

CAPÍTULO 2

ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES, SOLICITANTES DE ASILO Y REFUGIADOS

ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES, SOLICITANTES DE ASILO Y REFUGIADOS

39. Como Estado Parte de la OEA y de conformidad con la Carta de la OEA y la Declaración Americana, los Estados Unidos tiene la obligación de garantizar los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción²², sin distinciones respecto de su nacionalidad, situación migratoria o cualquier otra condición social. Esta obligación se extiende a los derechos a la libertad personal; el debido proceso y acceso a la justicia; a buscar y recibir asilo; al tratamiento humano durante la detención; la igualdad ante la ley; la vida familiar y la protección de la unidad familiar; el principio de no devolución (*non-refoulement*) y el derecho a no ser sometido a persecución o tortura. En numerosas ocasiones la CIDH ha sostenido que los Estados tienen el derecho de establecer sus políticas migratorias, leyes y prácticas, que pueden incluir disposiciones para el control de sus fronteras y los requisitos para entrar y permanecer en su territorio, y la potestad para expulsar o deportar los extranjeros²³. No obstante, todas las políticas migratorias, normas y prácticas deben respetar y garantizar los

²² La CIDH considera que la jurisdicción del Estado se extiende a sus fronteras internacionales o a cualquier lugar donde un Estado ejecuta acciones de gobernanza sobre sus fronteras.

²³ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes en México*, párr. 327. Ver en general, CIDH, Presentación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso No. 12,271, *Benito Tíde Méndez y otros* (República Dominicana), 29 de marzo de 2012, párr. 260; CIDH, Presentación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso No. 12,688, *Nadege Dorzema y otros: Masacre de Guayubín* (República Dominicana) 11 de febrero de 2011, párr. 208; CIDH, *Informe sobre terrorismo*, párr. 377; CIDH, *Informe sobre inmigración en EE.UU.*, párr. 32; CIDH, *Informe Anual de la CIDH 2000*: Segundo Informe de la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migrantes y sus Familias en el Hemisferio OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, párr. 6; CIDH, *Informe sobre solicitantes de asilo en Canadá*, párr. 166; CIDH, *Informe Anual 1991*, Capítulo V, *Situación de los Haitianos en la República Dominicana* OEA/Ser.L/V/II.81 Doc. 6 rev. 1, 14 de febrero de 1992. Ver también Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 39; Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 23 de noviembre de 2012, Serie C No. 218, párrs. 97 y 169; Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie No. 18, párr. 168; Corte IDH, *Cuestión de los haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana, Medidas Provisionales*, Orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de agosto de 2000, considerando cuarto.

derechos humanos de todas las personas, incluidos los migrantes y otros extranjeros y las personas en situación migratoria irregular.²⁴

40. La Declaración Americana es parte del marco normativo de los derechos humanos establecido por los Estados Miembros de la OEA. Establece obligaciones y responsabilidades para los Estados y los obliga a abstenerse de apoyar, tolerar o consentir actos u omisiones que contravengan sus obligaciones en materia de derechos humanos. La jurisprudencia y la práctica establecidas por los órganos del SIDH reconocen la Declaración Americana como fuente de obligación jurídica para los Estados miembros de la OEA, incluyendo a los Estados que no son partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁵. Se considera que este vínculo jurídico surge de las obligaciones en materia de derechos humanos que tienen los Estados miembros en virtud de la Carta de la OEA²⁶. Los Estados miembros han acordado que el contenido de los principios generales de la Carta de la OEA se encuentra reflejado y definido en la Declaración Americana²⁷ así como el estatus consuetudinario de los derechos protegidos en varias de las normas de la Declaración²⁸.
41. Como fuente de obligaciones jurídicas, los Estados deben implementar los derechos contenidos en la Declaración Americana de manera efectiva en su jurisdicción.²⁹ La Comisión ha señalado que la obligación de respetar y garantizar

²⁴ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes en México*, párr. 581 ("los derechos reconocidos en los instrumentos interamericanos aplican para todas las personas, independientemente de su nacionalidad, de su situación migratoria, de que sean apátridas o de cualquier otra condición social").

²⁵ Los órganos del Sistema Interamericano han establecido que la Declaración Americana es fuente de obligaciones internacionales para todos los Estados miembros de la OEA, incluyendo a aquellos que han ratificado la Convención Americana. Ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89 "*Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*", 14 de Julio, 1989, Ser. A Nº 10 (1989), párrs. 35-45; James Terry Roach and Jay Pinkerton Vs. United States, Caso 9647, Res. 3/87, 22 de setiembre 1987, *Informe Anual de la CIDH 1986-87*, párrs. 46-49.

²⁶ Carta de la Organización de los Estados Americanos, artículos 3, 16, 51.

²⁷ Ver por ejemplo, Resoluciones de la Asamblea General de la OEA 314, AG/RES. 314 (VII-O/77), 22 de junio de 1977 (que encomienda a la Comisión Interamericana la preparación de un estudio para "exponer[r] sus obligaciones para la realización de los compromisos asumidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre"); Resoluciones de la Asamblea General de la OEA 371, AG/RES (VIII-O/78), 1 de julio de 1978 (reafirmando su compromiso de "promover la observancia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre"); Resoluciones de la Asamblea General de la OEA 370, AG/RES. 370 (VIII-O/78), 1 de julio de 1978 (sobre los "compromisos internacionales" de los estados miembros de la OEA de respetar los derechos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

²⁸ CIDH, Informe Nº 19/02, Caso 12.379, *Lares-Reyes y otros* (Estados Unidos), 22 de febrero de 2002, párr. 46.

²⁹ Véase, el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1979) que establece en el artículo 1 que la Comisión fue creada para "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos" y la definición de los derechos humanos como los derechos establecidos tanto en la Declaración Americana y la Convención Americana. Véase también, Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29(d), que establece que ninguna disposición de la Convención debe interpretarse de forma de "excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". Véase también, Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009), artículos 51 y 52, que facultan a la Comisión para recibir y examinar peticiones que alegan violaciones de los derechos contenidos en la Declaración Americana en relación con los Estados miembros de la OEA que no son parte de la Convención Americana.

los derechos humanos está expresamente recalcada en las disposiciones de la Declaración Americana, a la luz de la Carta de la OEA y del Estatuto de la CIDH.³⁰ Los instrumentos internacionales, en general, obligan a los Estados Partes no sólo a respetar los derechos allí enunciados sino también a asegurar que los individuos bajo su jurisdicción puedan ejercerlos.

42. En consonancia con este principio, la Comisión ha interpretado reiteradamente la Declaración Americana en el sentido de que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para dar efecto legal a los derechos allí reconocidos³¹. La Comisión no sólo ha exigido a los Estados que se abstengan de violar los derechos humanos protegidos en la Declaración Americana,³² sino también ha establecido la obligación de adoptar medidas positivas para garantizar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan ejercer y gozar efectivamente de estos derechos³³. De manera consistente, la Comisión ha interpretado ampliamente el alcance de las obligaciones establecidas en la Declaración Americana en el contexto de los sistemas universales e interamericanos de protección de los derechos humanos, a la luz del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos desde el momento en el cual dicho instrumento fue adoptado, y teniendo en cuenta otras normas de derecho internacional aplicables a los Estados Miembros de la OEA.³⁴
43. Teniendo en cuenta su rol como órgano principal de la OEA, en virtud de la Carta y las disposiciones de su Estatuto, los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los Estados Unidos, — deben cumplir de buena fe con las recomendaciones de la Comisión Interamericana, a fin de que el artículo 106 de la Carta de la OEA tenga un efecto útil. Además, de conformidad con los principios generales del derecho de los tratados, los Estados miembros están obligados a implementar de buena fe las recomendaciones de los órganos de supervisión, tales como la Comisión.

³⁰ CIDH, *Informe sobre terrorismo*, párr. 339. El informe cita como ejemplos los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana.

³¹ CIDH, Informe Nº 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Maya* (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 162; CIDH Informe Nº 67/06, Caso 12.476, *Oscar Elías Bicer et al.* (Cuba), 21 de octubre de 2006, párrs. 227-231.

³² Ver por ejemplo, CIDH, Informe Nº 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), 25 de julio de 2008, párrs. 75-95; CIDH, Informe 62/02, Caso 12.285, *Michael Domingues* (Estados Unidos), 22 de octubre de 2002, párrs. 84-87.

