



Movilidad humana

Conoce más en <https://manualpersonasdefensoras.org> y DIRAJus.org

[**VOLVER AL ÍNDICE**](#)

Índice

<u>Introducción</u>	<u>3</u>
<u>Interrogantes jurídicas</u>	<u>13</u>
<u>Criterios normativos relevantes</u>	<u>15</u>
<u>Guía argumentativa ante el juzgado</u>	<u>21</u>
<u>Solución de caso de ejemplo</u>	<u>64</u>
<u>Normas hipotéticas</u>	<u>89</u>

Introducción

El fenómeno de movilidad humana ha crecido mucho en los últimos años a nivel mundial. En lo que respecta al desplazamiento forzado, en el 2021 más de 84 millones de personas fueron obligadas a desplazarse, según datos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).¹ Este número supera los números registrados en 2020 y 2019, cuando ya se habían batido marcas en cuanto al número de desplazados forzosos en el mundo.²

También en América Latina y el Caribe se puede ver este aumento, siendo que, en el 2021 casi un millón de personas de la región huyeron

¹ ONU, *Migración en 2021: Aumenta el número de refugiados y migrantes pese a las restricciones de viaje* | Noticias ONU (un.org)

² ONU, *Migración en 2021: Aumenta el número de refugiados y migrantes pese a las restricciones de viaje* | Noticias ONU (un.org).

de sus países hacia México y los Estados Unidos – la cifra más alta en la historia.³ Las causas fueron entre otras la violencia, las amenazas, la extorsión, el reclutamiento de las pandillas o la prostitución, la falta de oportunidades, los estragos de la pandemia de COVID-19 y el cambio climático.⁴ En la región de América Latina y el Caribe, a su vez, continúa en aumento la problemática de desplazamiento interno, siendo Colombia el segundo país a nivel mundial con mayor porcentaje de población desplazada interna, reportando el ACNUR un aumento de 124.000 personas inmersas en estos flujos en el 2021.⁵

³ ONU, *Migración en 2021: Aumenta el número de refugiados y migrantes pese a las restricciones de viaje* | Noticias ONU (un.org).

⁴ ONU, *Migración en 2021: Aumenta el número de refugiados y migrantes pese a las restricciones de viaje* | Noticias ONU (un.org).

⁵ *Informe Annual ACNUR 2022*, p. 26 (Informe Anual ACNUR 2022.pdf).

Aunque hay muchas personas en América Latina y el Caribe que tienen como destino los Estados Unidos, hay muchas otras que se desplazan hacia otros países de la región, siendo estos últimos, Estados de acogida.

Por la estricta política migratoria de los Estados Unidos, para muchas personas México ya no es solamente un país de tránsito, sino también es un Estado de acogida. En el año 2021, México tenía más de 116.000 solicitudes de asilo, lo que constituyó un nuevo récord.⁶ Además, dado la presente situación en Venezuela, millones de personas venezolanas se desplazaron a otros países en la región, mayoritariamente a Colombia.⁷

⁶ ONU, *Migración en 2021: Aumenta el número de refugiados y migrantes pese a las restricciones de viaje* | Noticias ONU (un.org).

⁷ ONU, *Migración en 2021: Aumenta el número de refugiados y migrantes pese a las restricciones de viaje* | Noticias ONU (un.org).

En relación con lo anterior, Colombia acogió a 1,8 millones de personas refugiadas en 2021 (sobre todo de Venezuela), convirtiéndose en el segundo país más acogedor del mundo tras Turquía.⁸

Por su parte, Costa Rica, es destino de muchas personas desplazadas provenientes de Nicaragua. En este sentido, en el año 2021, Costa Rica recibió 108.500 nuevas solicitudes individuales – sobre todo de Nicaragua-, lo que lo sitúa en el cuarto puesto a nivel mundial, de Estados receptores de solicitudes de asilo.⁹

Otro fenómeno que contribuye a la presente situación es la situación de personas haitianas, quienes se han desplazado a diferentes países de la región.

⁸ Informe Anual ACNUR 2022, p. 2 (Informe Anual ACNUR 2022.pdf).

⁹ Informe Anual ACNUR 2022, p. 2 (Informe Anual ACNUR 2022.pdf).

En el marco de situaciones de movilidad humana y flujos de desplazamiento, pueden identificarse distintas poblaciones, de conformidad con las condiciones en las cuales abandonan su país de origen, lo que se encuentra estrictamente relacionado con la normativa que regula su protección.

Por una parte, existen **personas migrantes**, que son aquellas que han abandonado su país de origen en primer lugar por una motivación económica, laboral, académica o de unificación familiar, y **personas refugiadas**, que son quienes han huido de sus países de origen a causa de persecución o – si se aplica la más amplia definición de la Convención de Cartagena – 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. Algunas poblaciones o grupos en situación de vulnerabilidad se encuentran especialmente afectados en estos contextos, lo cual debe ser reconocido y visibilizado para la comprensión del fenómeno de movilidad humana.

Por otro lado, en lo que respecta a las personas migrantes, es posible distinguir entre personas en situación migratoria regular y personas en situación migratoria irregular; en el caso de las primeras, son aquellas que se encuentran autorizadas a ingresar, a permanecer y – según si sea caso – a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte.¹⁰ Por otra parte, las personas en

¹⁰ Corte IDH. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°2: Personas Situación de Migración o Refugio, pp. 7, 8.

situación migratoria irregular, son aquellas que no se encuentran autorizadas a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte, y que, sin embargo, realizan dicha actividad.¹¹ Pese a que el espectro de situaciones de movilidad humana es amplio, esta ficha va a enfocarse por un lado en la situación de personas refugiadas y por el otro lado, en la situación de personas en situación migratoria irregular.

En lo que respecta a las personas migrantes, tal y como ha constatado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) en su Opinión Consultativa OC-18/03 de septiembre de 2003, «generalmente los

¹¹ Corte IDH. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°2: Personas Situación de Migración o Refugio, p. 8.

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)”¹². Eso tiene su causa en diferencias en idioma, costumbres y culturas, dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular.¹³

Por lo tanto, la comunidad internacional ha adoptado medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de las personas migrantes. En este sentido, existen múltiples instrumentos internacionales de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que establecen regulaciones relativas a los derechos de las personas

¹² Corte IDH. OC-18/03, párr. 112.

¹³ Corte IDH. OC-18/03, párr. 112 ss.

migrantes -y refugiadas- y las obligaciones de los Estados en relación con estas poblaciones; ejemplo de lo anterior es la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH).

Por su parte, en el Derecho Internacional de los Refugiados también se encuentran instrumentos internacionales que establecen regulaciones relativas a las personas refugiadas, como lo son la Convención sobre el Estatuto de los Derechos Humanos de 1951 y su Protocolo de 1967 y la Declaración de Cartagena.

En virtud de todo lo anterior, en la presente ficha se presentan interrogantes jurídicas que surgen en la temática, con los respectivos criterios normativos relevantes y la guía argumentativa ante el juzgado que, tiene como objetivo facilitar la argumentación en la defensa de una persona refugiada y/o una

persona migrante en situación irregular ante un tribunal nacional.

