



IEESFORD

Ministerio de Relaciones Exteriores

LA MIGRACIÓN SALVADOREÑA: ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DE PROTECCIÓN EN MATERIA MIGRATORIA

Trabajo de graduación de Gloria Evelyn Martínez Ramos para la obtención del grado académico de Maestro en Diplomacia del Instituto Especializado de Educación Superior para la Formación Diplomática, aprobado por el jurado de tesis el 15 de diciembre de 2016.



IEESFORD

Ministerio de Relaciones Exteriores

**INSTITUTO ESPECIALIZADO DE EDUCACIÓN SUPERIOR PARA LA
FORMACIÓN DIPLOMÁTICA**

Trabajo de postgrado para optar al título de Maestría en Diplomacia

**LA MIGRACIÓN SALVADOREÑA: ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS DE PROTECCIÓN EN MATERIA
MIGRATORIA**

AUTORA

GLORIA EVELYN MARTÍNEZ RAMOS

ASESOR

DR. SALVADOR MENÉNDEZ LEAL

Antiguo Cuscatlán, La Libertad.

2017

PRESIDENTE DEL CONSEJO ACADÉMICO

Ingeniero Hugo Roger Martínez Bonilla

RECTORA

Maestra Claudia María Samayoa Herrera

SECRETARIA GENERAL

Maestra Nelly Yohana Cuéllar

ASESOR DE LA TESIS

Dr. Salvador Menéndez Leal

Antiguo Cuscatlán, febrero de 2017

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO I. LA MIGRACIÓN SALVADOREÑA	20
1.1. Antecedentes históricos de la migración salvadoreña	22
1.2. Caracterización de la población migrante	30
1.3. El fenómeno migratorio salvadoreño en la actualidad	33
CAPÍTULO II. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS	40
2.1. Origen y evolución del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos	42
2.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos	43
2.2.1. Composición, estructura y funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.	43
2.2.2. Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Casos individuales.	44
2.2.2.1. <i>Peticiones respecto Estados parte de la Convención Americana sobre derechos humanos.</i>	45
2.2.2.2. <i>Peticiones respecto Estados que no son parte de la Convención Americana sobre derechos humanos.</i>	48
2.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos	48
2.3.1. Composición, estructura y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	48
2.3.2. Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casos individuales.	49
CAPÍTULO III. OBLIGACIONES JURÍDICAS DE LOS ESTADOS: DERECHOS DE LA PERSONA MIGRANTE EN EL SISTEMA JURÍDICO INTERAMERICANO	52
3.1. Marco declarativo y convencional	54
3.1.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.	54
3.1.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.	55
3.1.3. Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).	57
CAPÍTULO IV. ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN A PERSONAS MIGRANTES	60
4.1. La persona migrante como sujeto de derecho en condición de vulnerabilidad	62
4.2. Estándares de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos	64
4.2.1. El principio de igualdad y no discriminación.	64
4.2.2. Derecho a solicitar asilo y recibir refugio.	65
4.2.2.1. <i>Niñas y niños solicitantes de refugio y asilo.</i>	67
4.2.3. Derecho a la libertad personal.	68
4.2.3.1. <i>Excepcionalidad y no arbitrariedad de la detención por razones migratorias.</i>	69
4.2.3.2. <i>Principio de legalidad en la privación de libertad de personas migrantes.</i>	71

4.2.3.3. <i>Obligación de informar de los motivos de la privación de libertad a la persona migrante.</i>	71
4.2.3.4. <i>Obligación de poner a la persona migrante privada de libertad a disposición de autoridad judicial competente, para la revisión judicial de la medida y acceso a recursos efectivos.</i>	71
4.2.3.5 <i>Solicitantes de asilo.</i>	73
4.2.4. Derecho al debido proceso y acceso a la justicia.	77
4.2.4.1. <i>Derecho a la defensa técnica.</i>	79
4.2.4.2. <i>Derecho de acceso efectivo a la asistencia consular.</i>	79
4.2.4.3. <i>Debido proceso en procedimientos migratorios que involucren niñas y niños.</i>	80
4.2.5. Derecho a un trato humano durante la detención.	81
4.2.5.1. <i>Derecho a la atención médica.</i>	83
4.2.5.2. Derecho a la separación de personas acusadas o condenadas por delitos penales.	83
4.2.5.3. <i>Derechos específicos de los solicitantes de asilo en detención.</i>	85
4.2.6 Derecho a la vida familiar, a la privacidad y a la inviolabilidad del domicilio.	86
4.2.7. Derechos laborales de los migrantes.	87
4.3. Relatoría sobre los derechos de los migrantes	88
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	90
ANEXOS	94
REFERENCIAS	98

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 1.1	<i>Emigrantes salvadoreños en el continente americano alrededor de 1970, 1980, 1990 y 2000</i>	24
TABLA 1.2	<i>Estimación de población salvadoreña residente Estados Unidos</i>	25
TABLA 1.3	<i>Salvadoreños residentes en el exterior al 2016</i>	26
TABLA 1.4	<i>Deportación/retorno de salvadoreños 1999-2005</i>	27
TABLA 1.5	<i>Deportación/retorno de salvadoreños 2011-2016</i>	28
TABLA 1.6	<i>Causas de la migración de personas adultas salvadoreñas 2011-2016 retornadas vía aérea</i>	31
TABLA 1.7	<i>Causas de la migración de personas adultas salvadoreñas 2011-2016 retornadas vía terrestre</i>	32
TABLA 1.8	<i>Detenciones de NNA no acompañados en Estados Unidos en el sector suroeste de la frontera. Años Fiscales 2011-2014</i>	34
TABLA 1.9	<i>Niños, niñas y adolescentes migrantes retornados en 2015</i>	35
TABLA 1.10	<i>Niños, niñas y adolescentes retornados en 2015 por rango de edad</i>	35

ÍNDICE DE GRÁFICAS

GRÁFICA 1.1	<i>Salvadoreños deportados/retornados vía aérea de enero de 2011 a agosto de 2016</i>	29
GRÁFICA 1.2	<i>Salvadoreños deportados/retornados vía terrestre de enero de 2011 a agosto de 2016</i>	29
GRÁFICA 1.3	<i>Nacionalidad de origen de los NNA migrantes</i>	34
GRÁFICA 1.4	<i>Cifras de mujeres salvadoreñas retornadas 2013-2015</i>	36

SIGLAS

ACNUR	Agencia de la ONU para los refugiados
CEJIL	Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DGME	Dirección General de Migración y Extranjería
MRREE	Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador
NNA	Niñas, niños y adolescentes
OEA	Organización de Estados Americanos
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
PDDH	Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
USCRI (en inglés)	Comité de los Estados Unidos para los Refugiados y los Migrantes
UTEC	Universidad Tecnológica de El Salvador

RESUMEN

El presente trabajo de tesis buscó determinar si la persona migrante es sujeto especial de protección conforme a los estándares del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Para dotar de un contexto a esta investigación, primero se abordó el fenómeno de la migración salvadoreña, a partir del análisis de sus causas, las características que esta presenta y el estado actual de este fenómeno. Asimismo, se analizó el desarrollo y evolución del marco jurídico interamericano, declarativo y convencional, que ante la ausencia de un instrumento regional específico sobre personas migrantes, es el marco general que determina los derechos y libertades fundamentales que le son reconocidos a la persona migrante y las correspondientes obligaciones de los Estados de origen, tránsito y destino.