³³ Ver por ejemplo CIDH, Informe Nº 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz, et al.* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010 párrs. 61-65; CIDH, Informe Nº 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Maya* (Belice), 12 de octubre de 2004, párrs. 122-135, 162, and 193-196; CIDH, Informe Nº 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos) 27 de diciembre de 2002, párrs. 124-145.

³⁴ Ver en general CIDH, Informe Nº 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* (Estados Unidos), 12 de julio de 2010; CIDH, Informe Nº 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), 25 de julio de 2008; CIDH, Informe Nº 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Maya* (Belice), 12 de octubre de 2004; CIDH, Informe Nº 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002; CIDH, Informe Nº 62/02, Caso 12.285, *Michael Domingues* (Estados Unidos), 22 de octubre de 2002.

A. Principios de igualdad y no discriminación

44. El artículo II de la Declaración Americana establece que "todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna."³⁵ Tal como se mencionó al inicio de esta sección, los Estados tienen el derecho de establecer políticas migratorias, normas y prácticas las cuales pueden abordar el control de fronteras; los requisitos para entrar y permanecer en el territorio; y el derecho a expulsar o deportar a los extranjeros³⁶. El tratamiento de naturaleza diferencial de los extranjeros puede justificarse al momento de controlar su entrada y residencia en el territorio³⁷. Sin embargo, todas estas políticas, normas y prácticas deben respetar los derechos humanos de todas las personas y garantizar su cumplimiento³⁸. En consonancia con los principios recogidos por el Artículo II de la Declaración, los Estados deben demostrar que las distinciones formuladas en sus políticas, normas y prácticas son objetivas, razonables y proporcionales al objetivo buscado en cada circunstancia.
45. A este respecto, la Comisión ha establecido que los Estados deben asegurar que sus leyes y políticas no se formulen o apliquen de manera que estimulen o den lugar a discriminación y que sus funcionarios y agentes cumplan cabalmente con estas normas y principios; y que las políticas y prácticas están prohibidas cuando se demuestra que tienen impacto discriminatorio contra cierta categoría de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria³⁹.

B. El principio del interés superior del niño

46. La Declaración Americana contiene disposiciones generales conforme a las cuales niños, niñas y adolescentes tienen derecho a beneficiarse, como es el caso con los Artículos II (derecho a la igualdad ante la ley) y VII (derecho a la protección a la maternidad y a la infancia). A la luz del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos desde el momento en el cual la Declaración Americana fue redactada, la Comisión ha señalado ya que la interpretación y aplicación de las disposiciones de este instrumento deben ser consideradas en el contexto amplio

³⁵ Declaración Americana, artículo II (1948).

³⁶ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes en México*, párr. 580 (citando al Comité de Derechos Humanos de la ONU, "Comentario General No. 15: La posición de los extranjeros con arreglo al Pacto" en: Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 2008, pág. 189).

³⁷ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 119.

³⁸ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes en México*, párrs. 580-81 ("los derechos reconocidos en los instrumentos interamericanos se aplican a todas las personas, independientemente de su nacionalidad, de su situación migratoria, de que sean apátridas o de cualquier otra condición social").

³⁹ CIDH, *Informe sobre terrorismo*, párr. 412; CIDH, *Derechos humanos de los migrantes en México*, párr. 358.

del sistema universal e interamericano de derechos humanos a efectos de incorporar el principio del interés superior del niño⁴⁰.

47. En este sentido, la CIDH ha sostenido anteriormente que el *corpus juris* de los derechos humanos consagrado en otros instrumentos universales y regionales de derechos humanos, incluyendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("la Convención Americana"), puede constituirse una fuente al interpretar y aplicar la Declaración Americana. La Comisión no aplica la Convención Americana en relación con los Estados miembros que aún no la han ratificado; no obstante, las disposiciones de la Convención Americana pueden ser consideradas como una expresión fidedigna de los principios fundamentales establecidos en la Declaración Americana y por lo tanto ser particularmente relevantes al momento de informar su interpretación⁴¹.
48. La Comisión toma nota que el artículo 17 de la Convención Americana establece que en el caso de la disolución de un matrimonio "se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, *sobre la base única del interés y conveniencia de ellos*" (el énfasis es nuestro). Además, en el artículo 19 de la Convención Americana, se establece el derecho del niño a medidas de protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado, según lo requiera la situación de vulnerabilidad del niño o niña. La Comisión considera pertinente mencionar aquí que el artículo 19 de la Convención Americana (Derechos del Niño) es inderogable, tal como se establece en el artículo 27 (2) de dicho instrumento.
49. La Comisión comparte las consideraciones formuladas por la Corte Interamericana en su más reciente Opinión Consultiva sobre los derechos y garantías para los niños, niñas, y adolescentes (NNA) en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional:

En consideración de la condición especial de vulnerabilidad de las niñas y los niños migrantes en situación irregular, los Estados tienen la obligación, de acuerdo a los artículos 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración, de optar por medidas⁴² que propendan al cuidado y bienestar de la niña o del niño con miras a su protección integral antes que a su privación de libertad⁴³ (infra Capítulo X). La Corte considera que el parámetro de actuación estatal debe, por ende, tener como objetivo asegurar en la mayor medida posible la prevalencia del *interés superior de la*

⁴⁰ Ver, por ejemplo, CIDH, Informe No. 62/02, Caso 12.285, *Michael Domingues* (Estados Unidos), 22 de octubre de 2002, párrs. 44-45.

⁴¹ Ver, por ejemplo, CIDH, Informe No. 52/01, Caso No. 12.243, *Fondo, Juan Raul Garza* (Estados Unidos), 4 de abril de 2001, párrs. 88-89.

⁴² Cfr. Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, Informe del Grupo, *Informe sobre la visita del Grupo de Trabajo al Reino Unido sobre la cuestión de los inmigrantes y solicitantes de asilo*, UN Doc. E/CN.4/1999/63/Add.3, 18 de diciembre de 1998, párr. 33, e Informe presentado por la Relatora Especial, señora Gabriela Rodríguez Pizarro, Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párrs. 39 y 40.

⁴³ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No 6: Trato de los niños y niñas no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, *supra*, párr. 63.

niña o del niño migrante y el principio rector de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y a su desarrollo, en los términos desarrollados en el capítulo siguiente, a través de medidas adecuadas a sus necesidades⁴⁴. (el subrayado es nuestro)

50. Otros desarrollos en el *corpus* del derecho internacional de los derechos humanos relevantes a la interpretación y aplicación de la Declaración Americana pueden a su vez derivarse de diversas fuentes del derecho internacional, incluyendo las disposiciones de otros instrumentos universales y regionales de derechos humanos y del derecho internacional consuetudinario.
51. En este sentido, la Comisión considera que es útil tener en cuenta las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "Pacto" o "PIDCP"), del cual es Estado parte⁴⁵. El artículo 2 del Pacto establece que los Estados parte deben "respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción" los derechos reconocidos en el Pacto "sin distinción alguna". El artículo 23 establece que la familia tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado y a la protección de los niños tras la disolución del matrimonio. A su vez, el artículo 24.1 establece que "todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado".
52. Asimismo, la Comisión observa que el principio del interés superior del niño en sí mismo ha sido un principio rector del derecho de los EEUU por más de 125 años, y se ha dicho que el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante "CDN") fue citado de los estándares del "interés superior del niño" de la legislación estadounidense⁴⁶. De hecho, la Comisión observa que en cada uno de los cincuenta estados de los Estados Unidos existen normas en diversas áreas del derecho que incorporan este principio, a saber: la adopción, los procedimientos de dependencia, hogares de acogida, el divorcio, la custodia, el derecho penal, la educación, el derecho laboral, entre otros⁴⁷.

⁴⁴ Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 155.

⁴⁵ Los Estados Unidos ratificó el PIDCP el 8 de junio de 1992.

⁴⁶ Jonathan Todres et. al, *The U.N. Convention on the Rights of the Child: An Analysis of Treaty Provisions and Implications of U.S. Ratification* (2006), pág. 123. Ver, en general, Lynne Marie Kohm, Tracing the Foundations of the Best Interest of the Child Standard in American Jurisprudence, 10 J.L. & FAM. STUD. 337, 347-48 (2008) (rastreado el origen del principio contemporáneo del interés superior del niño a la influencia de los EEUU sobre la jurisprudencia inglesa, de derecho común, a finales del 18 y principios del siglo 19.) La Comisión observa que los EEUU y Sudán del Sur son los únicos Estados que al 20 de enero de 2015 no han ratificado la Convención de los Derechos del Niño. Ver "UN lauds Somalia as country ratifies landmark children's rights treaty," <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=49845>.