Debe tenerse en cuenta, que las normas utilizadas en la presente ficha son hipotéticas, con contenido basado en la situación jurídica real de la región.

Al final se encuentran dos casos de ejemplo, que contienen las violaciones más frecuentes de los derechos de las personas refugiadas (primer caso) y los migrantes en situación irregular (segundo caso) y una solución jurídica precisa a los problemas e interrogantes correspondientes.

Interrogantes jurídicas generales

I. Interrogantes Jurídicas Generales relacionados con la situación de personas refugiadas

1. ¿Quién es una persona refugiada?
2. ¿Qué significa el principio de no devolución?
3. ¿Cuáles son los derechos que tiene una persona refugiada en cuanto al debido proceso y acceso a la justicia?

II. Interrogantes Jurídicas Generales relacionados con la situación de migrantes en situación irregular

1. ¿Cuáles son los derechos de las personas en situación migratoria irregular?
2. ¿Cuáles son los derechos y condiciones de los migrantes en situación irregular en el caso de detención?

Criterios normativos relevantes

I. Criterios normativos relevantes relacionados con la situación de personas refugiadas

1. Criterios normativos para reconocer a una persona como refugiada

Según el [art. 3 de la Ley de Migración y Extranjería](#) de un país hipotético que se llama Limana los criterios normativos relevantes para entender a una persona como persona refugiada son los siguientes:

- a. Una persona**
- b. Fundados temores**
- c. Persecución**
- d. por motivos de raza, religión, nacionalidad, genero, pertenencia a determinado grupo u opiniones políticas,**

- e. se encuentre fuera del país de su nacionalidad o residencia habitual**
- f. y no pueda o, por causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país**

En caso de que se cumplen todos estos requisitos la persona será considerada como persona refugiada.

2. Criterios normativos relacionados con el principio de no devolución

Según el [art. 59 de la Ley de Migración y Extranjería](#) de Lima los criterios normativos relevantes relacionados con el principio de no devolución son los siguientes:

- a. No devolver**
- b. Solicitante de refugio**
- c. Otro país, sea o no de origen**
- d. Peligro por vida, libertad o integridad personal**
- e. Por raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, opiniones políticas**

3. Criterios normativos relacionados con los derechos de las personas refugiadas en cuanto al debido proceso y acceso a la justicia

Según el [art. 35 de la Ley de Migración y Extranjería](#) de Lima los criterios normativos relacionados con los derechos de los

migrantes en cuanto al debido proceso y acceso a la justicia son las siguientes:

- a. Toda persona extranjera**
- b. derecho de acceso a la justicia**
- c. derecho al respeto de las garantías del debido proceso**
- d. derecho de defensa y al derecho de petición y respuesta**
- e. derecho a ser informada de las razones de su aprehensión**
- f. derecho a ofrecérsele posibilidad de comunicación, incluida la requerida para la asistencia consular, acceso a un abogado por cuenta propia**
- g. derecho a contar con un intérprete, en caso de que sea necesario**
- h. derecho al pleno acceso al expediente administrativo**

II. Criterios normativos relacionados con las personas migrantes en situación irregular

1. Criterios normativos relacionados con los derechos de las personas en situación migratoria irregular

Según el art. [6 de la Ley de Migración y Extranjería](#) de Lima los criterios normativos relacionados con los derechos de las personas en situación migratoria irregular son los siguientes:

- a. Todas las personas en movilidad humana
- b. que se encuentren en territorio limeño
- c. gozan de los derechos reconocidos en la Constitución, instrumentos internacionales ratificados por Lima y la ley
- d. ninguna persona será discriminada por

- **su condición migratoria,**
- **origen nacional,**
- **sexo, género,**
- **orientación sexual**
- **u otra condición social, económica o cultural**

2. Criterios normativos relacionados con los derechos y condiciones de las personas en situación migratoria irregular en el caso de detención

Según el [art. 21 de la Ley de Migración y Extranjería](#) de Lima los criterios normativos relevantes relacionados con la detención administrativa de migrantes son los siguientes:

a. plazo máximo de treinta días naturales

b. situaciones especiales**c. derecho a permanecer en un lugar que**

- **cuenta con las condiciones necesarias para garantizar un trato digno y respetuoso,**
- **así como las especificidades de género, generacional o discapacidad**

Guía argumentativa ante el juzgado

I. Criterios normativos relacionados con personas refugiadas

1. Criterios normativos para entender a una persona como persona refugiada

- a. **Una persona:** Cualquier persona.
- b. **Temor fundado:** El temor es un elemento subjetivo que ha de ir acompañado de un elemento objetivo: fundado. En general, los temores de una persona que solicita asilo pueden ser considerados fundados cuando la permanencia en el país de origen por las razones recogidas por la Convención de Ginebra de 1951 se ha hecho intolerables o que, por esos mismos motivos, le resulta intolerable regresar a él.

El temor fundado no tiene que estar basado necesariamente en la experiencia personal directa. Lo ocurrido, por ejemplo, a sus amistades, familiares o miembros del mismo grupo étnico o social puede ser indicio suficiente de que sus temores de convertirse en víctima de persecución so fundados.¹⁴

- c. **Persecución:** Toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas es siempre persecución. También constituirían persecución otras violaciones graves de los derechos humanos por las mismas razones. El que otras amenazas o acciones lesivas equivalgan a persecución

¹⁴ ACNUR, ACNUR – *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional*, p. 19, párr. 37 ss.

dependerá de las circunstancias de cada caso, incluyendo del elemento subjetivo que contiene el requisito “temor fundado”.¹⁵

d. Por motivos de:

a. **Raza:** En el presente contexto, el concepto de raza debe entenderse en su sentido más amplio, que abarca todos los grupos étnicos habitualmente denominados “razas”. Con frecuencia implicará también la pertenencia a un grupo social determinado de ascendencia común que constituye una minoría en el seno de una colectividad más amplia.¹⁶

¹⁵ ACNUR, ACNUR – Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional, p. 21, párr. 51 ss.

¹⁶ ACNUR, ACNUR – Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional, p. 23, párr. 68 ss.

b. **Religión:** El término se refiere la libertad de cambiar de religión y la libertad de manifestar su religión, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia. La persecución por “motivos de religión” puede adoptar diversas formas, por ejemplo, la prohibición de pertenecer a una comunidad religiosa, del culto en privado o en público, de la instrucción religiosa, o bien graves medidas de discriminación impuestas a las personas debido a la práctica de su religión o por pertenecer a una determinada comunidad religiosa. Generalmente, el mero hecho de pertenecer a una comunidad religiosa determinada no bastará para justificar la reclamación de la condición de refugiado. Sin embargo, en ciertas circunstancias especiales, la mera

pertenencia puede ser una razón suficiente.¹⁷

- c. **Nacionalidad:** En este contexto, el término “nacionalidad” no debe entenderse sólo como “ciudadanía”, sino que designa también la pertenencia a un grupo étnico o lingüístico y, a veces, puede coincidir con el concepto de “raza”. La persecución por motivos de nacionalidad puede consistir en medidas y comportamientos contrarios a una minoría nacional (étnica, lingüística) y, en determinadas circunstancias, el hecho de pertenecer a esa minoría puede de por sí suscitar fundados temores de persecución.¹⁸

¹⁷ ACNUR, ACNUR – Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional, p. 23, párr. 71 ss.