Dado que la interpretación del marco jurídico interamericano y la consideración de las obligaciones jurídicas que este genera para los Estados, corresponde a los órganos que integran el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos -Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos- sus informes, resoluciones y opiniones consultivas, fueron también parte del análisis en esta investigación. Finalmente, se realizó una aproximación al trabajo de la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como parte de la estructura del sistema de protección regional con respecto a las personas migrantes.

Palabras clave: migrante, migración, derechos, sistema interamericano, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ABSTRACT

This thesis sought to determine if the migrant is subject to special protection under the standards of the Inter-American System of Human Rights Protection. To provide a context to this research, the phenomenon of Salvadoran migration was first approached, based on the analysis of its causes, the characteristics that it presents and the current state of this phenomenon. Also, the development and evolution of the inter-American, declarative and conventional legal framework was analyzed, that in the absence of a specific regional instrument on migrants, is the general framework that determines the rights and fundamental freedoms that are recognized to the migrant and the corresponding obligations of States of origin, transit and destination.

Considering that the interpretation of the inter-American legal framework and the legal obligations it generates for States, corresponds to the organs of the Inter-American System of Human Rights Protection -Inter-American Commission on Human Rights and Inter-American Court of Human Rights- their reports, resolutions and advisory opinions were also part of the analysis in this research. Finally, was analyzed the work of the Rapporteur on the Rights of Migrants of the Inter-American Commission on Human Rights, as part of the regional system structure protection from migrants.

Key words: migrant, migration, rights, Inter-American System, Inter-American Commission on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights.

INTRODUCCIÓN

La migración salvadoreña: estándares interamericanos de protección en materia migratoria, es el título de la presente tesis, preparada para la conclusión de los estudios de Maestría en Diplomacia del Instituto Especializado de Educación Superior para la Formación Diplomática (IEESFORD).

El problema objeto de investigación de esta tesis es determinar si la persona migrante¹ es sujeto especial de protección conforme a los estándares del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos, ya que a pesar de que la migración es un fenómeno histórico², se desarrolla a partir de contextos y dinámicas actuales y se encara por los Estados desde perspectivas nacionales fuertemente influenciadas por el concepto de seguridad nacional, que le dotan de características particulares y que imponen retos a los Estados para equilibrar el ejercicio de sus potestades soberanas y el cumplimiento de sus obligaciones jurídicas, lo que hace necesario determinar el alcance de estas últimas, a partir de un mirada a las orientaciones del sistema jurídico interamericano de protección a derechos humanos.

En lo que respecta al fenómeno migratorio salvadoreño, para el 2005 el Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador estimaba una cifra cercana a los 3.3 millones de salvadoreños distribuidos en diferentes partes del mundo (PNUD, 2005); para el 2009 esta cifra -contrario a la dinámica en ascenso de la migración de salvadoreños- sería estimada en 2.8 millones por el mismo Ministerio y al menos el 90% de ese total se encontraría en Estados Unidos³, mientras que para el 2015 la cifra estimada sería de 3.1 millones. En cualquier caso, esta cifra resulta considerable si se compara con el dato arrojado por el VI Censo de Población realizado en el 2007 en El Salvador, que determinó que a ese año, la población del país

¹ Si bien a nivel internacional no hay una definición universalmente aceptada del término “migrante”. Este término abarca usualmente todos los casos en los que la decisión de migrar es tomada libremente por la persona concernida por “razones de conveniencia personal” y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello. Así, este término se aplica a las personas y a sus familiares que van a otro país o región con miras a mejorar sus condiciones sociales y materiales y sus perspectivas y las de sus familias. (OIM, 2006).

De acuerdo a la CEPAL (2000) dentro de la categoría de “migrante” deben reconocerse también a quienes están en situación irregular o indocumentada, ya que la migración irregular es un fenómeno que está transformándose en una crisis mundial. De la definición precedente se desprende que la definición de “migrante” y “trabajador migrante” no se refieren a refugiados, exiliados y otros obligados a dejar sus hogares.

² Para la OIM (2006), la migración es entendida como el movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas, migrantes económicos.

La migración también es entendida como “(...) los desplazamientos de personas que tienen como intención un cambio de residencia desde un lugar de origen a otro de destino, atravesando algún límite geográfico que generalmente es una división político- administrativa”. (Ruiz, 2002 como se citó en Guzmán, 2005, p. 6).

³ Corresponde a cifras oficiales del Viceministerio de Relaciones Exteriores para los Salvadoreños en el Exterior, presentadas en el marco del Seminario Regional Avances y acciones clave para la implementación del Programa de Acción de El Cairo, a 15 años de su aprobación, desarrollado en octubre de 2009, en Santiago de Chile.

alcanzaba los 5.7 millones de habitantes; así como con el dato que para el 2014 estimó la Encuesta de Hogares y Propósitos Múltiples⁴, de una población de 6.4 millones de habitantes.

El Salvador es un país con una migración histórica, que en las décadas de los años setenta y ochenta tuvo un crecimiento permanente hacia los Estados Unidos, principalmente como resultado del conflicto armado interno, lo que provocó impactos muy importantes en la vida del país (MRREE, 2011). La finalización del conflicto armado interno en 1992 no produjo una reducción en la migración, por el contrario, esta presentó un aumento a partir de los años 90 como una tendencia general en la región centroamericana. (Redodem, 2014).

Un alto porcentaje de la migración salvadoreña tiene un carácter irregular⁵, así en 2012 se calcularon en 55 mil las personas que intentaron migrar de forma irregular hacia Estados Unidos y además se registraron más de 25 mil personas que habrían sido sujetos de una deportación en ese mismo año (USCRI y UTEC, 2013). El carácter irregular de la migración, tiene amplias consecuencias en las características, los riesgos y las vulnerabilidades de los migrantes (OIM, 2014), quienes en el proceso de tránsito e ingreso a un país de destino y en la etapa de retorno producto de una deportación, pueden enfrentar vulneraciones a los derechos que les son inherentes. Los procesos deportación tienen como presupuesto previo la privación de libertad de la persona, generalmente ordenada por una autoridad administrativa.

Frente a esta situación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también la Comisión o CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también Corte IDH o CoIDH) órganos que integran el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, han desarrollado en su doctrina y jurisprudencia, con fundamento en los instrumentos jurídicos interamericanos relacionados con el tema, el contenido y el alcance de las obligaciones de los Estados hacia las personas migrantes.