⁴⁷ Cynthia Price Cohen y Howard A. Davidson, *Children's Rights in America: United Nations Convention on Rights of the Child Compared with United States Law* (1990), pág. 4.

53. En vista de lo anterior y a la luz de la situación de especial vulnerabilidad de los NNA, en particular de los migrantes en situación migratoria irregular, la Comisión reafirma que los Estados miembros de la OEA —incluyendo a los Estados Unidos— se encuentran obligados por el Artículo VII de la Declaración Americana, como norma de derecho internacional, a hacer cumplir el principio del interés superior del niño en las medidas vinculadas a la vida, supervivencia y desarrollo de niños y niñas, y a adaptar dichas medidas a las necesidades de NNA⁴⁸.
54. Para ello, la CIDH considera que debe hacerse una determinación precisa de cuál es el interés superior del niño en cada contexto o situación específica, basada en la evaluación objetiva y la verificación de las condiciones en las que el niño o niña se encuentra, y el efecto que tienen esas circunstancias en el goce de sus derechos, bienestar y desarrollo⁴⁹. Esa determinación, que consiste en observación y evaluación de las condiciones y circunstancias que puedan afectar derechos, bienestar y protección, debe ser conducida por profesionales debidamente capacitados a ese fin⁵⁰. Este requisito asegura que estas evaluaciones estén a cargo de personas con la competencia y la experiencia necesarias, ya que "los análisis y evaluaciones en el marco de una medida especial de protección requieren de la aplicación de peritajes y de criterios técnicos que de modo objetivo evalúen la afectación del bienestar del niño y cual sea la medida más idónea para atender sus intereses en el caso concreto"⁵¹.
55. En cuanto a las garantías procesales para hacer valer el principio del interés superior del niño, la Comisión considera de gran utilidad las recomendaciones elaboradas por el Comité sobre los Derechos de los Niños de las Naciones Unidas, específicamente: que una lista no exhaustiva y no jerárquica de elementos⁵² debe ser tomada en cuenta en la evaluación del interés superior a fin de proporcionar una orientación para quienes toman las decisiones; que el peso de cada elemento depende de las circunstancias específicas de cada caso; que las evaluaciones deben ser flexibles y permitir su reajuste a medida que el niño o niña se desarrolla; y que los procesos formales deben contar con salvaguardas⁵³ para

⁴⁸ Ver también, Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 155.

⁴⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14 (2013), *El derecho de los niños a que su interés superior se considere primordial* (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, párrs. 48-84.

⁵⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14 (2013), *El derecho de los niños a que su interés superior se considere primordial* (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, párrs. 47, 92, 94-95.

⁵¹ CIDH, *Informe sobre el derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13, 17 de octubre de 2013, párr. 158.

⁵² Los elementos a considerar incluyen: el punto de vista e identidad de los niños; la preservación del medio ambiente familiar y mantener las familias extendidas y las relaciones con la comunidad; el cuidado, la protección y la seguridad de los niños; la situación de vulnerabilidad; y el derecho a la educación y salud de los niños. Ver Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, *Comentario General No. 14 (2013) El derecho de los niños a que su interés superior se considere primordial* (art. 3, párr. 1), CRC/C/GC/14, párrs. 50-79.

⁵³ Las salvaguardas deben incluir: la búsqueda, la facilitación, y la inclusión de los niños como participantes en el proceso; una investigación cuidadosa y exhaustiva de los hechos; el caso debe ser tratado como una prioridad para su resolución; la utilización de personal calificado en el caso; el niño o niña debe contar con

garantizar que los niños estén informados sobre los procesos que los afectan y sus opiniones sean tenidas en cuenta⁵⁴.

56. Por último y de especial importancia, la Comisión ha establecido que el interés superior del niño no se puede utilizar en un intento de justificar decisiones que: (a) puedan ser contrarias a los derechos del niño⁵⁵; (b) discriminen a otras personas y sus derechos⁵⁶; y/o (c) se basen meramente en estereotipos sociales, preconceptos, y prejuicios sobre determinados comportamientos o grupos de personas⁵⁷.

C. El derecho a la libertad personal

57. Los artículos I y XXV de la Declaración Americana establecen que todo ser humano tiene derecho a la libertad y el derecho a la protección contra la detención arbitraria. Además, el Artículo XXV de la Declaración Americana establece que nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.
58. A los efectos de este informe, la Comisión emplea el término "detención" en sentido amplio, como sinónimo del concepto de privación de la libertad⁵⁸. La

su propio representante legal y un tutor, en caso necesario o adecuado; la decisión tomada debe justificarse por escrito; deben existir mecanismos para revisar o modificar una decisión, con el fin de dar cuenta de las necesidades sobrevinientes o cambios en las circunstancias fácticas. Ver Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas, *Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, párrs. 85-99.

⁵⁴ Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas, *Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14.

⁵⁵ CIDH, *Informe sobre el derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13, 17 de octubre de 2013, párr. 158 (citando al Comité de los Derechos del Niño, *Observación general Nº 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, CRC/C/GC/13, párr. 61).

⁵⁶ Ver, más generalmente *Karen Atala e hijas* (Chile), Demanda ante la Corte Interamericana, Caso No.12.502 (17 de septiembre de 2010), párrs. 133-135; Corte IDH, *Caso de Atala Riffo e Hijos v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párr. 111.

⁵⁷ Ver, más generalmente *Karen Atala e hijas* (Chile), Demanda ante la Corte Interamericana, Caso No.12.502 (17 de septiembre de 2010), párrs. 133-135; Corte IDH, *Caso de Atala Riffo e Hijos v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párr. 111.

⁵⁸ A los efectos del presente documento, se entiende por "privación de libertad": "Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas." CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II131 doc. 38, 13 de marzo de 2008 (en adelante "*Principios y buenas prácticas*").

Comisión entiende la medida de detención migratoria como aquella que impide a una persona disponer de su libertad de circulación, incluyendo a NNA, a efectos de salir o abandonar a voluntad un lugar o establecimiento en el que ha sido puesta por razones de índole migratorias.

59. La Comisión Interamericana observa que el derecho a la protección contra el arresto y la detención arbitrarios se relacionan con el ejercicio de la libertad física⁵⁹, y ha establecido que toda vez que un Estado considere recurrir a la privación de la libertad, la presunción debe ser la libertad y no la detención⁶⁰. Durante las últimas dos décadas la Comisión ha dado seguimiento con preocupación al incremento en el empleo en las Américas de la detención migratoria. En el caso de los Estados Unidos, la Comisión ha observado que se recurre a la detención como medida para desalentar a la migración y los flujos migratorios, especialmente en el caso de migrantes en situación irregular⁶¹. La Comisión considera que la reciente expansión de la detención migratoria a familias representa un retroceso respecto de los avances que se habían registrado hacia comienzos de 2009 con la erradicación de la utilización generalizada de esta medida⁶².
60. Al respecto, la Comisión hace eco de lo sostenido por el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas, quien señaló que:

no hay ninguna prueba empírica de que la privación de libertad reduzca la migración irregular o disuada a las personas de solicitar asilo. Pese al creciente endurecimiento de las políticas de inmigración que se han adoptado en los últimos 20 años en todos los países del mundo, el número de entradas irregulares no ha disminuido. Ello puede deberse, entre otras cosas, al hecho de que los migrantes probablemente consideran la privación de libertad como un elemento inevitable de su viaje⁶³.

sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas"). Para una discusión más amplia sobre el uso de estos términos, referirse al párr. 145 de la Opinión Consultiva de la Corte OC-21/14 Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 154.

⁵⁹ Ver Yoram Dinstein, *Right to Life, Physical Integrity, and Liberty*, in *The International Bill of Rights – The Covenant On Civil And Political Rights*, párrs. 114, 128 (Louis Henkin ed., 1981).

⁶⁰ CIDH, Informe No. 51/01, Caso 9903, Admisibilidad y Fondo, *Rafael Ferrer-Mazorra et al.* (los cubanos de Mariel) (Estados Unidos), 4 e abril de 2001, párr. 219.