¹⁸ ACNUR, ACNUR – Manual sobre procedimientos y criterios para determinar

d. **Género:** Según el punto de vista de ACNUR, “género” se refiere a la relación entre hombres y mujeres basada en la identidad, las condiciones, las funciones y las responsabilidades según han sido construidas y definidas por la sociedad y la cultura, asignadas a uno y otro sexo mientras que el “sexo” está determinado por condiciones biológicas.¹⁹ Según la ONG “CEAR – Comisión de Ayuda al Refugiado en Euskadi” la persecución por motivos de género es aquella que se da cuando estas violaciones de derechos tienen relación con el papel que se le asigna a una persona debido a su identidad de género (mujer, hombre,

la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional, p. 24, párr. 74 ss.

¹⁹ ACNUR, ACNUR – Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional, p. 84, párr. 3 ss.

trans, u otras) o debido a sus preferencias sexuales. La discriminación o el trato menos favorable pueden llegar a equivaler a persecución y requerir de la protección internacional.²⁰ La ONG menciona que lo más habitual es que las víctimas de esta persecución sean las mujeres, por el mero hecho de serlo o por intentar desafiar el orden patriarcal que las mantiene subordinadas y las personas LGBTTTBI, debido también a las relaciones de poder que se sustentan en estructuras patriarcales y heteronormativas. Los hombres heterosexuales también pueden sufrir persecución por motivos de género por el mero hecho de adoptar comportamientos femeninos o a veces

²⁰ CEAR, *Persecución por motivos de género | Diccionario Cear* (cear-euskadi.org).

relacionadas con las lógicas de los conflictos armados (ej. reclutamiento forzado), entre otras.²¹

e. **Pertenencia a determinado grupo**

social: Un determinado grupo social es un grupo de personas que comparte una característica común, distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos.²²

f. **Opiniones políticas:** El hecho de sostener opiniones políticas diferentes de las de los poderes públicos no

²¹ CEAR, *Persecución por motivos de género* | Diccionario Cear (cear-euskadi.org).

²² ACNUR, ACNUR – *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional*, p. 95, párr. 11 ss.

justifica en sí mismo la reclamación de la condición de refugiado y el solicitante debe mostrar que abriga temores de ser perseguido por sostener tales opiniones. Esto presupone que el solicitante mantenga opiniones no toleradas por las autoridades, que expresan una crítica de su política o de sus métodos. También presupone que las autoridades tengan noticia de esas opiniones o que se las atribuyan al solicitante.²³

- g. **se encuentre fuera del país de su nacionalidad o residencia habitual:** El término “nacionalidad” designa la

²³ ACNUR, ACNUR – *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional*, p. 24, párr. 80 ss.

“ciudadanía”.²⁴ Por su parte, “residencia habitual” se refiere a las personas refugiadas apátridas.²⁵

- h. y no pueda o, por causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país:** Tanto si no puede como si no quiere acogerse a la protección de las autoridades de su país, una persona refugiada es siempre una persona que no goza de tal protección. El hecho de que no pueda acogerse a esa protección implica la existencia de circunstancias ajenas a la voluntad de la persona de que se trate. Puede ocurrir, por ejemplo, que un

²⁴ ACNUR, ACNUR – Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional, p. 25, párr. 87.

²⁵ ACNUR, ACNUR – Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional, p. 27, párr. 103.

estado de guerra, una guerra civil u otros disturbios graves impidan que el país de nacionalidad preste su protección o hagan ésta ineficaz. También puede suceder que el país de nacionalidad niegue su protección al solicitante. Esa denegación de la protección puede confirmar o reforzar los temores que abriga el solicitante de ser perseguido y puede en realidad ser un elemento de persecución. La determinación de lo que constituye denegación de la protección debe efectuarse a la luz de las circunstancias del caso. Si parece que se deniegan al solicitante servicios (por ejemplo, negativo de conceder un pasaporte nacional o de prorrogar su validez o denegación de admisión en el territorio nacional) que normalmente se proporcionan a sus conciudadanos, este hecho puede constituir una denegación

de la protección en el sentido de la definición. La expresión “no quiera” se refiere a las personas refugiadas que se niegan a aceptar la protección de las autoridades del país de su nacionalidad. Esta expresión está condicionada por la reserva “a causa de dichos temores”. Si una persona quiere acogerse a la protección de su país de origen, ese deseo será normalmente incompatible con la afirmación de que se encuentra fuera de ese país “debido a fundados temores de ser perseguida”. En los casos en que se puede recurrir a la protección del país de nacionalidad y no hay motivos basados en fundados temores para rehusarla, la persona de que se trate no tiene necesidad de

protección internacional y no es una persona refugiada.²⁶

La definición de persona refugiada aplicada en el [art. 3 de la Ley de Migración y Extranjería de Limana](#) – dado su texto – corresponde con la definición del ARTICULO 1 A, párr. 2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y no incluye a 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, conforme se prevé en la Declaración de Cartagena (TERCERA conclusión). Esto nos

²⁶ ACNUR, ACNUR – Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional, p. 26 s., párr. 97 ss.

lleva a preguntarnos si el art. 3 de la Ley de Migración y Extranjería de Lima está conforme con el derecho internacional.

La Declaración de Cartagena en sí – como *soft law* – no es vinculante. Pero la CADH – que es un convenio internacional que fue ratificada por Lima y por lo tanto es vinculante – destaca en su art. 22.7 CADH, que *“toda persona tiene derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.”* Esta formulación permite diferentes interpretaciones.

En su Opinión Consultativa 25/18 la Corte IDH ha destacado que *“...es obligación del Estado de acogida otorgar la protección internacional cuando la persona califique para ello, sea bajo los criterios de la definición tradicional o la*

ampliada de Cartagena según corresponda, y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar".²⁷ De ello se desprende que los Estados no están obligados de aplicar la más amplia definición de la Declaración de Cartagena, sino que es opcional aplicarla. Por lo tanto, la definición implementada en el [art. 3 de la Ley de Migración y Extranjería](#) está conforme con el derecho internacional. Es decir que una persona que huye de su país 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 no cuenta necesariamente como persona refugiada en el Estado de Limana, aunque tal interpretación queda posible.

²⁷ Corte IDH. OC 25/18, párr. 123.

2. Criterios normativos relacionados con el principio de No Devolución

Para entender la significación de los criterios jurídicos relevantes para el principio de no devolución hay que aplicar los diferentes métodos de interpretación.

- a. **No devolver:** La interpretación gramatical o literal se basa únicamente en la redacción del criterio normativo y su significado en el lenguaje cotidiano o técnico. Aplicando esta forma de interpretación se entiende la formulación “no devolver” así que no se ordene que la persona que llega a la frontera vaya de regreso al país de donde viene. Pero, aplicando la interpretación sistemática y leyendo el criterio normativo en conjunto con los otros criterios normativos, sobre todo con “otro país, sea o no de origen” y “*peligro por vida, libertad o integridad*”

personal” se entiende el criterio normativo en un sentido más amplio. La interacción entre los criterios normativos diferentes indica que no solamente es prohibido ordenar que la persona vaya de regreso sino también es prohibido ordenar que la persona se vaya a cualquier otro país donde su vida, libertad o integridad personal está en peligro. Esto corresponde con la interpretación teleológica: El fin de la norma es asegurar que las personas no sean expulsadas a cualquier otro país donde su vida, libertad o integridad personal esté en peligro. Por lo tanto, hay que entender al criterio normativo “no devolver” en un sentido amplio.