Diversos temas han sido cubiertos por los estándares interamericanos de derechos humanos, entre estos: la pautas que rigen sus condiciones de detención en los procesos migratorios, las reglas del debido proceso que deben regir los trámites migratorios, las garantías de defensa legal frente a decisiones de deportación individual y colectivas, el acceso a los derechos sociales básicos de los migrantes en situación irregular y, en especial, sus derechos laborales básicos. Las políticas migratorias, así como otras políticas públicas que afecten a la población migrante deberían gradualmente ajustarse y armonizarse con lo establecido en el derecho internacional de los derechos humanos, considerando para ello, entre

⁴ La Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples es un instrumento estadístico para el seguimiento de indicadores relacionados con las condiciones socioeconómicas y demográficas de la población salvadoreña. El marco muestral para esta encuesta fue de 1,676,002 viviendas.

⁵ De acuerdo a la OIM (2006), la migración irregular es la referida a personas que se desplazan al margen de las normas de los Estados de envío, de tránsito o receptor. No hay una definición universalmente aceptada y suficientemente clara de migración irregular. Desde el punto de vista de los países de destino significa que es ilegal el ingreso, la estadía o el trabajo, es decir, que el migrante no tiene la autorización necesaria ni los documentos requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país. Desde el punto de vista de los países de envío la irregularidad se observa en los casos en que la persona atraviesa una frontera internacional sin documentos de viaje o pasaporte válido o no cumple con los requisitos administrativos exigidos para salir del país. Hay sin embargo una tendencia a restringir cada vez más el uso del término de migración ilegal a los casos de tráfico de migrantes y trata de personas.

otras fuentes, el cuerpo de principios, estándares y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (OIM, 2007).

Las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Protección constituyen una orientación para la transformación de la legislación y de la práctica en los diferentes países de la región, con el fin de proteger y garantizar efectivamente los derechos humanos de las personas migrantes.

Por tal razón, la investigación, que es contextualizada a partir de la descripción del fenómeno migratorio salvadoreño considerando su historicidad y estado actual, se centra además en las decisiones de los órganos que integran el Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se analizan también informes de la Comisión y se consideran resoluciones y opiniones consultivas de la Corte IDH, a fin de establecer el avance en la doctrina y jurisprudencia de ambas instancias, en lo que a la protección de los derechos de los migrantes corresponde.

La doctrina y jurisprudencia relevante y objeto de análisis es la que haya definido estándares de protección y haya reconocido como sujeto de derechos a personas migrantes internacionales⁶, por lo que se excluye lo correspondiente a la movilidad humana al interior de un Estado⁷, por desplazamiento interno forzado o cualquier otra causa.

El tema planteado es de singular importancia, dado que el fenómeno migratorio, con las características y particularidades propias del contexto actual, ha cobrado interés en los diálogos políticos regionales y mundiales; pero además, porque en la dinámica de la migración, el ejercicio de potestades soberanas de los Estados de regular sus fronteras y de determinar sus políticas migratorias debe encontrar una correspondencia con la obligación de garantía y protección de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción, independientemente de su situación migratoria. Así, la crisis generada en 2014 en la región centroamericana, con el incremento de la niñez migrante no acompañada hacia Estados Unidos, evidenció la existencia de retos para la actuación estatal, vinculados con la especial

⁶ La OIM (2006) define la migración internacional como el movimiento de personas que dejan su país de origen o en el que tienen residencia habitual, para establecerse temporal o permanentemente en otro país distinto al suyo. Estas personas para ello han debido atravesar una frontera. No existe ninguna definición universalmente válida de “migrante internacional”; en este término amplio, cabe citar, entre otros, a los trabajadores migratorios, los migrantes en situación irregular, los solicitantes de asilo y los refugiados, los apátridas, las víctimas de la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, advirtiendo al mismo tiempo que muchas de estas categorías de personas se encuentran bajo la protección de marcos jurídicos internacionales específicos. La CoIDH (2014) ha advertido que la migración internacional es un fenómeno complejo que puede involucrar a dos o más Estados, entre países de origen, de tránsito y de destino, tanto de migrantes como de solicitantes de asilo y refugiados.

De acuerdo a Keeley (2012) la migración internacional es un término general que cubre el fenómeno de la emigración -referida a las personas que dejan su país por largos periodos o en forma permanente- y la inmigración -que tiene que ver con la gente que llega a un sitio-.

⁷ La OIM (2006) define la migración interna como el movimiento de personas de una región a otra en un mismo país con el propósito de establecer una nueva residencia. Esta migración puede ser temporal o permanente. Los migrantes internos se desplazan en el país pero permanecen en él.

vulnerabilidad de determinados grupos de la población, frente a los cuales se generan obligaciones de protección para los Estados.

Debido a que el objetivo central de la tesis es establecer si la persona migrante es un sujeto especial de protección de acuerdo a los estándares del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos, se han definido como objetivos específicos:

1. Analizar el fenómeno de la migración salvadoreña a partir de su historicidad y estado actual.
2. Analizar los orígenes y la evolución del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos, definiendo la estructura, funcionamiento y procedimiento de los órganos que lo integran, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
3. Revisarlos instrumentos interamericanos relevantes para la protección y garantía de los derechos humanos de las personas migrantes.
4. Analizar los estándares de protección de las personas migrantes en general o como parte de grupos poblacionales específicos en el Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos y su evolución a partir de decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dado que la investigación busca determinar si la persona migrante es sujeto titular derechos, se desarrolla tomando como base las normas de derechos humanos y las decisiones de instituciones internacionales creadas para su supervisión, por lo que el enfoque de derechos humanos es un enfoque central de la investigación.

Asimismo, analizar en su integridad el fenómeno migratorio exige aplicar un enfoque de género, que permita aproximarse a un análisis bajo la comprensión de realidades y vulnerabilidades diferenciadas entre hombres y mujeres, las garantías de protección específicas y las obligaciones estatales derivadas de ello, por lo que la investigación persigue estar dotada de este segundo enfoque, ya que “la comprensión de la dimensión de género permite analizar el entorno social, político, económico y cultural en el que se desarrollan las migraciones humanas, identificar las diferencias y particularidades que existen en la movilización de mujeres y hombres y mirar en qué medida la condición de género determina la trayectoria laboral, las vivencias y las percepciones que tienen las mujeres sobre su experiencia migratoria”. (Camacho, 2009, p. 36).

La investigación desarrollada en la presente tesis comprende el análisis de fuentes secundarias, a partir de una revisión documental de los instrumentos jurídicos interamericanos y de la doctrina y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, para efecto de determinar la evolución de los estándares de protección hacia la persona migrante.

Además, se hace uso de una técnica cualitativa, con la recolección de información primaria a través de entrevistas con funcionarios responsables del tema migratorio en la Cancillería salvadoreña, de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, de organismos internacionales y de organizaciones de la sociedad civil, vinculadas al tema

migratorio, para situar la investigación en el contexto de la migración de las personas salvadoreñas y sus necesidades de protección.