⁶¹ Ver CIDH, *Informe sobre inmigración en EE.UU.*, párr. 5. Para una discusión más amplia sobre el alcance de la detención migratoria en los Estados Unidos así como sobre la evolución de los estándares de derechos humanos en materia de la detención migratoria, por favor ver Denise Gilman, *Realizing Liberty: The Use of International Human Rights Law to Realign Immigration Detention in the United States* [*Haciendo real la libertad: El uso del derecho internacional de derechos humanos para realinear la detención migratoria en los Estados Unidos*], 36 *Fordham Int'l L.J.* 243 (2013).

⁶² CIDH, *Informe sobre inmigración en EE.UU.*, párr. 368 (citando la decisión de ICE de discontinuar el uso de la instalación T. Don Hutto para la detención de familias).

⁶³ Asamblea General ONU – Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, François Crépeau, Vigésima Sesión, 2 de abril de 2012, párr. 8, http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24_en.pdf.

La Comisión también comparte la opinión de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ACNUDH) en el sentido que "[l]as políticas que no apuntan a administrar las migraciones, sino más bien a frenarlas a todo costo, sólo sirven para exacerbar los riesgos que enfrentan los migrantes, crear zonas al margen de la ley y de impunidad en las fronteras, y, en última instancia, a ser inefaces"⁶⁴.

61. Junto a la afirmación de que la migración representa una amenaza para la seguridad nacional, los Estados Unidos han buscado justificar su ahora el actual uso automático del régimen de detención de familias migrantes a su llegada al país y/o su aprehensión, como medida de disuasión contra la migración irregular. La práctica de la detención migratoria también sirve para criminalizar la migración, lo cual tiene múltiples efectos negativos sobre la protección de los derechos de los migrantes y la percepción social de los migrantes, y puede fomentar la xenofobia en su contra.
62. La Comisión ha reiterado de forma consistente que las infracciones a normas en materia migratoria no deben tener un carácter penal⁶⁵. A este fin, la Comisión comparte la opinión del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de Naciones Unidas en el sentido que "la entrada o permanencia irregular nunca debieran ser considerados delitos penales: no constituyen *per se* delitos contra las personas, los bienes o la seguridad nacional"⁶⁶. Por esta razón, la Comisión ha establecido que el uso de la privación de la libertad debe ser una medida excepcional, y más aún en el contexto de la migración⁶⁷. No obstante, la CIDH ha observado que, en la práctica, los Estados han seguido aplicando la detención como un castigo tanto para la entrada irregular y como un desincentivo para futuras llegadas de movimientos migratorios. A pesar de esta intención, la Comisión observa con preocupación que, como han demostrado numerosos estudios, la detención no se ha probado ser una medida eficaz para disuadir la migración irregular⁶⁸; más bien, los migrantes aceptan que puede ser una parte del proceso.

⁶⁴ ACNUDH, Rep. 69 Sess., *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales*, U.N. Doc. A/69/CRP.1 (23 de julio de 2014), párr. 4.

⁶⁵ CIDH, *Informe sobre inmigración en EE.UU.*, párr. 38.

⁶⁶ Asamblea General ONU – Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, François Crépeau, Vigésima Sesión, 2 de abril de 2012, párr. 13, http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24_en.pdf; ver también, Asamblea General ONU – Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Trabajadores Migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85 (30 de diciembre de 2002), [http://www.unhcr.org/refugees/docda/Huridoca.nsf/0/3ff50c339f54a354c1256cde004bfbdb8/\\$FILE/G0216255.pdf](http://www.unhcr.org/refugees/docda/Huridoca.nsf/0/3ff50c339f54a354c1256cde004bfbdb8/$FILE/G0216255.pdf) (citando al la ex Relator Especial Pizarro, quien expresó que los "migrantes irregulares no son criminales *per se* y no debieran ser tratados como tales").

⁶⁷ CIDH, *Informe sobre inmigración en EE.UU.*, párrs. 34 y 38.

⁶⁸ Ver, por ejemplo, ACNUR/OACDH, Mesa redonda global sobre alternativas a la detención de solicitantes de asilo, refugiados, migrantes y apátridas: Conclusiones sumarias (julio de 2011).

63. En sus Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, la Comisión confirmó que el uso de la privación de la libertad debe ser una medida excepcional. El Principio III (2) establece que:
- [s]e deberá asegurar por la ley que en los procedimientos judiciales o administrativos se garantice la libertad personal como regla general, y se aplique como excepción la privación preventiva de la libertad, conforme se establece en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.⁶⁹
64. La Comisión considera que la detención sólo puede ser permisible tras una evaluación individualizada de la necesidad de privar de la libertad. Esta evaluación debe considerar el empleo de alternativas a la detención y concluir en una decisión individualizada que establezca que la medida es necesaria a la luz de ciertos intereses legítimos del Estado⁷⁰.
65. Como se ha detallado anteriormente, la Comisión ha establecido que el estándar para la excepcionalidad de la detención debe ser aún más alto en el caso de la detención migratoria debido a que las violaciones a la normativa migratoria no debieran interpretarse como delitos penales⁷¹. De acuerdo con los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, este estándar más alto debe satisfacer los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática⁷².
66. Además, la Comisión ha indicado que en los casos en los que esté justificada "los Estados deben evitar la prolongación excesiva de la detención y deben asegurar que sea lo más breve posible"⁷³. En este sentido, la CIDH reitera la importancia de la revisión judicial de la detención, conforme a lo dispuesto en la Declaración Americana en el artículo XVIII, el cual asigna un papel fundamental a los tribunales en la garantía y protección de los derechos de las personas, y el artículo XXV, que establece el derecho a que la legalidad de la detención sea establecida sin demora. Cualquier migrante detenido debe contar con acceso sencillo a la supervisión judicial y la revisión periódica de la necesidad de la detención.

⁶⁹ CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*.

⁷⁰ CIDH, *Informe sobre inmigración en EE.UU.*, párrs. 219, 221, y 242.

⁷¹ CIDH, *Informe sobre inmigración en EE.UU.*, párrs. 34, 38.

⁷² CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, Principio III.

⁷³ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes, estándares internacionales y directiva Europea sobre retorno*, de 25 de Julio, 2008, Resolución 03/08, 25 de julio de 2008, pág. 2.

67. Por su parte, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria también ha resumido los casos en los que se puede y no se puede utilizar la detención migratoria:

Se consideró conveniente recordar a los Estados que la detención debería ser el último recurso admisible únicamente durante el menor tiempo posible, y que se deberían buscar otras soluciones cuando ello fuera factible. Los motivos de la detención deberán ser definidos de manera clara y exhaustiva y la legalidad de la detención se podrá plantear ante un tribunal y revisar periódicamente dentro de plazos establecidos. Estos plazos de revisión se deberán mantener incluso en "situaciones de emergencia" cuando un número excepcionalmente elevado de inmigrantes indocumentados entran en el territorio de un Estado. Se deberían adoptar en todo caso disposiciones que determinen que la detención es ilegal si el obstáculo que impide identificar a los inmigrantes en situación irregular o proceder a su expulsión del territorio no está dentro de su competencia, por ejemplo, cuando la representación consular del país de origen no coopera, o en el caso de que la expulsión no pueda realizarse por consideraciones legales, tales como, el principio de prohibición de la expulsión cuando existen riesgos de ser sometido a tortura o a detención arbitraria en el país de destino, o debido a obstáculos de hecho, como la no disponibilidad de medios de transporte⁷⁴.

1. Estándares aplicables a los integrantes de grupos vulnerables en movimientos migratorios mixtos

68. Los instrumentos internacionales han establecido disposiciones más específicas con respecto a las restricciones a la detención de personas que integran grupos vulnerables dentro de los movimientos migratorios mixtos, tales como los solicitantes de asilo, las familias y los NNA no acompañados (estos últimos se abordarán en la subsección 2, más abajo).

a. Solicitantes de asilo

69. En el caso de los solicitantes de asilo, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (en adelante "la Convención sobre los Refugiados" o "la Convención de 1951") permite muy poco margen a las restricciones a la libertad de circulación. El artículo 31(1) de la Convención sobre los Refugiados establece que:

Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de

⁷⁴ ONU Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, "Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria", Doc. A/HRC/10/21, párr. 67 (16 de febrero de 2009), <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/110/46/PDF/G0911046.pdf?OpenElement>.

tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

70. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha indicado que, en la interpretación de la Convención sobre los Refugiados, “el derecho a buscar asilo, la no penalización por entrada o estancia irregular, y los derechos a la libertad y a la seguridad personal, y a la libertad de circulación– significan que la detención de solicitantes de asilo debe ser una medida de último recurso, y que la libertad es la situación predeterminada”⁷⁵.
71. La Comisión ya se ha pronunciado sobre lo anterior, encontrando específicamente que:

[l]as medidas encaminadas a la detención automática de las personas que buscan asilo no están, por lo tanto, permitidas por las protecciones internacionales de los refugiados. También pueden considerarse arbitrarias y, de acuerdo con las características de las personas afectadas por algunas de estas restricciones, como posiblemente discriminatorias de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos⁷⁶.