- b. **Solicitante de refugio:** Bajo la interpretación gramatical o literal la formulación “solicitante de refugio” implica que el principio de no devolución solamente aplica a tales personas que han

iniciado formalmente el proceso de solicitud de refugio en el Estado de acogida. Es decir que bajo la interpretación gramatical o literal se podría llegar a la conclusión de que el principio de no devolución únicamente aplica a solicitantes de refugio. Sin embargo, aplicando la interpretación teleológica, es decir, apelando al fin de la norma, se llega a otro resultado: El fin de la norma y del principio de no devolución en general – que entre otros está manifestado en el Art. 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 – es evitar que personas sean expulsadas si existe la posibilidad de que su vida, libertad o integridad personal esté en peligro. Para alcanzar este fin hay que aplicar la norma no solamente a personas que ya han solicitado asilo sino a cualquier persona que llega a la frontera del estado de

acogida en estas condiciones. Por consiguiente, aunque la formulación del criterio normativo implica otra cosa, el círculo de personas que están protegidos por el principio de no devolución es amplio y no se limita a las personas que ya han solicitado asilo.

- c. **Otro país, sea o no de origen:** Esto puede ser cualquier país.
- d. **Peligro por vida, libertad o integridad personal:** Esto puede ser todo peligro concreto por la vida, la libertad o la integridad personal en el Estado de origen o cualquier otro Estado al cual la persona está expulsada.
- e. **Por raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, opiniones políticas:** Aquí se aplican las mismas explicaciones supra esbozadas,

para los motivos de persecución bajo la definición de persona refugiadas.

3. Criterios normativos relacionados con los derechos de las personas refugiadas en cuanto al debido proceso y acceso a la justicia

Para entender el significado de los criterios normativos relacionados con los derechos de las personas refugiadas en cuanto al debido proceso se deben aplicar los diferentes métodos de interpretación.

Los criterios normativos son los siguientes:

- a. **Toda persona extranjera:** Aplicando los métodos de interpretación y empezando con la interpretación gramatical o literal se tiene que el texto habla de “*toda persona*”

extranjera". O sea que, la Ley de Limana no hace ninguna diferencia entre personas refugiadas y otros grupos de migrantes, por ejemplo, migrantes en situación irregular. Por lo tanto, si se aplica la interpretación gramatical o literal, se entiende la Ley así que los derechos nombrados en el Art. 35 de la Ley de Migración y extranjería de Limana pertenecen no solamente a **personas refugiadas o migrantes en situación regular**, sino también a **migrantes en situación irregular**. Nada distinto se desprende de la interpretación teleológica. El objetivo de la norma es garantizar que *todas* las personas que solicitan un estatus legal en Limana reciban un procedimiento justo que cumple con los requisitos del debido proceso. Es decir, que no se debe diferenciar entre migrantes en situación regular y migrantes en situación irregular en cuanto al debido proceso. Esta interpretación también

corresponde con la jurisprudencia de la Corte IDH: La Corte IDH consideró en el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia* que, de conformidad con las garantías establecidas en los artículos 8, 22.7, 22.8 y 25 de la CADH, *todas* las personas solicitantes de asilo deben tener acceso a procedimientos para la determinación de tal condición.²⁸

b. derecho de acceso a la justicia

c. derecho al respeto de las garantías del debido proceso

d. derecho de defensa y al derecho de petición y respuesta

e. derecho a ser informada de las razones de su aprehensión

²⁸ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 159.

- f. derecho a ofrecérsele posibilidad de comunicación, incluida la requerida para la asistencia consular, acceso a un abogado por cuenta propia**
- g. derecho a contar con un intérprete, en caso de que sea necesario**
- h. derecho al pleno acceso al expediente administrativo.**

Los criterios normativos mencionados en el [art. 35 de la Ley de Migración y Extranjería](#) establecen varios derechos de los migrantes. Aplicando la [interpretación literal o gramatical](#), no queda muy claro lo que significan los criterios normativos “*derecho de acceso a la justicia*” y “*derecho al respeto de las garantías del debido proceso*”. Es decir, no se desprende cuales derechos derivan del acceso a la justicia o del debido proceso. Por lo tanto, en este caso

la interpretación literal o gramatical no lleva más allá.

Pero, aplicando la interpretación sistemática y leyendo los criterios normativos “derecho de acceso a la justicia” y “derecho al respeto de las garantías del debido proceso” en conjunto con los otros derechos enlistados en el artículo, se puede concluir que se debe entender los criterios normativos en un amplio sentido. El gran número de derechos enumerados demuestra que el legislador pretendía reconocer todos los derechos procesales posibles a las personas migrantes y refugiadas.

Además, la Corte IDH destacó en el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*²⁹ que, los Estados tienen varias obligaciones en cuanto al debido proceso y el acceso a la justicia, las cuales son:

²⁹ Corte IDH. Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, párr. 159.

- la garantía de **facilidades necesarias** (como un intérprete competente, acceso a asesoría y representación legal, orientación necesaria en cuanto al procedimiento en un lenguaje y de modo que pueda comprender, la oportunidad de ponerse en contacto un representante de ACNUR)
- la solicitud debe examinarse, con **objetividad**, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por **autoridad competente claramente identificada**, lo cual requiere la realización de una **entrevista personal**.
- las **decisiones** que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas en **forma expresa**.
- el procedimiento de asilo debe respetar en todas sus etapas la **protección de los datos**

de la persona solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad

- si no se reconoce a la persona solicitante la condición de refugiada, se le debe **brindar la información sobre como recurrir** y concedérsele un plazo razonable para ello
- el **recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos** y debe permitirse a la persona 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.

A la luz de esta jurisprudencia (aplicando el control de convencionalidad), la amplia redacción “...*derecho de acceso a la justicia, al respeto de las garantías del debido proceso, al*

derecho de defensa y al derecho de petición y respuesta” en el [art. 35 de la Ley de Migración y Extranjería de Limana](#) debe ser interpretada en el sentido de que el Estado de Limana tiene que cumplir todas las obligaciones mencionadas por la Corte IDH. Es decir que, si los criterios normativos del [art. 35 de la Ley de Migración y Extranjería de Limana](#) prescriben por ejemplo el acceso de un intérprete, el Estado no solamente tiene que cumplir esta garantía sino también, por ejemplo, tiene que brindar la información sobre como recurrir contra una decisión negativa, aunque el texto de la Ley no lo dice explícito.