Es utilizado además como recurso la formulación de solicitudes de acceso a la información pública, con base en la Ley de Acceso a la Información Pública de El Salvador, ante la Dirección General de Migración y Extranjería y el Ministerio de Relaciones Exteriores, para la obtención de información de naturaleza oficial respecto al fenómeno migratorio salvadoreño.

CAPÍTULO I. LA MIGRACIÓN SALVADOREÑA

Determinar cuál es la evolución que ha presentado la migración salvadoreña a través de los años permite poner en contexto el desarrollo de la presente investigación y facilita la comprensión del carácter dinámico del fenómeno migratorio, que ha llevado a la evolución del sistema jurídico de protección de las personas migrantes, por lo que el objetivo del presente capítulo es el análisis de la migración salvadoreña desde la determinación de su características actuales, incluyendo las causas que la motivan y de la consideración de la historicidad del fenómeno migratorio salvadoreño.

1.1. Antecedentes históricos de la migración salvadoreña

La decisión de emigrar⁸ de una persona puede estar motivada por multiplicidad de factores como la búsqueda de mejores oportunidades de trabajo; la mala gobernanza; la corrupción; la carencia de servicios públicos como educación y salud; desequilibrios demográficos; conflictos; factores ambientales; y la existencia de comunidades organizadas de migrantes en los países de destino o redes de familiares en el extranjero, que facilitan el proceso migratorio de otras personas (OIM, 2013).⁹

De acuerdo a la CIDH (2015), la migración¹⁰ de personas hacia Estados Unidos combina una serie de factores de expulsión y de atracción. Como factores de expulsión se identifica la discriminación resultante de diversas formas de violencia, pobreza, desigualdad económica y de género, así como de los efectos de desastres naturales en sus países de origen, mientras que los factores de atracción incluyen la reunificación familiar, mejor trabajo y oportunidades educativas, mayores niveles de seguridad humana y la posibilidad de un mejor nivel de vida.

En el caso de la migración de personas salvadoreñas, esta es de larga data. El conflicto armado interno, la exclusión de los modelos de desarrollo económico implementados y la ocurrencia de eventos naturales, han provocado históricamente movimientos poblacionales en El Salvador (Fundación Arias, 2000). Estos movimientos durante el último siglo se han desarrollado en diferentes etapas, atendiendo a las causas que la motivaron y las características de sus flujos (PNUD, 2005).

La migración de personas salvadoreñas durante los años 1920 a 1969, tuvo una característica económica, ya que estuvo impulsada por la falta de acceso a la tierra y a las oportunidades de empleo. Durante la década de 1930 unos 25 mil salvadoreños emigraron, en

⁸ Según OIM (2006) la emigración es el “acto de salir de un Estado con el propósito de asentarse en otro. Las normas internacionales de derechos humanos establecen el derecho de toda persona de salir de cualquier país, incluido el suyo. Sólo en determinadas circunstancias, el Estado puede imponer restricciones a este derecho. Las prohibiciones de salida del país reposan, por lo general, en mandatos judiciales.”

⁹ En su informe de 2016, el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, advirtió que algunos migrantes se ven “obligados a migrar como resultado de factores de expulsión, tales como la pobreza, la discriminación, la violencia, los conflictos, los disturbios políticos y la mala gobernanza, y de factores de atracción, como, por ejemplo, necesidades laborales oficiales o no reconocidas, [...] o para la reunificación familiar.”

¹⁰ La migración es definida por la OIM (2006) como el “movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas y migrantes económicos.

la siguiente década ese número ascendió a 40 mil y para los años sesentas el número de migrantes salvadoreños alcanzó los 350 mil (Winschuh como se citó en PNUD 2005). Esta tendencia fue potenciada por factores como el cultivo de algodón a gran escala en la planicie costera del país, lo que motivó la migración de población campesina en busca de tierra. El flujo migratorio estuvo dirigido hacia la misma zona centroamericana, a la parte norte de Honduras, donde se desarrollaron las plantaciones de banano de la *United Fruit Company* (PNUD, 2005).

En la época de la Segunda Guerra Mundial Estados Unidos y Panamá también recibieron un importante flujo de salvadoreños. Panamá demandó mano de obra no calificada al ser el principal paso de insumos para el ejército norteamericano y sus aliados, mientras que Estados Unidos debió suplir la ausencia de los hombres que prestaron servicio militar, por lo que para 1941 obreros del puerto de Acajutla se dirigieron hacia la Bahía de San Francisco y hacia el Canal de Panamá (PNUD, 2005). En esa época también se desarrolló una migración hacia Europa en menor escala, de la clase alta y media alta de la sociedad, por motivos como educación, salud, turismo, entre otros.

La etapa de la migración salvadoreña desarrollada entre 1970 y 1979, de acuerdo al PNUD (2005), estuvo motivada por la carencia de tierras para trabajar, la falta de empleo y oportunidades, la violencia política, la inseguridad social y las expectativas de trabajo en el país de destino, aunque factores de carácter político, tales como la persecución y la falta de garantías para personas vinculadas a movimientos sindicales, comunitarios y de oposición, también estuvieron presentes en menor medida.

Además, se vivía un contexto de gran presión social generada por la situación de los salvadoreños retornados a consecuencia del conflicto armado con Honduras en 1969. En el territorio hondureño vivían de forma irregular 219,619 salvadoreños (Alonso y Slutzky, 197; citado en Ramos, 2015) y su retorno a El Salvador significó demandas de salud, educación, albergues, entre otros. Los fraudes electorales y la represión política también marcaron esta época, todo lo cual generó una migración hasta ese entonces sin precedentes hacia los Estados Unidos de Norte América, cuya legislación permitió la regularización de esos migrantes que luego constituyeron redes de apoyo a la migración regular e irregular de personas salvadoreñas (PNUD, 2005).

Los salvadoreños lograron consolidar una amplia red de relaciones sociales, que comprenden el parentesco, la amistad y el paisanaje y que se encuentran fundadas en la confianza, reciprocidad, amistad y solidaridad y que han permitido la autoperpetuación de la migración no solo hacia Estados Unidos sino hacia cualquier país con una comunidad de personas salvadoreñas (Anguiano y Cardoso, 2012 como se citó en UTEC, 2014).

Desde un enfoque de redes migratorias, para que la migración se produzca es necesario que exista una relación de interdependencia entre las zonas de origen y destino, relaciones sociales y familiares que cumplen una función de transmisión constante de información y construcción de imaginarios y de facilitación de contactos, recursos económicos y apoyo para el proceso de inserción en el nuevo destino (Camacho, 2009), de forma que “las redes de migración son el principal mecanismo que hace de la migración un fenómeno que se perpetúa a sí mismo” (Arango, 2000 como se citó en Camacho, 2009).