72. A juicio de la Comisión, la detención de solicitantes de asilo, refugiados, solicitantes y beneficiarios de protección complementaria, y apátridas debe ser una medida excepcional de último recurso que las autoridades sólo pueden utilizar en los casos previstos por la legislación nacional⁷⁷, de manera compatible con las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos. Dado que se trata de una medida excepcional, las autoridades sólo pueden emplearla en los casos en los cuales se satisfacen los siguientes parámetros de evaluación: 1) la necesidad, 2) la razonabilidad, y 3) la proporcionalidad. Esto significa que la detención migratoria debe ser necesaria en un caso determinado, que su uso debe ser razonable y proporcional para alcanzar los fines que busca. De considerarse necesaria, la detención no puede basarse en motivos discriminatorios y debe estar limitada al período más breve posible⁷⁸.

⁷⁵ ACNUR, “Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención” (Setiembre 2012), Directriz 2, párr. 14

⁷⁶ CIDH, *Informe sobre terrorismo*, párr. 380.

⁷⁷ La Comisión toma nota de un estudio sobre los efectos de la detención de los solicitantes de asilo, que encontró que la gravedad de la ansiedad, la depresión y el trastorno de estrés postraumático (TEPT) se correlacionó significativamente con el período de detención y que el 70% de los entrevistados declaró que su salud mental en general había empeorado considerablemente durante su detención (con un 95% de los entrevistados diagnosticados como clínicamente deprimidos y el 86% con ansiedad clínicamente significativa). Ver Médicos por los Derechos Humanos y el Programa de Bellevue/NYU para Sobrevivientes de Tortura, *From Persecution to Prison: The Health Consequences of Detention for Asylum-Seekers* (junio de 2003), pág. 63. Además de agravar los síntomas de estas enfermedades, se ha demostrado que la detención los causa directamente. Esto puede ocurrir incluso si un solicitante de asilo no presenta síntomas en el momento de la detención.

⁷⁸ ACNUR, “Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención” (septiembre 2012), Directrices 5-6.

b. Familias

73. En cuanto a las familias, el artículo V de la Declaración Americana establece que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su vida privada y familiar. El artículo VI establece que "toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella". El artículo VII además establece que "[t]oda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales". Estos artículos forman el núcleo de la protección de la vida familiar en la Declaración Americana y según explicó la Comisión en 2011 en su *Informe sobre la inmigración en los Estados Unidos: detención y debido proceso*, la necesidad de garantizar estos derechos tiene implicancias directas sobre la idoneidad de la detención de familias migrantes⁷⁹.
74. Específicamente respecto de la detención de familias, la Corte ha establecido la siguiente:

cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, **el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores** y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños. Evidentemente, esto conlleva un deber estatal correlativo de diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer un sacrificio desmedido a los derechos de la niña o del niño a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia⁸⁰. (el énfasis es nuestro)

75. Además, en el Principio X de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas la Comisión establece que toda vez que se proceda a la detención de familias con niños y niñas "se deberán tomar las medidas necesarias para organizar guarderías infantiles, que cuenten con personal calificado, y con servicios educativos, pediátricos y de nutrición apropiados, a fin de garantizar el interés superior de la niñez"⁸¹.

⁷⁹ CIDH, *Informe sobre inmigración en EE.UU.*, párrs. 49-50.

⁸⁰ Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 158 (citando el Informe el Relator Especial sobre los Derechos de los Migrantes, Jorge Bustamante, *Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social, and Cultural Rights, Including the Right to Development*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 62; Informe el Relator Especial sobre los Derechos de los Migrantes, Jorge Bustamante, UN Doc. A/65/222, 3 de agosto de 2010, párr. 48; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante "TEDH"), *Case of Popov v. France*, Nos. 39472/07 y 39474/07, Sentencia de 19 de enero de 2013, párrs. 140, 141 y 147. Ver también Informe el Relator Especial sobre los Derechos de los Migrantes, Jorge Bustamante, Adenda: Misión a los EEUU, UN Doc. A/HRC/7/12/Add.2, 5 de marzo de 2008, párr. 125).

⁸¹ CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*.

76. Por último, la CIDH comparte el criterio establecido en las directrices del ACNUR conforme al cual si por alguna razón extraordinaria niños, niñas, familias o mujeres embarazadas migrantes o refugiados son detenidos, no deben permanecer en condiciones carcelarias⁸². Resulta importante mencionar aquí las Observaciones Finales del Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura en los informes periódicos tercero a quinto de los Estados Unidos de América⁸³. En sus Observaciones, el Comité expresó su preocupación por el uso continuo en los Estados Unidos de un sistema de detención obligatoria y automática de los solicitantes de asilo y otros migrantes a su llegada en "instalaciones similares a centros de detención, cárceles de condado y prisiones privadas"⁸⁴. El Comité recomendó a los Estados Unidos poner alto a la expansión de la detención de familias", con miras a eliminarla progresivamente, por completo"⁸⁵.

2. Principio de la no detención de niños, niñas y adolescentes

77. El principio de la no detención de NNA surge del principio del interés superior del niño. Este principio se encuentra consagrado en el derecho internacional de los derechos humanos y ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Comisión en relación con el derecho a la libertad personal en casos relativos a jóvenes en conflicto con la ley⁸⁶. En los casos en los que se aplica la privación de libertad de niños, niñas, y adolescentes como castigo, esto sólo puede hacerse como medida de último recurso y por el plazo más breve posible⁸⁷.
78. Según ya ha indicado la Comisión "[e]l principio de excepcionalidad que rige la privación de libertad en general, y la privación de libertad por infracciones migratorias, se hace aún más estricto cuando se trata de niños. *Solo circunstancias de mucho peso* podrían justificar una medida de esa naturaleza"⁸⁸ (el énfasis es nuestro).

⁸² ACNUR, "Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y a las alternativas a la detención," (septiembre de 2012), Directriz 8.

⁸³ Comité contra la Tortura ONU, Observaciones finales sobre el tercero a quinto informes periódicos de los Estados Unidos de América, 20 de noviembre de 2014, párr. 19. CAT/C/USA/Co/3-5, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=930&Lang=en.

⁸⁴ Comité contra la Tortura ONU, Observaciones finales sobre el tercero a quinto informes periódicos de los Estados Unidos de América, 20 de noviembre de 2014, párr. 19.

⁸⁵ El Comité contra la Tortura también observó que, "a pesar del incremento en el uso de hogares de acogida para los niños y niñas no acompañados y niños separados, muchos de ellos continúan reclusos en hogares grupales y las instalaciones de seguridad, similares a centros correccionales de niños y niñas." Ver, ONU, Comité contra la Tortura, Observaciones finales sobre el tercero a quinto informes periódicos de los Estados Unidos de América, 20 de noviembre de 2014, párr. 19. pág. 19.

⁸⁶ Para una discusión más completa, ver CIDH, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78 (13 de julio de 2011).

⁸⁷ CIDH, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78 (13 de julio de 2011), párr. 339. Cf. Comité de los Derechos del Niño, *Observación general Nº 10: Los derechos del niño en la justicia de menores*, UN Doc. CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrs. 77, 79-80. Ver también, Comité de los Derechos del Niño, *Observación general Nº 6: Trato de menores no acompañados y separados de su familia fuera de sus país de origen*, *supra*, párr. 61.

⁸⁸ CIDH, *Informe sobre inmigración en EE.UU.*, párr. 51.