II. Criterios normativos relacionados con los migrantes en situación irregular

1. Criterios normativos relacionados con los derechos de las personas en situación migratoria irregular

- a. Todas las personas en movilidad humana: Aplicando la interpretación gramatical o literal se entiende “*todas personas en movilidad humana*” como todos los seres humanos que migran de un sitio a otro. Es decir que la formulación no hace ninguna diferencia entre las personas migrantes en situación regular y las personas en situación migratoria irregular. Esto corresponde con la interpretación sistemática que parte de la estructura de una norma. Leído en conjunto con la segunda frase del [art. 6 de la Ley de](#)

Migración y Extranjería de Limana (“ninguna persona será discriminada por su condición migratoria”), se desprende el criterio normativo “todas personas en movilidad humana” así que incluye a todos los grupos de migrantes para no discriminar a ningún grupo de personas migrantes. El art. 6 de la Ley de Migración y Extranjería de Limana contiene en su segunda frase el criterio normativo “ninguna persona será discriminada por su condición migratoria” lo que también implica que la norma se refiere a todas las personas migrantes sin hacer alguna diferencia. Además, interpretando el criterio normativo a la luz de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH (control de convencionalidad) se arriba al mismo resultado: La Corte IDH ha sostenido en su *Opinión Consultiva OC-18/03* sobre la condición jurídica y derechos de las

personas migrantes en situación irregular “que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas”.³⁰

b. que se encuentren en territorio limaneño:

La regla solamente aplica a las personas que están en el territorio de Limana.

c. gozan de los derechos reconocidos en la Constitución, instrumentos

internacionales ratificados por Limana y

la ley: Como la formulación se refiere a la Constitución y a todos instrumentos internacionales ratificados por Limana, bajo la interpretación literal y la interpretación sistemática se entiende este criterio normativo en un sentido

³⁰ Corte IDH. OC-18/03, p. 134 Nr. 6.

amplio. Sobre todo, significa que las personas gozan de todos los derechos establecidos por la CADH, que es un instrumento internacional ratificado por Limana. Al mismo resultado se llega interpretando el criterio normativo a la luz de la OC-18/03 (control de convencionalidad). Allí, la Corte IDH ha considerado, por ejemplo, *“que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio”*³¹ y *“que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*.³² O sea, hay que entender el criterio normativo así que

³¹ Corte IDH. OC-18/03, párr. 122.

³² Corte IDH. OC-18/03, párr. 124.

las personas migrantes en situación irregular tienen todos los derechos establecidos por la CADH como, por ejemplo, el derecho al debido proceso.

- d. ninguna persona será discriminada por**
 - a. su condición migratoria,**
 - b. origen nacional,**
 - c. sexo, género,**
 - d. orientación sexual**
 - e. u otra condición social, económica o cultural**

Como “discriminación” se entiende “*toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos*”.³³

³³ Corte IDH. OC-18/03, párr. 84.

Aplicando la interpretación literal, es posible establecer que, “*condición migratoria*” comprende todos los grupos de personas migrantes – incluidas las personas migrantes en situación irregular –, quienes deben ser tratados de la misma manera ante la ley sin discriminación alguna. Esto corresponde con la opinión de la Corte IDH que ha establecido en la OC-18/03 “*que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas*”.³⁴

³⁴ Corte IDH. OC-18/03, p. 134 Nr. 6.

2. Criterios normativos relacionados con los derechos y condiciones de las personas migrantes en situación irregular en el caso de detención

- a. plazo máximo de treinta días naturales**
- b. situaciones especiales**

Para comprender el significado de estos criterios normativos, se deben aplicar los diferentes métodos de interpretación.

La interpretación gramatical o literal se basa únicamente en la redacción del criterio normativo y su significado en el lenguaje cotidiano o técnico. La presente formulación es muy clara con respecto al plazo máximo de treinta días naturales. De la redacción se entiende así que una persona migrante generalmente no puede ser privada de su libertad durante un

tiempo más largo que 30 días. Es decir, que un tiempo de **detención durante un máximo de 30 días es la regla**. Por el otro lado, el texto de la segunda frase de la norma (*“este plazo podrá ser ampliado en situaciones especiales y justificadas por parte de la Dirección General”*) destaca que hay situaciones en las que el plazo de 30 días puede ser extendido. Sin embargo, la formulación *“situaciones especiales”* implica que los casos en las que se puede extender el plazo son la excepción – y no pueden ser la regla. Eso también corresponde con la estructura de la norma (interpretación sistemática): Como la primera frase establece como regla un plazo de 30 días, **la extensión de este plazo es la excepción** que necesita una justificación. Es decir que la Dirección General solamente puede extender el

plazo si puede razonar por qué se trata de un caso extraordinario.

Mientras que, el criterio normativo “*plazo máximo de treinta días naturales*” establece un plazo máximo de detención, guarda silencio con respecto a las obligaciones del Estado de Limana en cuanto a una detención lo más breve posible. La formulación solamente implica que una detención más corta que 30 días es posible. Por lo tanto, la interpretación gramatical o literal y también la interpretación sistemática e histórica, no sirven para saber si el Estado está obligado a tomar las medidas para detener a un migrante durante el menor tiempo posible. Sin embargo, interpretando el criterio normativo a la luz de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH (control de convencionalidad) resulta que **el Estado de**

Limana está obligado de detener a migrantes durante el menor tiempo posible. En el caso *Veléz Loor vs. Panamá*, la Corte IDH ha destacado que *“las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso concreto a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o garantizar la aplicación de una orden de deportación y únicamente durante el menor tiempo posible”*.³⁵ Es decir, que, – aunque no resulta del criterio normativo *“plazo máximo de treinta días naturales”* explícitamente – el Estado de Limana está obligado a librar a una persona migrante detenida tan pronto como no haya razón de detención en cuanto al proceso migratorio o una orden de deportación.

³⁵ Corte IDH. Caso *Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 171.

- c. derecho a permanecer en un lugar que**
 - a. cuente con las condiciones necesarias para garantizar un trato digno y respetuoso,**
 - b. así como las especificidades de género, generacional o discapacidad**

Para entender lo que significan estos criterios normativos, sirven otra vez los diversos métodos de interpretación:

Interpretación gramatical o literal: Aunque el término “*trato digno y respetuoso*” es un término amplio que se puede entender de varias formas, en todo caso indica que el lugar de detención tiene que contar con ciertos estándares mínimos que corresponden a las necesidades elementares de un ser humano.

La interpretación teleológica busca al significado, el propósito o el fin de la norma. La

detención administrativa es una restricción de la libertad personal de la persona y solo se justifica con el interés del Estado a ejecutar las leyes de migración. Por ello, la detención administrativa en ningún caso puede ser entendida como una pena por inmigración indocumentada, sino exclusivamente como una medida para facilitar la ejecución de las leyes migratorias. Además, como las personas migrantes en la mayoría de los casos se encuentran en una situación de vulnerabilidad, es importante que se les proteja de los abusos. Como consecuencia, el requisito legal de un *“trato digno y respetuoso”* tiene el propósito de garantizar que no se pueda ordenar una detención administrativa en un centro penitenciario.