Una etapa comprendida del año 1980 a 1991, estuvo marcada por el conflicto armado interno en El Salvador y el contexto de inestabilidad social, enfrentamientos, reclutamientos forzosos y una crítica situación económica, lo que generó una migración masiva. En esta etapa la migración hacia Estados Unidos se desarrolló apoyada por personas que llegaron a ese país entre los años sesenta y sesenta, y que pudieron optar a programas de reunificación familiar y a facilidades otorgadas por la legislación estadounidense, como la Ley para la Reforma y Control de la Inmigración (Immigration Reform and Control Act -IRCA- por sus siglas en inglés) de 1986. Países europeos también facilitaron programas para perseguidos políticos y programas regulados de migración hacia Canadá y Australia (PNUD, 2005).

El fin de la guerra en El Salvador, con la firma de los Acuerdos de Paz en 1992, permitió el retorno de emigrados por diversas causas, pero no significó el fin de la migración externa, ya que persistieron factores tales como la falta de empleo, la falta de oportunidades para el desarrollo de actividades productivas, el aumento de los niveles de desigualdad y el reinicio de la confrontación política (PNUD, 2005). La desaceleración de la economía a partir de 1996, la crisis de rentabilidad de la agricultura, la caída de los precios internacionales del café, los estragos de huracán Mitch en 1998, los dos terremotos de 2001 y la ola delincencial que azotaba al país, fueron factores que también constituyeron un incentivo para la migración salvadoreña (PNUD, 2005), la cual se desarrolló como parte de un fenómeno migratorio en aumento desde los años 90 en la región centroamericana y que tuvo como principal causa razones económicas, entre otras diversas e igualmente complejas (Redodem, 2014).

TABLA 1.1
Emigrantes salvadoreños en el continente americano alrededor de 1970, 1980, 1990 y 2000

Década	Total	Dentro de Centroamérica	Fuera de Centroamérica
Setenta	73,641	55,649	17,992
Ochenta	127,450	27,344	100,106
Noventa	519,314	35,313	484,001
Dos mil	887,000 - 2,750,000	63,000 - 85,000 *	817,000 - 2,680,000*

* Cifras máximas y mínimas.

Fuente: PNUD, 2005.

La tabla 1.1 refleja que durante los años setentas la migración de personas salvadoreñas estuvo orientada hacia la región centroamericana, lo que se modificó sustancialmente en los años ochentas y dos mil. El ritmo en el incremento de la migración también se ha acelerado, ya que entre los años setenta y ochenta creció un 73%, y entre la década de los ochenta y noventa creció 307%.

No obstante estos datos, las cifras de la migración salvadoreña son difíciles de determinar, como lo evidencia la falta de coincidencia entre las estadísticas de Estados Unidos

sobre migrantes salvadoreños residentes en ese país y los datos estimados de El Salvador, que son de dos a cuatro veces mayor (PNUD, 2005).

TABLA 1.2
Estimación de población salvadoreña residente Estados Unidos

Población salvadoreña		1960	1970	1980	1990	2000	2010	2011	2013	2015
En El Salvador	DIGESTYC	2,578,400	3,598,232	4,585,925	5,110,176	6,276,037	5,744,113			
En Estados Unidos	Conteo directo del censo de EEUU	6,300	15,717	94,447	465,433	654,957	1,648,968			
	Cifras ajustadas del censo y de las encuestas sobre la comunidad de la Oficina del Censo (Pew Hispanic Center)					958,487	1,827,000*	1,952,000*	1,975,000*	
	Estimado del MRREE					2,510,000		2,587,767		3,100,506

* Cifras redondeadas

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del PNUD (2005), datos directos del censo de Estados Unidos, de los análisis del Centro de Investigaciones Pew, del censo de población de El Salvador de 2007, de información de la UTEC (2014) y del Ministerio de Relaciones Exteriores (2016).

La tabla 1.2 presenta una estimación de la población salvadoreña residente en Estados Unidos, con base en información del censo de Estados Unidos, sobre el cual diversos investigadores han propuesto correcciones, sin alterar la cifra global de censados, para obtener datos de población por nacionalidad, a partir de las cifras de hispanos y latinos del censo.

El conteo directo del censo de Estados Unidos para el año 2000¹¹, indicó que la población salvadoreña era de 655,165, pero como se observa, los datos estimados por parte de

¹¹ Los datos del Censo de Estados Unidos del año 2000, se presentan en <https://www.census.gov/main/www/cen2000.html>.

El Salvador a esa fecha eran de 2.5 millones, muy por encima de los 1.6 millones que el censo de Estados Unidos llegó a determinar para el año 2010.

Para 2005 el Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador estimaba una cifra cercana a los 3.3 millones de salvadoreños distribuidos en diferentes partes del mundo. De esta cifra, el 88%, equivalente a 2.9 millones se habría concentrado en los Estados Unidos (PNUD, 2005). Esta cifra ha variado, pues para 2015 la cifra estimada de salvadoreños en el exterior por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores es de 3.1 millones, lo que evidencia la falta de datos exactos sobre este fenómeno.

TABLA 1.3
Salvadoreños residentes en el exterior al 2016

Pais de residencia	Población salvadoreña	Porcentaje de población
EUA	2,899,607	93.52%
Canadá	84,263	2.72%
Australia	20,013	0.65%
España	16,054	0.52%
Italia	15,083	0.48%
México	11,222	0.36%
Guatemala	9,754	0.31%
Costa Rica	9,703	0.31%
Belice	7,729	0.25%
Honduras	6,931	0.22%
Resto del mundo	20,147	0.65%
Total	3,100,506	100%
Fuente: Ministerio de Relaciones Exteriores. Dirección General del Servicio Exterior y Dirección General de Vinculación (2016). Estudio exploratorio para calcular la población salvadoreña residente en el exterior.		

Si bien los datos sobre población salvadoreña en Estados Unidos ponen en evidencia que la migración de personas salvadoreñas hacia ese destino ha sido una constante que ha crecido en dimensión durante diferentes épocas y contextos, otros países también han formado parte de los destinos escogidos por los salvadoreños, como se observa en la tabla 1.3.

Los datos de esta tabla demuestran que la migración de personas salvadoreñas ha estado orientada principalmente hacia Estados Unidos, en donde reside más del 93% de la población total de salvadoreños en el exterior, seguido de Canadá en donde el porcentaje de los salvadoreños respecto del total es de 2.72%. Como se observa además, Australia y países de Europa también han sido destino de población salvadoreña, pero en cifras muy pequeñas en comparación al total. La región centroamericana y México también han sido un destino de la migración de personas salvadoreñas, pero a diferencia de las características del fenómeno migratorio de los años sesenta, cuando la región centroamericana era uno de los destinos principales, ahora representa solo un pequeño porcentaje de entre 0.22% y 0.31%, por lo que en su mayoría, el análisis del fenómeno de la migración salvadoreña se centra en la migración dirigida hacia Estados Unidos.