79. Además, de acuerdo con el principio III de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, “[l]a privación de libertad de niños y niñas deberá aplicarse como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y deberá limitarse a casos estrictamente excepcionales”.⁸⁹
80. En adición a lo anterior, la Comisión considera que la privación de libertad de NNA por motivos migratorios no puede ser entendida como una medida que responde al interés superior del niño⁹⁰. Múltiples estudios han documentado que la detención tiene efectos negativos y duraderos en el desarrollo físico y mental y que conduce a la aparición o empeoramiento de cuadros tales como la ansiedad, la depresión y el daño psicológico y emocional⁹¹.

D. Derecho al tratamiento humano durante la detención

81. De conformidad con el artículo XXV de la Declaración Americana, toda persona que haya sido detenida “[t]iene (...) derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”. Por lo tanto, en los casos excepcionales en los que resulta necesaria la privación de libertad de los migrantes y se cumpla con los estándares ya descritos, los Estados deben respetar los derechos humanos de las personas bajo su custodia, garantizarles el trato humano, condiciones dignas de detención, y que la detención migratoria, que es de naturaleza civil, no se torne en punitiva.
82. Los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* son ilustrativos a este respecto y ofrecen directrices específicas sobre el trato humano que deben recibir las personas que se encuentran bajo la custodia del Estado. Esto incluye: el derecho de acceso a

⁸⁹ CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*.

⁹⁰ Ver también Asamblea General de las Naciones Unidas – Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, Vigésimo octavo período de sesiones, 5 de marzo de 2015, A/HRC/28/68, para. 80 (disponible solamente en inglés) (concluyendo que “Dentro del contexto del cumplimiento de la ley de inmigración administrativa, ahora está claro que la privación de la libertad de los niños sobre la base de la situación migratoria de sus padres nunca es en el interés superior del niño, excede el requisito de la necesidad, se vuelve totalmente desproporcionada, y podrá constituir un trato cruel, inhumano o degradante de niños y niñas migrantes. Por lo tanto, los Estados deberían, rápida y completamente, cesar la detención de niños, con o sin sus padres, sobre la base de su estatus migratorio”).

⁹¹ Ver Human Rights Watch, “Estados Unidos: detener la expansión de la detención de familias migrantes”, (29 de julio de 2014), <http://www.hrw.org/news/2014/07/29/us-halt-expansion-immigrant-family>; Consejo Americano de Inmigración, “Niños en peligro: Una guía para el reto humanitario en la frontera” (julio de 2014) <http://www.immigrationpolicy.org/special-reports/children-danger-guide-humanitarian-challenge-border>. Véase también, Alice Farmer, Human Rights Watch, “El impacto de la detención migratoria en los niños,” 44 Forced Migration Review 14 (septiembre de 2013) International Detention Coalition, *Infancia Cautiva* (2012), Capítulo 5: “Impactos de la detención en los niños”.

alimentación, agua potable, alojamiento, higiene, vestimenta, actividades educativas, recreación, libertad religiosa, y visitas⁹².

83. Además, los órganos del Sistema Interamericano han identificado derechos específicos que se derivan de la obligación de garantizar la integridad personal y el trato humano, incluyendo: el derecho a la atención médica, el derecho a ser separados de los reclusos del sistema penal, el derecho a ser notificado de la transferencia a otros centros de detención, el derecho a contar con personal debidamente capacitado y calificado y con supervisión independiente en el lugar de detención, el derecho a un procedimiento eficaz de petición y respuesta, el derecho de acceso a los derechos específicos de los solicitantes de asilo detenidos, y la adhesión al conjunto de Principios de Naciones Unidas para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre la detención de los solicitantes de asilo, entre otros instrumentos y principios rectores⁹³.

E. Derecho al debido proceso y el acceso a la justicia

84. De acuerdo al artículo XXVI de la Declaración Americana, "[t]oda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública." La CIDH ha considerado que el artículo XXVI también se aplica a procedimientos migratorios:

negar a una alegada víctima la protección del artículo XXVI simplemente en virtud de la naturaleza de los procedimientos migratorios contradiría el objeto mismo de esta disposición y su propósito de examinar de cerca los procedimientos mediante los cuales se establecen los derechos, las libertades, y el bienestar de las personas bajo la jurisdicción del Estado.⁹⁴

85. Durante cualquier procedimiento que puede resultar en la imposición de una pena de cualquier tipo, todas las personas tienen el mismo derecho a las siguientes garantías mínimas: el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial; comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada contra él; el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; derecho del inculpado a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete; el derecho del inculpado a ser asistido por un abogado defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; el derecho a la prestación de asistencia jurídica gratuita a las personas indigentes

⁹² CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*.

⁹³ Para una discusión a fondo ver CIDH, *Informe sobre inmigración en EE.UU.*, párrs. 71- 93.

⁹⁴ CIDH, Informe No. 63/08 Caso No. 12.534, Admisibilidad y Fondo, *Andrea Mortlock*, (Estados Unidos), párr. 83 (25 de julio de 2008), <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/EEUU12534.sp.htm>.

en asuntos de migratorios⁹⁵; el derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia de testigos, peritos, u otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; y el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior⁹⁶. Si bien muchas de estas garantías están articulados en un lenguaje que es más afín a los procesos penales, la Comisión ha considerado que estas protecciones básicas del debido proceso deben aplicarse de manera estricta a los procedimientos migratorios en vista de los intereses en juego en estos procesos y sus consecuencias⁹⁷.

86. La Comisión ha reconocido previamente y reitera que los migrantes se encuentran en situación de desigualdad real que puede derivar en la afectación del derecho a las garantías del debido proceso a menos que los Estados adopten medidas especiales para compensar la indefensión en que los migrantes se encuentran⁹⁸.

F. Derecho a la notificación consular

87. Al evaluar el reconocimiento brindado por un Estado al derecho al debido proceso de un extranjero en virtud de los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana, la Comisión ha determinado que es necesario y apropiado considerar el grado de cumplimiento con los requisitos del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares⁹⁹ que establece el derecho a la notificación consular¹⁰⁰.

⁹⁵ La Comisión en este sentido comparte la opinión del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, François Crépeau, en el sentido que los Estados tienen la obligación de garantizar que cualquier niño o niña involucrado en procedimientos migratorios tiene derecho a recibir asistencia jurídica gratuita. Véase el Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, François Crépeau, Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el derecho al desarrollo, UN Doc. A / HRC / 20/24, 02 de abril 2012, párr. 38.

⁹⁶ CIDH, *Informe sobre inmigración en EE.UU.*, párr. 57 (que señala que los derechos reconocidos en el Artículo XXVI [derecho al debido proceso de la ley] de la Declaración Americana se reafirman en el artículo 8 de la Convención Americana); CIDH, *Segundo informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2001, párr. 99(d). Véase también, Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párrs. 130-31; PIDCP, artículo 14; Naciones Unidas, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Principios 10-18 (1988), <http://www.un.org/documents/ga/res/43/a43r173.htm>.

⁹⁷ Véase, por ejemplo, CIDH, Informe No. 56/06, Caso 12.562, Admisibilidad, *Wayne Smith* (Estados Unidos), (20 de julio de 2006), párr. 51.

⁹⁸ CIDH, *Informe sobre inmigración en EE.UU.*, párr. 58.

⁹⁹ Los Estados Unidos ratificó la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares el 13 de noviembre de 1972.

¹⁰⁰ CIDH, Informe No. 44/14, Caso 12.873, Fondo, *Edgar Tamayo Arias* (Estados Unidos), 17 de julio de 2014, párrs. 136-139; CIDH, , Informe No. 90/09, Caso 12.644, (Admisibilidad y Fondo (Publicación), *Medellín, Ramírez Cárdenas and Leal García*, (Estados Unidos), 7 de agosto de 2009, párrs. 124-132. Ver también CIDH, *Informe Anual de la CIDH 2005*, Informe No. 91/05, *Javier Suarez Medina* (Estados Unidos); *Informe Anual de la CIDH 2005*, Informe No. 1/05, *Roberto Moreno Ramos* (Estados Unidos), e *Informe Anual de la CIDH 2002*, Informe No. 52/02, Caso 11.753, *Ramón Martínez Villarreal* (Estados Unidos).