La interpretación también debe estar conforme con la CADH, lo que se verifica aplicando el control de convencionalidad. En el presente

caso, el art. 21 de la Ley de Migración y Extranjería de Limana debe ser interpretada en primer lugar a la luz del caso *Vélez Loor vs. Panamá*. En su sentencia sobre dicho caso, la Corte IDH determinó que las condiciones de detención en la Cárcel Pública de La Palma y en el Centro Penitenciario de La Joyita, donde estaba detenido el señor Vélez Loor por dos años, en su conjunto constituyeron tratos crueles, inhumanos y degradantes contrarios a la dignidad del ser humano en violación del art. 5.1 y 5.2 en relación con el art. 1.1 de la CADH de dicho instrumento.³⁶ Esto fue, porque en el Centro Penitenciario La Joyita, se produjo un problema en el suministro de agua que habría afectado a la población carcelaria, además que las deficiencias en el suministro de agua potable en el referido centro han sido una constante. También, los servicios de asistencia médica a los cuales tuvo acceso el señor Vélez

³⁶ Corte IDH. Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 227.

Loor no se prestaron de manera oportuna, adecuada y completa. Por lo tanto, si se interpreta el [art. 21 de la Ley de Migración y Extranjería de Limana](#) a la luz de esta jurisprudencia de la Corte IDH, resulta que **un trato digno incluye por lo menos regular acceso al agua y a servicios médicos**. Esta interpretación también corresponde con la interpretación literal.

Además, la Corte IDH ha destacado en el caso *Vélez Loor vs. Panamá* que las personas **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, u otros lugares donde puedan estar junto con personas acusadas o condenadas

por delitos penales.³⁷ La Corte IDH concluyó que la detención en centros penitenciarios por lo tanto viola el art. 5.1 y 5.2 en relación con el art. 1.1 de la CADH. Dado esta jurisprudencia y aplicando el control de convencionalidad, resulta que la formulación “*un lugar que cuente con las condiciones necesarias para garantizar un trato digno y respetuoso*” se debe interpretar como **un lugar que no es un centro penitenciario**, lo que corresponde con la interpretación teleológica.

³⁷ [Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá, párr. 208.](#)

Solución de caso de ejemplo

I. Caso relacionado con personas refugiadas

1. Los antecedentes del caso

En un país hipotético, que se llama Limana y que haya ratificado la CADH acontecen los siguientes hechos:

El señor Juan Marqués es ciudadano de Magará que es un país vecino de Limana. La mayoría de la gente de Magará es religiosa y hay varias bandas que imponen sus convicciones religiosas mediante actos de violencia, sobre todo contra personas LGBTIQ.

El señor Marqués vivía en una relación homosexual con su pareja, Jorge Martínez, desde hace varios años. Una noche, cuando el

señor Marqués llegó a su casa, encontró muerto a su pareja en el suelo. En la pared estaba escrito: *“Los hombres que gustan de los hombres no merecen una vida en este mundo”*. El señor Marqués se quedó en choque y con mucho miedo.

El día siguiente, el señor Marqués iba a la policía local y les contó lo que había pasado. La policía respondió que no podía hacer nada, porque las bandas eran demasiado poderosas y peligrosas, así que el señor Juan Marqués mejor debería dejar de expresar abiertamente su homosexualidad. Por tal razón, el señor Marqués quedó altamente conmocionado, con muchísimo temor, por lo que se sintió obligado de huir del país.

Cuando el señor Marqués llegó a la frontera de Limana, les contó su historia a los funcionarios de la frontera, indicándoles que tenía mucho miedo y solicitó refugio. Sin dejarle entrar al

país, los funcionarios de la frontera refirieron el caso del señor Marqués a la Dirección General. Mediante resolución 2445, la Dirección General resolvió que el señor Marqués *“debe ser devuelto a su país de origen inmediatamente”* sin haber llevado a cabo una entrevista con el señor Marqués antes. La resolución solamente estipuló la orden de expulsión sin informarle al señor Marqués sobre la posibilidad de recurrirla o de informarle sobre el acceso a un abogado.

- a. ¿Cumple el señor Marqués los requisitos para ser considerado como persona refugiada?**
- b. ¿Fue la resolución 2445 legal bajo el principio de no devolución?**
- c. ¿Fue la resolución 2445 legal bajo la ley de Limana con respeto al derecho procesual?**

2. Solución del caso

a. ¿Cumple el señor Marqués los requisitos para ser considerado como persona refugiada?

Sí, el señor Marqués cumple los requisitos para ser considerado como persona refugiada. Según el [art. 3 de la Ley de Migración y Extranjería](#) de Lima se entiende como persona refugiada a una persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, por causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.

El señor Marqués se encuentra afuera de su país de nacionalidad, que es Magará.

La causa de esto tiene que ser un fundado temor de ser perseguida por uno de los nombrados motivos de persecución. La persecución por orientación sexual no está nombrada literalmente en la definición del art. 3 de la Ley de Migración y Extranjería. Pero se podría entender la persecución por orientación sexual como persecución por el género. Siguiendo la definición de la ONG CEAR³⁸, la persecución por motivos de género es aquella que se da cuando estas violaciones de derechos tienen relación con el papel que se le asigna a una persona debido a su identidad de género (mujer, hombre, trans, u otras) o debido a sus preferencias sexuales. En el presente caso, el señor Marqués fue amenazado por la relación que tenía con su pareja. Es decir que fue amenazado y perseguido por su

³⁸ CEAR, *Persecución por motivos de género | Diccionario Cear (cear-euskadi.org)*.

orientación sexual, lo que significa que – siguiendo la definición de la ONG CEAR –había una persecución por el género.

Además, se podría entender la persecución por la orientación sexual como la persecución por la pertenencia a un determinado grupo social. Un “determinado grupo social” es un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos. La característica de una cierta orientación sexual en general es tanto – en muchos casos – inmutable como fundamental de la identidad de una persona. Por lo tanto, los homosexuales cuentan

como un determinado grupo social y el señor Marqués pertenece a tal grupo.

Además, el señor Marqués tiene un fundado temor de ser perseguido. El temor es un elemento subjetivo que ha de ir acompañado de un elemento objetivo: fundado. En general, los temores de una persona que solicita asilo pueden ser considerados fundados cuando la permanencia en el país de origen por las razones recogidas por la Convención de Ginebra de 1951 se ha hecho intolerables o que, por esos mismos motivos, le resulta intolerable regresar a él. En el presente caso, el señor Marqués tiene miedo de ser asesinado por la misma banda que mató a su pareja y por lo tanto tiene temor. El temor también está fundado porque es conocido que en Magará, existen bandas que persiguen a personas que no viven una vida religiosa, o cuyo estilo de vida es contraria

con sus creencias (como por ejemplo personas con una orientación sexual diferente a una persona heterosexual). Además, el señor Marqués fue amenazado directamente por el asesinato de su pareja y por las palabras que estaban escritas en el muro. Se deben comprender las palabras *“Los hombres que gustan de los hombres no merecen una vida en este mundo”* al lado del cuerpo de un hombre homosexual como una amenaza directa a toda persona que expresa abiertamente su homosexualidad.

Finalmente, el señor Marqués no puede acogerse a la protección de Magará. Es cierto, porque la policía – y por lo tanto el poder ejecutivo de Magará – le ha comentado que no puede hacer nada para la protección del señor Marqués.

b. ¿Fue la resolución 2445 legal bajo el principio de no devolución?