El flujo migratorio de personas salvadoreñas es analizado principalmente a partir de cifras de deportaciones, dado que el carácter irregular de la migración impide la obtención de cifras acabadas de las personas que migran. El registro de personas deportadas ayuda a la medición de la magnitud del flujo migratorio de salvadoreños en época más reciente, en especial hacia Estados Unidos, ya que de acuerdo al PNUD (2005), estas deportaciones alcanzarían a conformar la mitad del flujo irregular.

Las personas documentadas como deportadas, son las sujetas a procesos migratorios en terceros Estados y que su ingreso a El Salvador es registrado por la Dirección General de Migración y Extranjería (DGME). Las deportaciones, como se observa en la tabla 1.4 en su mayoría tienen lugar desde Estados Unidos, pero estas también se realizan desde México y Guatemala, considerados países de tránsito en la ruta migratoria.

TABLA 1.4
Deportación/retorno de salvadoreños 1999-2005

	EEUU	Canadá	México	Guatemala	Otros	Todos
1999	2,666	23	464	984	79	4,216
2000	3,994	24	97	163	161	4,439
2001	3,153	35	145	35	77	3,445
2002	3,621	28	16,802	155	135	20,741
2003	5,214	22	28,318	36	99	33,689
2004	6,248	25	29,722	582	121	36,698
2005	3,214	7	23,002	142	78	26,443
Total	28,110	164	98,550	2,097	750	129,671

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del PNUD (2005).

Dado que Estados Unidos es el principal destino de la migración salvadoreña, las deportaciones en su mayoría son procedentes de ese país, como se presenta en la tabla 1.4 y sobre la dinámica presentada por las deportaciones, es importante advertir que desde mediados de los noventa Estados Unidos intensificó sus esfuerzos de deportación de inmigrantes indocumentados y de residentes legales permanentes con condenas penales, por lo que en 1996 fueron aprobadas la Ley de Reforma de la Inmigración Ilegal y de Responsabilidad de los Inmigrantes (IIRIRA por sus siglas en inglés) y la Ley de Antiterrorismo y Pena de Muerte Efectiva (AEDPA por sus siglas en inglés), que implementaron un enfoque más riguroso de la política de inmigración, ampliando el uso de la detención obligatoria sin fianza y la lista de delitos que tienen como consecuencia la deportación obligatoria de migrantes autorizados (CIDH, 2010).

A partir del 2002, las cifras de deportaciones desde Estados Unidos y México, presentan un aumento significativo. Como se observa en los datos consolidados del cuadro 1.4, entre 1999 y 2001, las deportaciones promediaban 4 mil 33 al año, pero a partir del 2002 México comenzó a deportar un promedio de 28 mil 700 salvadoreños al año. Estados Unidos también duplicó la cifra de deportaciones de personas sin antecedentes.

El 2003 y 2004 fueron años en los que las deportaciones promediaron casi 3 mil por mes, lo que significa que de considerarse esta cifra como la mitad del flujo irregular, un promedio de 6 mil personas por mes abandonaban el país en esa época.

Esta tendencia vuelve a presentarse a partir de 2012, como se observa en la tabla 1.5 y en las gráficas 1.1 y 1.2, ya que el número de deportaciones sobrepasa una vez más las 30 mil e incluso supera en 2014 las 50 mil deportaciones, lo que se repite en 2015 y parece ser un tendencia instalada para 2016, ya que para agosto de este año la cifra de deportaciones era ya superior a las 33 mil personas, como se refleja en la tabla 1.5.

TABLA 1.5
Deportación/retorno de salvadoreños 2011-2016

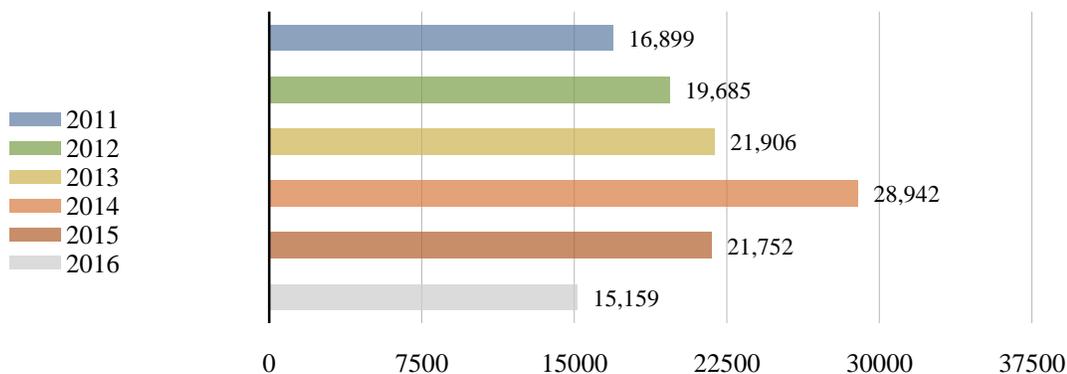
Año	Vía aérea		Vía terrestre		Todos
	Adultos	NNA	Adultos	NNA	
2011	16,763	136	8,946	—	25,845
2012	19,517	168	11,067	1,059	31,811
2013	21,581	325	12,719	1,431	36,056
2014	28,094	848	18,218	4,099	51,259
2015	19,901	1,851	24,728	5,677	52,157
2016*	13,823	1,336	14,098	3,759	33,016

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la DGME.

*Datos a agosto de 2016.

Las deportaciones o retorno de personas salvadoreñas se realiza por vía aérea y terrestre, estas cifras se presentan en las gráficas 1.1 y 1.2 que reflejan la constante en el incremento gradual de la población migrante retornada.

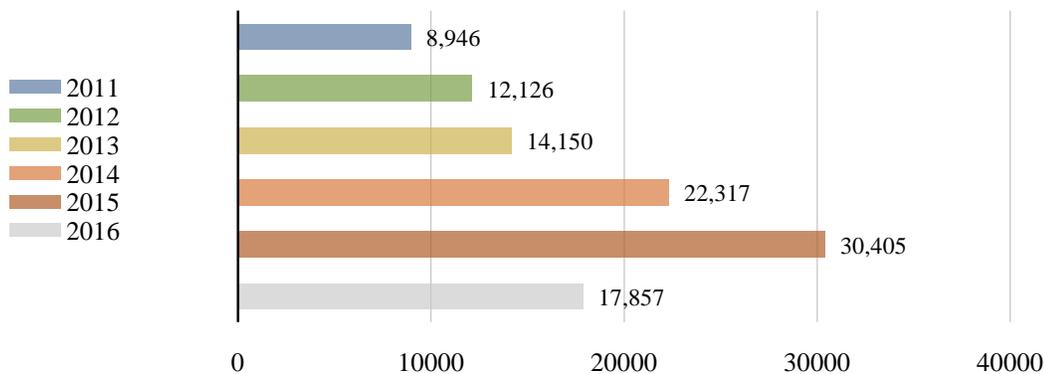
GRÁFICA 1.1
Salvadoreños deportados/retornados vía aérea de enero de 2011 a agosto de 2016



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la DGME.
Datos 2016 hasta el mes de agosto.