88. El artículo 36 ("Comunicación con los nacionales del Estado que envía") de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares establece:
1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:
 - a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;
 - b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;
 - c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.
 2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.
89. Por lo tanto, al interpretar y aplicar las disposiciones de la Declaración Americana a una persona extranjera que ha sido arrestada, sujeta a juicio o en custodia en espera de juicio, o que permanece detenida de cualquier otra forma por un Estado, la CIDH tiene en cuenta el cumplimiento con las disposiciones del artículo 36 de la Convención de Viena.¹⁰¹ La Comisión ha tenido la oportunidad

¹⁰¹ CIDH, Informe No. 44/14, Caso 12.873, Fondo, *Edgar Tamayo Arias* (Estados Unidos), 17 de julio de 2014, párrs. 136-139; CIDH, Informe No. 90/09 Caso 12.644, Admisibilidad y Fondo (Publicación), *Medellín, Ramírez Cárdenas and Leal García*, (Estados Unidos), 7 de agosto de 2009, párrs. 124-132. Ver también, CIDH, *Informe Anual of the CIDH 2005*, Informe No. 91/05, *Javier Suarez Medina* (Estados Unidos); *Informe*

de analizar la importancia de la obligación de notificación consular a través de su mecanismo de peticiones y casos, y en ocasiones ha caracterizado la asistencia de los funcionarios consulares como "crucial" para la producción de prueba con "impacto decisivo" en la evaluación de los casos¹⁰².

90. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptados por la Comisión en 2008, establecen que:

Las personas privadas de libertad en un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos del que no fueren nacionales, deberán ser informadas, sin demora y en cualquier caso antes de rendir su primera declaración ante la autoridad competente, de su derecho a la asistencia consular o diplomática, y a solicitar que se les notifique de manera inmediata su privación de libertad. Tendrán derecho, además, a comunicarse libre y privadamente con su representación diplomática o consular¹⁰³.

91. En adición a lo anterior, la Comisión toma nota del protocolo de los Estados Unidos en materia de notificación consular, según se encuentra documentado en el Manual sobre Notificación y Acceso Consular de la Oficina de Asuntos Consulares del Departamento de Estado. Este Manual establece que "las detenciones migratorias, civiles y penales" son todos tipos de detenciones que generan la obligación de notificación consular¹⁰⁴. Si una persona no desea notificar al consulado de su detención, el funcionario debe hacer una anotación en el expediente del caso y no debe informar al consulado¹⁰⁵.
92. Por lo tanto, la Comisión afirma la obligación de los Estados Unidos conforme a la Declaración Americana, así como de otros instrumentos internacionales, de notificar a los no nacionales de sus derechos y, de su derecho de notificar sin demora a los funcionarios consulares del Estado correspondiente, a su solicitud.

Annual of the CIDH 2005, Informe No. 1/05, Roberto Moreno Ramos (Estados Unidos); e *Informe Anual of the CIDH 2002*, Informe 52/02, Caso 11.753, Ramón Martínez Villarreal (Estados Unidos).

¹⁰² CIDH, Informe No. 90/09, Caso 12.644, Admisibilidad y Fondo (Publicación), Medellín, Ramírez Cárdenas and Leal García, (Estados Unidos), 7 de agosto de 2009, párr. 128.

¹⁰³ CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, Principio V (debido proceso).

¹⁰⁴ Oficina de Asuntos Consulares, Departamento de Estado, Manual de Notificación y Acceso Consular, 4ª ed. (Revisada en marzo de 2014), http://travel.state.gov/content/dam/travel/CNAttrainingresources/CNAManual_Feb2014.pdf, págs. 16-17.

¹⁰⁵ Oficina de Asuntos Consulares, Departamento de Estado, Manual de Notificación y Acceso Consular, 4ª ed. (Revisada en marzo de 2014), http://travel.state.gov/content/dam/travel/CNAttrainingresources/CNAManual_Feb2014.pdf, pág. 5.

G. *Derechos a la vida familiar y la protección de la unidad familiar*

93. La CIDH ha destacado anteriormente que el principal objetivo de los Artículos V, sobre el derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a la vida privada y familiar, y Artículo IX, que establece que "toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio", ambos de la Declaración Americana, es el de proteger a las personas contra la intromisión injustificada por parte del Estado¹⁰⁶. La CIDH ha destacado que el objetivo principal de estos derechos es el de "proteger a las personas de la acción arbitraria de las autoridades del Estado que infrinja su esfera privada" donde "acción arbitraria" significa injusticia, imposibilidad de predecir, y falta de razonabilidad¹⁰⁷.
94. Estos derechos, por lo tanto, tienen implicaciones importantes en las acciones de implementación de control migratorio, y requieren que los Estados se abstengan de aplicar normativa migratoria en el hogar debido a que las infracciones migratorias no deben interpretarse como infracciones penales; también requieren que los Estados consideren y empleen alternativas a la detención, protejan a los padres migrantes de la pérdida de la custodia de sus hijos solo por su detención, y que tomen en cuenta el interés superior del niño en la decisión de si se debe expulsar a un padre o madre migrante¹⁰⁸.

H. *Derecho a buscar y recibir asilo*

95. El artículo XXVII de la Declaración Americana dispone que "[t]oda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales."
96. Al respecto, la Comisión ha establecido en forma reiterada que, con el fin de cumplir con el artículo XXVII, los procedimientos internos mediante los cuales un refugiado solicita asilo deben ser adecuados y efectivos¹⁰⁹. La Comisión ha señalado, que como mínimo, el artículo XXVII garantiza al solicitante de asilo una audiencia que cumpla con las normas básicas del debido proceso para

¹⁰⁶ CIDH, *Informe sobre inmigración en EE.UU.*, párr. 97 (donde intrusión innecesaria se equipara con el concepto de "injerencias arbitrarias" entendida como elementos de "la injusticia, la imprevisibilidad y la sinrazón").

¹⁰⁷ CIDH, *Informe sobre inmigración en EE.UU.*, párr. 97.

¹⁰⁸ CIDH, *Informe sobre inmigración en EE.UU.*, párrs. 38, 98.

¹⁰⁹ CIDH, *Informe sobre inmigración en EE.UU.*, párr. 63 (citando Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*, Opinión Consultiva OC-9/87, párr. 24 (6 de octubre de 1987), http://www1.umn.edu/humanrts/CIDH/b_11_4i.htm; CIDH, *Informe sobre solicitantes de asilo en Canadá*, párr. 104: "... la protección efectiva de los derechos sustantivos requiere de un marco de procedimiento adecuado para su implementación").

determinar la condición de refugiado¹¹⁰. La Comisión ha expresado anteriormente que el "acto de oír a una persona" que dice estar en riesgo de persecución es "el elemento más fundamental del derecho a buscar asilo"¹¹¹. En este sentido, la Comisión también se ha enfocado en la garantía de que los Estados informen en forma adecuada a los migrantes sobre la posibilidad y el proceso a seguir para la presentación de una solicitud de protección internacional.

I. Principio de no devolución (non-refoulement) y el derecho a no ser sometido a persecución o tortura

97. De conformidad con los artículos I, XXV, y XXVII de la Declaración Americana; artículo 22 (8) de la Convención Americana; y el artículo 33 (1) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) ("la Convención de 1951")¹¹², el principio de *non-refoulement* (no devolución) constituye la piedra angular de la protección internacional de los refugiados, solicitantes de asilo, y otras personas en situaciones similares. En su parte pertinente, el artículo 33 (1) de la Convención de 1951 establece que "[n]ingún 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." La Comisión ha aplicado previamente esta definición de no devolución y ha considerado, en conjunción con el artículo 22(8) de la Convención Americana,¹¹³ ser instructiva al interpretar el artículo XXVII de la Declaración Americana, que según sus propios términos tiene en cuenta la evolución del *corpus* del derecho internacional de los refugiados¹¹⁴:

Artículo XXVII. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, [...] de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

98. Con posterioridad a la adopción de la Convención de 1951, el derecho internacional ha incorporado la protección de la no devolución para todos los individuos, independientemente de si califican para protección internacional. El

¹¹⁰ CIDH, Informe No. 78/11, Caso 12.586, Fondo, *John Doe* (Canadá), 21 de julio de 2011, párr. 90.

¹¹¹ CIDH, Informe No. 78/11, Caso 12.586, Fondo, *John Doe* (Canadá), 21 de julio de 2011, párr. 92.

¹¹² Los Estados Unidos no es parte de la Convención de 1951, pero sí ha ratificado el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, que en su artículo 1 establece que los Estados parte "se comprometen a aplicar los artículos 2 a 34 inclusive de la Convención [1951]." Los Estados Unidos se adhirieron al Protocolo el 1 de noviembre de 1968.