No, la resolución 2445 no fue legal bajo el principio no devolución. Según este principio, que está consagrado en el [art. 59 de la Ley de Migración y Extranjería](#) de Lima, “no se puede devolver un solicitante de refugio a otro país, sea o no de origen, donde su vida, libertad e integridad personal está en peligro por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”. Para entender lo que significan los criterios normativos, hay que aplicar los diferentes métodos de interpretación. Es cierto que la interpretación literal sugiere que la norma sólo se aplica a quienes ya han solicitado asilo (“solicitante de refugio”). Sin embargo, de la interpretación teleológica se desprende que se aplica el

principio de No-Devolución a toda persona cuya vida, libertad e integridad personal está en peligro por una de las causas nombradas. El fin de la norma y del principio de no devolución en general es evitar que personas sean expulsadas si hay un chance de que su vida, libertad o integridad personal esté en peligro. Para conseguir este fin hay que aplicar la norma no solamente a personas que ya han solicitado asilo sino a cualquier persona que llega a la frontera del estado de acogida.

El señor Marqués ya ha solicitado asilo al llegar a la frontera de Limana. Por lo tanto, ya bajo la interpretación literal del [art. 59 de la Ley de Migración y Extranjería](#) el principio de no devolución aplica a él. Pero incluso si no hubiera solicitado todavía asilo, bajo la interpretación teleológica pertenecería al

grupo de personas a las que se aplica el [art. 59 de la Ley de Migración y Extranjería](#).

Además, la historia del señor Marqués, que él compartió con los funcionarios de la frontera y con la Dirección General implica que su vida está en peligro en el Estado de Magará – en concreto por las amenazas de la banda que mató a su pareja. Es así, porque él pertenece a determinado grupo social, que en este caso está caracterizado por la orientación sexual. Por lo tanto, todos los criterios normativos del [art. 59 de la Ley de Migración y Extranjería de Limana](#) son cumplidos así que el señor Marqués no puede ser devuelto a Magará bajo el principio de no devolución.

c. ¿Fue la resolución 2445 legal bajo la ley de Limana con respeto al derecho procesal?

No, la resolución 2445 no fue legal bajo la ley de Limana. Según el [art. 35 de la Ley de Migración y Extranjería](#) de Limana “*toda persona extranjera tiene derecho de acceso a la justicia, al respeto de las garantías del debido proceso, al derecho de defensa y al derecho de petición y respuesta*”. Además, según el [art. 35 de la Ley de Migración y Extranjería](#), “*toda persona extranjera que se encuentre sometida al control y los procedimientos migratorios deberá ser informada de las razones de su aprehensión, ofrecérsele posibilidad de comunicación, incluida la requerida para la asistencia consular, acceso a un abogado por cuenta propia; además, deberá contar con un intérprete, en caso de que sea necesario, así*

como el pleno acceso al expediente administrativo”.

La resolución 2445 no cumple con estas prescripciones. Primero, según el texto del art. 35 de la Ley de Migración y Extranjería, es obligatorio que se ofrezca a la persona solicitante de refugio, el acceso a un abogado, lo que no pasó en el presente caso. Además, aplicando el control de convencionalidad – es decir, leyendo la ley a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH – se entiende la formulación “*acceso a la justicia, al respeto del debido proceso*” como la obligación del Estado de Limana de hacer una entrevista con el migrante antes de decidir sobre su expulsión. En el presente caso, la resolución 2445 fue dictada sin tal entrevista.

II. Caso relacionado con personas migrantes en situación irregular

1. Antecedentes del Caso

En un país hipotético, que se llama Limana y que haya ratificado la CADH acontecen los siguientes hechos:

La señora Anna Jiménez es ciudadana de Negentana que es un país vecino de Limana. A diferencia de Limana, Negentana tiene muchos problemas económicos. El país está luchando con la inflación más grande de los últimos cien años lo que tiene como consecuencia que el desempleo ha crecido mucho.

La señora Jiménez durante muchos años trabajaba como camarera en un restaurante. Un día del año pasado su jefe la despidió de un día al otro. Justificó su decisión con la situación económica grave del país que también se

notaba mucho en el restaurante, donde apenas no había clientes. Durante dos meses la señora Jiménez intentaba a encontrar un nuevo trabajo, pero sin éxito. Al final del segundo mes, no pudo seguir pagando el alquiler, por lo que su casero la desalojó.

Como la señora Jiménez no tenía familia ni amigos donde vivir, ella decidió dejar el país e ir a Limana para encontrar un trabajo allí. Cruzó la frontera sin que nadie se diera cuenta y fue en autobús a San Mateo, la capital de Limana. Una vez allí, fue recogida por la policía.

Posteriormente, la Dirección General de Limana dictó la orden de detención administrativa 2443 y la señora Jiménez fue trasladada a una cárcel pública, donde se quedó junto con otras personas migrantes detenidas y, a su vez, con personas condenadas a una pena de prisión. La señora Jiménez tenía que compartir una habitación de 10 metros cuadrados con una

mujer privada de libertad que había sido condenada por robo agravado. Durante el tiempo que la señora Jiménez estuvo en la cárcel pública debido a un problema eléctrico no había agua corriente durante 15 días. En este tiempo, las detenidas recibieron solamente un litro al día lo que tenía que ser suficiente para lavarse y para beber.

Después de haber pasado veinte días en la cárcel pública, la Dirección General resolvió mediante resolución 3557 que la señora Jiménez *“debe ser devuelta a su país de origen inmediatamente”* sin haber llevado a cabo una entrevista con la señora Jiménez antes. La resolución solamente estipuló la orden de expulsión sin informarle la señora Jiménez sobre la posibilidad de recurrirla o de informarle sobre el acceso a un abogado.

a. ¿Qué derechos procesales tiene la señora Jiménez?

b. ¿Fue la detención de la señora Jiménez legal bajo la ley de Limana?

2. Solución del Caso

a. ¿Qué derechos procesales tiene la señora Jiménez?

La señora Jiménez tiene los mismos derechos procesales que cualquier migrante en situación regular. Aplica el [art. 6 de la Ley de Migración y Extranjería](#) que establece que *“todas las personas en movilidad humana que se encuentren en territorio limaneo gozan de los derechos reconocidos en la Constitución, instrumentos internacionales ratificados por Limana y la ley”* y que *“ninguna persona será discriminada por su condición migratoria”*.

Aplicando la interpretación literal, se entiende el criterio normativo de “*todas personas en movilidad humana*” como todos los seres humanos que migran de un sitio a otro. Es decir que la formulación no hace ninguna diferencia entre los migrantes en situación regular y las personas migrantes en situación irregular. Esto corresponde con la interpretación sistemática que pregunta por la estructura de una norma. Leído en conjunto con la segunda frase del art. 6 de la Ley de Migración y Extranjería de Limana (“*ninguna persona será discriminada por su condición migratoria*”), se comprende que el criterio normativo incluye a todos los grupos de migrantes. Además, interpretando el criterio normativo a la luz de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH (control de convencionalidad) se llega al mismo resultado: La Corte IDH ha

opinado en su *Opinión Consultiva OC-18/03* sobre la condición jurídica y derechos de las personas migrantes en situación irregular *“que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas”*.³⁹

Como consecuencia, la señora Jiménez tiene todos los derechos procesales que están establecidos en el [art. 31 de la Ley de Migración y Extranjería](#) de Limana. Esto corresponde también con la formulación del art. 31 de la Ley de Migración y Extranjería que habla de *“toda persona extranjera”*. Es decir que la norma no hace ninguna diferencia entre las personas migrantes en situación regular y las

³⁹ Corte IDH. OC-18/03, párr. 106.

personas migrantes en situación irregular. Además, la señora Jiménez no tiene solamente los derechos que están establecidos en el art. 31 de la Ley de Migración y Extranjería, sino también tiene todos los derechos que son garantizados por la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, sobre todo en el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*.⁴⁰

b. ¿Fue la detención de la señora Jiménez legal bajo la ley de Limana?