Los salvadoreños retornados vía terrestre también registran un número significativo, la cifra de deportados del año 2011 casi fue duplicada en 2013 y triplicada en 2014, como refleja la gráfica 1.2.

GRÁFICA 1.2
Salvadoreños deportados/retornados vía terrestre de enero de 2011 a agosto de 2016



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la DGME.
Datos 2016 hasta el mes de agosto.

1.2. Caracterización de la población migrante

El censo de Estados Unidos del año 2010¹², reflejó que la población de salvadoreños en Estados Unidos a ese año era de 1.6 millones y sus cifras ajustadas al 2013 alcanzaban ya cerca de 2 millones de salvadoreños, como se observó en la gráfica 1.2.

El análisis del perfil estadístico de los hispanos de origen salvadoreño, realizado en 2013 por el Centro de Investigaciones Pew, basado en la encuesta de la Oficina del Censo de Estados Unidos en 2013 y en una encuesta propia representativa a nivel nacional realizada en julio de 2013, estimó en 2 millones los hispanos de origen salvadoreño residiendo en Estados Unidos, cifra que se habría triplicado desde 1990, cuando el censo de Estados Unidos reflejaba una cifra de 563,000 salvadoreños (López, 2015).

De acuerdo a este análisis, para 2013 aproximadamente el 59% de los salvadoreños en los Estados Unidos, es decir seis de cada diez, eran nacidos en el extranjero. Además, la edad media estimada de los salvadoreños en Estados Unidos al momento del censo en 2010 era de 30 años, edad que se elevaba a 39 años entre los salvadoreños inmigrantes y se reducía a 12 entre los salvadoreños que eran nacidos en Estados Unidos. Los salvadoreños también presentaban el nivel de escolaridad más bajo entre la población hispana, ya que solo un 8% tenía un título de licenciatura, en comparación al 14% de la población hispana en general; sin embargo, su nivel de pobreza, que alcanzaba el 20%, era inferior al 25% de la población hispana en general (López, 2015).

Para el 2011, el 55% de los inmigrantes mayores de 25 años y provenientes de El Salvador no tenían escolaridad de bachillerato o *high school* completa (UTEC, 2013).

La mayoría de las personas migrantes salvadoreñas viajan de forma indocumentada e ingresan de forma irregular a los países de tránsito y destino (UTEC, 2013). El flujo de personas migrantes salvadoreñas indocumentadas hacia los Estados Unidos, entre los años 2012 y 2013 estuvo compuesto mayoritariamente por hombres, tomando como parámetro las repatriaciones totales que se recibieron por El Salvador en ese período, de las que el 86.5 por ciento fueron hombres y el 13.5 fueron mujeres.

Teniendo como base esta muestra, que refiere datos de los años 2013 y 2014, el nivel de escolaridad de las personas migrantes sería bajo, ya que tres de cada cuatro no tendría escolaridad o no superarían el noveno grado y además sería una población joven, en edad productiva, ya que el promedio de edad era de 27 años, aunque las categorías de 18 a 22 años y los mayores de 33 años concentrarían la mayor cantidad de población y reflejarían porcentajes casi iguales (ACNUR, 2014).

¹² Los datos del censo de Estados Unidos pueden ser revisados en la página institucional de la Oficina del Censo de Estados Unidos -U.S. Census Bureau- <https://www.census.gov/>. Los datos correspondientes a 2010 son presentados en: <http://www.census.gov/2010census/>. Asimismo, un reporte e informe específico sobre la caracterización hispana, dentro de la que se engloba la población salvadoreña se ubica en: <http://www.census.gov/prod/cen2010/briefs/c2010br-04.pdf>

Para el 2014 los migrantes salvadoreños continuaron siendo principalmente personas en edad productiva, la mitad tenían menos de 28 años al emprender su viaje de manera irregular y no existía una diferencia significativa entre el rango de edad de mujeres y hombres migrantes. (ACNUR, 2014).

TABLA 1.6
Causas de la migración de personas adultas salvadoreñas 2011-2016
retornadas vía aérea

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	Total
Factores Económicos	11120	14549	17087	22515	16003	13294	94568
Reunificación Familiar	2882	3207	3097	3141	2062	700	15089
Inseguridad	1086	1132	1159	2175	1667	1773	8992
Aventura	367	349	141	148	74	21	1100
Turismo	78	53	27	30	22	8	218
Violencia Intrafamiliar	29	31	27	68	79	37	271
Salud	10	7	13	12	4	0	46
Total	15572	19328	21551	28089	19911	15833	120284

*2016: al 30 de septiembre.

**Fuente: Sistema Integrado de Gestión Migratoria DGME.

*** En retornos aéreos, no se realiza esta consulta a niñas, niños y adolescentes.

Como se muestra en la tabla 1.6 la principal motivación de la migración entre 2011 y 2013 entre personas retornadas vía aérea fueron factores económicos. Del total de personas repatriadas por esta vía, entre los años 2011 y 2013, más del 75% lo hicieron por razones económicas, un 16.3% tuvieron como motivo la reunificación familiar y un 6% aproximadamente expresó razones de seguridad, como un factor determinante, principalmente en población joven y un 2% incluyó otros motivos como violencia intrafamiliar, turismo, salud y aventura.

Entre la población retornada vía terrestre, como se observa en la tabla 1.7 las causas de la migración también responden al factor económico, la inseguridad y la reunificación familiar como las tres principales causas de la migración. El principal factor de la migración en el período 2012-2015 ha sido el económico, con un 64.5%; la inseguridad ocupa el segundo lugar en el período, por los incrementos que esta causa presentó particularmente en los años 2014 y 2015 y que la llevó a un 17%, mientras que la reunificación familiar durante el período tuvo un porcentaje aproximado del 13%.

TABLA 1.7
Causas de la migración de personas adultas salvadoreñas 2011-2016
retornadas vía terrestre

Motivo de Emigración	2012		2013		2014		2015		total
	Adulto	Menor	Adulto	Menor	Adulto	Menor	Adulto	Menor	Todos
Factores Economicos	9215	493	10700	519	12486	903	15695	1046	51057
Inseguridad	467	23	774	101	3757	613	6389	1346	13470
Reunificación Familiar	1163	476	1076	719	1762	1446	2273	1349	10264
Aventura	132	7	89	12	64	15	124	15	458
Turismo	67	2	77	3	85	3	129	13	379
Violencia Intrafamiliar	12	1	17	2	55	19	99	18	223
Salud	6	0	6	1	8	0	18	1	40
NO APLICA	0	59	0	164	0	1100	0	1884	3207
Total	11062	1061	12739	1521	18217	4099	24727	5672	79098

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Sistema Integrado de Gestión Migratoria de la DGME.

No aplica: es el dato de niñez de 0 a 9 años.