¹¹³ El artículo 22(8) de la Convención Americana establece que: "En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas."

¹¹⁴ CIDH, Informe No. 78/11, Caso 12.586, Fondo, *John Doe et al.* (Canadá), 21 de julio de 2011, párrs. 99, 101; CIDH, *Informe sobre solicitantes de asilo en Canadá*, párr. 24.

artículo 3 (1) de la Convención contra la Tortura de la ONU, la cual fue ratificada por los EEUU,¹¹⁵ establece que:

Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

99. La Comisión Interamericana reitera que, en virtud del derecho internacional, los Estados deben ofrecer garantías sustantivas y procesales eficaces para identificar y proteger los derechos de las personas que califican para el asilo. Con este fin, la Comisión ha trazado los contornos de la obligación de *non-refoulement* para exigir que los Estados no devuelvan a personas en riesgo de persecución al país en el cual pueden ser perseguidas, así como para garantizar que las políticas y prácticas estatales ofrezcan mecanismos suficientes para identificar este tipo de reclamos y hacer las determinaciones administrativas y judiciales pertinentes con las correspondientes garantías del debido proceso¹¹⁶.
100. Además, la Comisión ha establecido que el derecho a la no devolución obliga a un Estado no sólo a evitar la deportación de un refugiado directamente a un país de la persecución, sino también indirectamente a través de un tercer país (en adelante "devolución indirecta" o "cadena de devolución")¹¹⁷.

1. El principio de no devolución en fronteras internacionales

101. El principio de no devolución también se aplica a los solicitantes de asilo y refugiados cuya situación aún no se ha determinado; refugiados que aún no han sido reconocidos oficialmente como tales; así como a aquellos que ejercen su derecho de buscar y recibir asilo, y se encuentran ya sea en una frontera internacional o la han cruzado sin ser admitidos oficialmente o legalmente en el

¹¹⁵ Los Estados Unidos ratificó la Convención contra la Tortura el 21 de octubre de 1994 (a pesar de sus reservas en cuanto a la interpretación del artículo 3, en la comprensión de la frase "cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura" en el sentido de "lo más probable es que sería torturada").

¹¹⁶ CIDH, Resolución 03/08, *Derechos humanos de los migrantes, estándares internacionales y directiva europea sobre retorno* (25 de julio de 2008), pág. 2.

¹¹⁷ CIDH, Informe No. 78/11, Caso 12.586, Fondo, *John Doe et al.* (Canadá), 21 de julio de 2011, párr. 103 (citando al Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General No. 31 [80] "Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto," CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 12 (24 de mayo de 2004) afirmando que "la garantía del artículo 2 de que los Estados respeten y garanticen los derechos reconocidos en el Pacto a todas las personas que estén en su territorio y a todas las que estén bajo su control implica que los Estados Parte están obligados a no extraditar, deportar, expulsar o hacer salir de algún modo de su territorio a una persona cuando haya razones de peso para creer que existe un riesgo real de daño irreparable, tal como el daño previsto en los artículos 6 y 7 del Pacto, en el país hacia el que se va a efectuar la salida forzada o en cualquier país al que la persona sea expulsada posteriormente.") Esta posición es coherente con la decisión en del TEDH en *TI v. Reino Unido* conforme a la cual el Reino Unido no fue absuelto de violar el principio de *non-refoulement* por causa de la devolución de un solicitante de asilo a otro Estado miembro del Convenio de Dublín —un acuerdo que rige la política del Tercer País Seguro en el marco de la Unión Europea. Ver TEDH, *T.I. v. el Reino Unido*, App. No. 43844/98 (7 de marzo de 2000); TEDH, *K.R.S. v. el Reino Unido*, App. No. 32733/08 (2 de diciembre 2008) (afirmando el principio establecido en *TI v. El Reino Unido*).

territorio del Estado¹¹⁸. Es importante destacar que la Comisión ha puesto de relieve que el principio de no devolución "necesariamente requiere que estas personas no sean rechazadas en la frontera o expulsadas sin un examen adecuado e individualizado de sus peticiones¹¹⁹.

J. La prohibición de las expulsiones colectivas

102. La Comisión ha definido previamente una expulsión como colectiva cuando "la decisión de expulsar no se basa en casos individuales sino en consideraciones de grupo, aunque el grupo en cuestión no sea numeroso"¹²⁰. Como tal, y con respecto a la prohibición mencionada sobre la no devolución, la Comisión considera que, en caso de que más de una persona sea expulsada de un país sin que se haya proporcionado un análisis individual o se le brinden garantías judiciales o el acceso a un recurso efectivo (incluyendo mecanismos de protección internacional), un Estado estaría contraviniendo la prohibición de las expulsiones colectivas¹²¹.
103. La Comisión reafirma que las expulsiones colectivas violan una serie de derechos humanos de las personas afectadas – no sólo el derecho de residencia y tránsito (artículo VIII de la Declaración Americana), sino también pueden poner en riesgo el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona (artículo I); el derecho a buscar y recibir asilo y el principio de no devolución (artículo XXVII); el derecho de justicia y a un proceso regular (artículos XVIII y XXVI); el derecho a la vida familiar y la protección de la unidad familiar (artículos V y VI); el derecho a la vida privada (artículo V); y los derechos del niño a la protección, cuidados y ayuda (artículo VIII)¹²².
104. La Comisión también destaca que la prohibición de la expulsión colectiva está establecida en la Convención Americana (artículo 22 (9)), así como otros instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 9, 13.1 y 13.2); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 12 y 13), del que los EEUU es parte¹²³; el Protocolo 4 del

¹¹⁸ CIDH, *Informe sobre solicitantes de asilo en Canadá*, párr. 25. Véase también, ACNUR, Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, publicada el 26 de enero de 2007, párr. 8.

¹¹⁹ CIDH, *Informe sobre solicitantes de asilo en Canadá*, párr. 25.

¹²⁰ CIDH, *Informe sobre terrorismo*, párr. 404.

¹²¹ CIDH, Informe No. 51/96, Caso 10.675, Fondo, *Caso de Interdicción de Haitianos* (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997. Tras la publicación de este informe, la Comisión ha abordado otros casos relacionados con la expulsión colectiva de personas, incluidos niños y niñas, tales como: Informe No. 64/12, Caso 12.271, Fondo, *Benito Tide Méndez y otros* (República Dominicana), marzo 29, 2012; Informe No. 174/10, Caso 12.688, Fondo, *Nadege Dorzema y otros* (la "Masacre de Guayubín") (República Dominicana), 2 de noviembre de 2010.

¹²² CIDH, Informe No. 51/96, Caso 10.675, Fondo, *Caso de Interdicción de Haitianos* (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997.

¹²³ Estados Unidos ratificó el Pacto el 8 de junio de 1992.

Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 4); y el Pacto Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5), entre otros.

105. Por último, la Comisión comparte la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hirsi Jamaa y otros v. Italia* en el sentido que la prohibición de las expulsiones colectivas se aplica a cualquier medida que tenga el efecto de impedir que los migrantes lleguen a las fronteras de los Estados o de empujarlos hacia otro Estado¹²⁴. Esto incluiría medidas de interdicción adoptadas por un Estado, incluso en forma extraterritorial, para impedir que las personas lleguen a sus fronteras cuando esto tenga por efecto evitar que presenten una solicitud de asilo o no devolución¹²⁵.

¹²⁴ TEDH, *Hirsi Jamaa v. Italia*, App Nº 27765/09 (23 de febrero de 2012), párr. 180.

¹²⁵ TEDH, *Hirsi Jamaa v. Italy*, App No. 27765/09 (23 de febrero de 2012), párr. 164 (citando CIDH, *Caso de Interdicción de Haitianos* (Estados Unidos), Informe No. 51/96 (Fondo), Caso 10.675 (13 de marzo de 1997); (Albuquerque, J., concurriendo) (encontrando que: la prohibición de la devolución no se limita al territorio de un Estado, pero también se aplica a la acción extraterritorial del Estado, incluyendo las acciones que ocurren en alta mar, y que el cumplimiento de la obligación de no devolución requiere de una evaluación personal del riesgo de sufrir daños, lo que hace que las expulsiones colectivas no sólo sean ilógicas sino también inaceptables).