorios, emitidos por organismos (que se regularán a nivel constitucional), designados como portadores del principio de sostenibilidad. Pero no en nombre de la necesidad de representar a las generaciones futuras (ya que, sin querer desandar las largas discusiones sobre el tema, nos parece que no se puede hablar de “representación” en referencia a sujetos que aún no han nacido), sino del principio de precaución: es necesario introducir en el procedimiento un momento de carácter técnico-científico, que permita integrar y mediar críticamente el conocimiento científico y lo que, en el estado actual de este conocimiento, se puede suponer razonablemente que será el impacto futuro de las decisiones actuales.²⁷

En otras palabras, cuando hay que tomar decisiones que afectan a las

²⁶ En este sentido, HARTWIG, M., “*La costituzione come promessa per il futuro*”, en BIFULCO, R., D’ALLOIA, A. (eds.), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Nápoles, Jovene, 2008, 67.

²⁷ Como se recoge, por ejemplo, en GRASSI, S., “*Spaces of responsibility and intergenerational solidarity: environmental protection and sustainable development*”, en BIFULCO, R., D’ALLOIA, A. (eds.), *Un diritto per il futuro*, cit., 189.

oportunidades de la vida futura,²⁸ se hace necesario realizar una evaluación de impacto, encomendada a un organismo especializado, previsto a nivel constitucional. Este análisis debe contener conclusiones precisas sobre las decisiones que deben tomarse, de las que el legislador puede apartarse, pero motivando. No se trata de crear algo en el vacío, puesto que este tipo de procedimiento ya existe en el derecho administrativo. Introducir este tipo de procedimiento en derecho constitucional podría, por un lado, favorecer la transparencia del proceso de toma de decisiones legislativas y, por tanto, el escrutinio de la opinión pública; por otro lado, facilitaría al juez constitucional la valoración de la razonabilidad, que se basaría tanto en el dictamen técnico como en las motivaciones aportadas por el legislador para apartarse de esto.

Sin embargo, la investigación que aquí se presentó sintéticamente muestra que, desde el punto de vista procedural, el “derecho constitucional a la sostenibilidad” aún no ha dado sus primeros pasos.

En algunos países hay importantes debates doctrinales y políticos,²⁹ en otros hay disposiciones legislativas³⁰ que han atraído la atención de las organizaciones internacionales en su frenética búsqueda de mecanismos institucionales para garantizar la sostenibilidad,³¹ pero las disposiciones constitucionales son muy escasas.

Se trata, por tanto, de un ámbito que espera ser explorado y que, además, abre nuevas perspectivas de reflexión sobre el funcionamiento de la democracia y sobre el papel de los parlamentos y de los jueces constitucionales en el Estado de Derecho democrático-pluralista.

²⁸ En cierta medida, todas las normas jurídicas influyen en las situaciones futuras. Resulta entonces crucial identificar aquellos que tienen un fuerte impacto no tanto en las situaciones futuras, sino en las “posibilidades de vida futura”: a este respecto, para un intento de delimitación, véase SKAGEN EKELI, K., “*Green Constitutionalism: The Constitutional Protection of Future Generations*”, cit., 387 ss.

²⁹ Para algunas referencias a la experiencia alemana y al debate que tuvo lugar con motivo de la revisión constitucional que condujo a la inserción del art. 20a de la Grundgesetz, véase TREMMEL, J.C., *Establishing Intergenerational Relations*, cit. TREMMEL, J.C., *Establishing Intergenerational Justice in National Constitutions*, cit., 196; BOSSELMANN, K., *El principio de sostenibilidad*, cit., 138 ss.

³⁰ Véanse las soluciones legislativas adoptadas en Gales, Noruega, Canadá, Finlandia, Nueva Zelanda y Alemania, resumidas en GÖPEL, M., PEARCE, C., *Guarding our Future. Cómo incluir a las generaciones futuras en la elaboración de políticas*, Londres, Fundación Consejo Mundial del Futuro, 2014.

³¹ M. SZABÒ, V., “*Instituciones nacionales para la protección del interés de las generaciones futuras*”, é-pública, *Revista Electrónica de Direito Público*, núm. 5, 2015, 10 sq.