No, la detención de la señora Jiménez no fue legal bajo la ley de Limana. El [art. 21 de la Ley de Migración y Extranjería](#) de Limana establece que, en caso de detención administrativa, la persona

⁴⁰ Corte IDH. Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, párr. 159.

extranjera tendrá derecho a permanecer durante el período de aprehensión en *“un lugar que cuente con las condiciones necesarias para garantizar un trato digno y respetuoso, así como las especificidades de género, generacional o discapacidad”*.

La cárcel pública, donde se encontró la señora Jiménez durante su detención administrativa, no cumple las condiciones para ser considerada como *“lugar que cuente con condiciones necesarias para garantizar un trato digno y respetuoso”*. Aplicando la interpretación gramatical o literal, la expresión *“trato digno y respetuoso”* implica que el lugar de detención por lo menos tiene que contar con ciertos estándares mínimos que corresponden a las necesidades elementares de un ser humano. Una de las necesidades más fundamentales de un ser

humano es beber agua y bañarse diariamente. Para eso se necesita una cierta cantidad de agua. Generalmente, se reconoce que una persona adulta debe beber dos litros de agua al día. La ONU incluso reconoció el derecho de todos los seres humanos a tener acceso a una cantidad de agua de entre 50 y 100 litros de agua por persona y día.⁴¹ Tomando esto en cuenta, el suministro de agua con un litro al día durante 15 días no es suficiente para cumplir los estándares mínimos de un ser humano y por lo tanto para hablar de un “trato digno y respetuoso”.

Esta interpretación es conforme a la CADH ya que La Corte IDH ha constatado en el caso *Vélez Loor vs. Panamá* que las condiciones de detención en la Cárcel Pública de La Palma y en el Centro

⁴¹ Agua | Naciones Unidas.

Penitenciario de La Joyita, donde estaba detenido el señor Vélez Loor por dos años, en su conjunto constituyeron tratos crueles, inhumanos y degradantes contrarios a la dignidad del ser humano en violación del art. 5.1 y 5.2 en relación con el art. 1.1 de la CADH de dicho instrumento.⁴² Esto fue, porque en el Centro Penitenciario La Joyita, se produjo un problema en el suministro de agua que habría afectado a la población carcelaria, además que las deficiencias en el suministro de agua potable en el referido centro han sido una constante.

Además, aplicando la interpretación teológica con respecto al criterio normativo “trato digno y respetuoso”, se encuentra como ilegal el hecho que la señora Jiménez fue detenida en una cárcel

⁴² Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá, párr. 227.

pública junto con personas privadas de libertad por pena de prisión. La interpretación teleológica busca al significado, el propósito o el fin de la norma. La detención administrativa es una restricción de la libertad personal de la persona imputada y solo se justifica con el interés del Estado a ejecutar las leyes de migración. Por ello, la detención administrativa en ningún caso puede ser entendida como una pena por inmigración indocumentada, sino exclusivamente como una medida para facilitar la ejecución de las leyes migratorias.

Esto corresponde con una interpretación conforme a la CADH (control de convencionalidad). La Corte IDH ha destacado en el caso *Vélez Loor vs. Panamá* que las personas **migrantes deben ser detenidas** 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, u otros lugares donde puedan estar junto con personas acusadas o condenadas por delitos penales.⁴³ La Corte IDH concluyó que la detención en centros penitenciarios por lo tanto viola el art. 5.1 y 5.2 en relación con el art. 1.1 de la CADH. Dado esta jurisprudencia y aplicando el control de convencionalidad, resulta que *“un lugar que cuente con las condiciones necesarias para garantizar un trato digno y respetuoso”* se debe interpretar como **un lugar que no es un centro penitenciario.**

⁴³ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá, párr. 208.

Normas hipotéticas

Ley de Migración y Extranjería

Artículo 3: Definiciones Generales

El reconocimiento de la condición de refugiado estará sujeto a las normas estipuladas en los instrumentos internacionales aprobados, ratificados y vigentes por el Gobierno de Costa Rica sobre la materia. A efectos de la presente Ley, el término refugiado se aplicará a toda persona extranjera a quien la Dirección General le reconozca tal condición. Se entenderá como refugiado a la persona que:

- *Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo u opiniones políticas, se encuentre fuera del*

país de su nacionalidad y no pueda o, por causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.

- *Al carecer de nacionalidad y por hallarse fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda o, por causa de dichos temores, no quiera regresar a él.*

Artículo 6:

Todas las personas en movilidad humana que se encuentren en territorio limaneño gozan de los derechos reconocidos en la Constitución, instrumentos internacionales ratificados por Lima y la ley. Ninguna persona será discriminada por su condición migratoria, origen nacional, sexo, género, orientación sexual u otra condición social, económica o cultural.

Artículo 21:

Las personas extranjeras gozarán de los derechos y las garantías individuales y sociales reconocidos para las personas costarricenses en la Constitución Política, salvo las limitaciones que esta establezca. Las normas relativas a los derechos fundamentales de las personas extranjeras se interpretarán conforme a los convenios en materia de derechos humanos y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados que se encuentren vigentes y, específicamente, por lo siguiente:

- *Una vez resuelta la identificación de la persona extranjera, por parte del consulado de su país de origen, la detención administrativa no podrá exceder el plazo máximo de treinta días naturales y en dicho término deberá ejecutarse la deportación dictada. Este plazo podrá ser ampliado en*

situaciones especiales y justificadas por parte de la Dirección General.

- *En caso de detención administrativa, la persona extranjera tendrá derecho a permanecer durante el período de aprehensión en un lugar que cuente con las condiciones necesarias para garantizar un trato digno y respetuoso, así como las especificidades de género, generacional o discapacidad.*

Artículo 31:

- *Toda persona extranjera tendrá derecho de acceso a la justicia, al respeto de las garantías del debido proceso, al derecho de defensa y al derecho de petición y respuesta.*
- *Toda persona extranjera que se encuentre sometida al control y los procedimientos*

migratorios deberá ser informada de las razones de su aprehensión, ofrecérsele posibilidad de comunicación, incluida la requerida para la asistencia consular, acceso a un abogado por cuenta propia; además, deberá contar con un intérprete, en caso de que sea necesario, así como el pleno acceso al expediente administrativo.

Artículo 59:

No se devolverá al solicitante de refugio a otro país, sea o no de origen, donde su vida, libertad e integridad personal peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.