Estas cifras corresponden a las entrevistas que la Dirección General de Migración realiza a migrantes retornados; sin embargo, el análisis de las mismas requiere tomar en consideración otros factores, ya que de acuerdo a la Directora General de Derechos Humanos de la Cancillería de El Salvador, “un número cada vez mayor de migrantes expresan la inseguridad como motivo de migración, debido a que esto incrementa la posibilidad de poder acogerse a programas de refugio en países de destino”, aunque muchos de quienes expresan esta causa no hayan interpuesto una denuncia o hecho uso de recursos internos. Asegura que “los escenarios de la migración han cambiado en el mundo, no así el escenario formal”, en referencia las reglas internacionales de protección y siendo así, “lo único que queda a los migrantes para ser escuchados es el miedo creíble y la persecución”, por lo que al ser pocas las personas que logran obtener refugio, “se presentan escenarios ocultos y subregistros”. (T. Rosa, comunicación personal, 16 de septiembre de 2016).

Por su parte, el Jefe de Misión de OIM en El Salvador, también expresa una consideración en relación con las denominadas principales causas de la migración, en el sentido de que la decisión de migrar no atiende necesariamente a un solo factor, o bien, los datos no son exactos considerando la realidad; así, un joven afectado por factores de exclusión, “a quien asesinan a un amigo cercano y tiene un familiar en Estados Unidos que lo anima a migrar, podría atribuir su migración a cualquiera de estas causas”, por lo que

caracteriza el fenómeno migratorio salvadoreño como multicausal y de larga data, histórico, con picos en factores de expulsión y factores de atracción, en el que influye la percepción del individuo sobre su seguridad. (J. Peraza, comunicación personal, 7 de octubre de 2016).

Es importante advertir que organizaciones como el Grupo de Monitoreo Independiente de El Salvador (GEMIES), en palabras de su Director Ejecutivo, procuran una visión global de fenómeno, sin el énfasis sobre las causas particulares, partiendo de la premisa de la “existencia de un hilo conductor que lleva de las escasas oportunidades de desarrollo y la falta de acceso a la justicia hacia la migración, que en todo caso supone un factor económico, porque quien migra incluye en sus objetivos la obtención de un empleo como medio de subsistencia.” (V. Sandoval, comunicación personal, 29 de septiembre de 2016).

La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos por su parte, a través de la Procuradora Adjunta de Derechos Civiles y Políticos, señala que las causas de la migración “han variado de razones económicas a razones de seguridad, aunque los principales continúan siendo el desempleo, la violencia y la reunificación familiar.” (S. Rivera, comunicación personal, 27 de septiembre de 2016).

1.3. El fenómeno migratorio salvadoreño en la actualidad

Las estadísticas de personas salvadoreñas deportadas evidencian que la migración es un fenómeno en aumento. Además, los flujos migratorios no se presentan un comportamiento lineal, sino que muestran variaciones que atienden a diversos factores, incluso expectativas derivadas de modificaciones en la política migratoria de un Estado. Esto último parece ser la razón por la que en junio de 2014 la migración salvadoreña se vio marcada por un fenómeno particular, el alarmante incremento de menores no acompañados, como una tendencia que se presentó respecto de países que conforman el Triángulo Norte de Centroamérica -Guatemala, Honduras y El Salvador- y que fue denominada una crisis humanitaria (Redodem, 2014).

De acuerdo a la CIDH (2015), entre el 1 de octubre de 2013 y el 30 de septiembre de 2014, el número de llegadas de familias con hijos y de niños, niñas y adolescentes (NNA) no acompañados a la frontera sur de los Estados Unidos aumentó drásticamente, incluso por encima de los ya crecientes niveles que se registraban desde 2011. En la tabla 1.8, que refleja las detenciones de niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera sur de Estados Unidos, se observa que El Salvador se encuentra entre los principales países de origen de niñez migrante y que en su conjunto, es el Triángulo Norte de Centroamérica la principal fuente de niñez migrante.

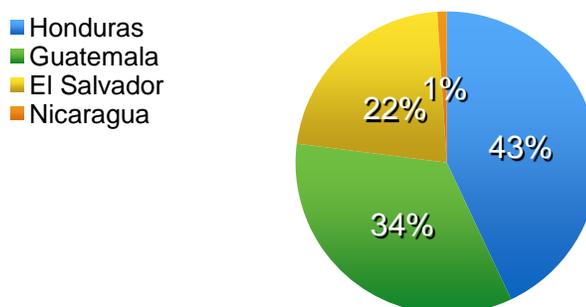
TABLA 1.8
Detenciones de NNA no acompañados en Estados Unidos
en el sector suroeste de la frontera. Años Fiscales 2011-2014

País	2011	2012	2013	2014
Honduras	974	2,997	6,747	18,244
Guatemala	1,565	3,835	8,068	17,057
El Salvador	1,394	3,314	5,990	16,404
México	11,768	13,794	17,240	15,634
Otros países	248	463	714	1,202
Total	15,949	24,403	38,759	68,541

Fuente: CIDH (2015).

Por otra parte, cifras oficiales del Instituto Nacional de Migración de México dan cuenta de la detención de 21,574 niños niñas migrantes no acompañados de entre 0 a 11 años de edad, durante el período de enero a noviembre de 2014, lo que representó un incremento del 178% en comparación con los que fueron detenidos en ese mismo período durante 2013 (Redodem, 2014). La composición del número total de niños, niñas y adolescentes detenidos por nacionalidad se refleja en la gráfica 1.3.

GRÁFICA 1.3
Nacionalidad de origen de los NNA migrantes
detenidos en México en 2014



Fuente: Redodem (2014)

La CIDH (2015) advierte que las causas detrás de la migración de niños, niñas y adolescentes estarían asociadas a tendencias que se vinculan con la actividad de pandillas, la expansión de la violencia y la falta de protección por parte de autoridades locales en sus países de origen. Sin embargo, en relación a las causas que motivan la migración de niños, niñas y adolescentes, de acuerdo a la UTEC (2013) la principal causa sería la reunificación familiar, con un 47.7% y la falta de oportunidades con un 18.4%; además, los niños con padres o

parientes cercanos en Estados Unidos tendrían una perspectiva diferente de su proyecto de vida, ya que se formarían la aspiración de migrar.

En la tabla 1.9 se muestra el número de niños, niñas y adolescentes que fueron retornados a El Salvador en 2015 vía aérea y terrestre, luego de la crisis del 2014. Además, en la tabla 1.10 se presenta el rango de edades de estos niños y niñas retornados, en donde se identifica el alto número entre 0 y 4 años, lo que implica una suma del riesgo del trayecto migratorio con su carácter de grupo vulnerable.

TABLA 1.9
Niños, niñas y adolescentes migrantes retornados en 2015

VIA	SOLOS	ACOMPAÑADOS	TOTAL
AÉREA	1,600	276	1,876
TERRESTRE	2,320	3,349	5,669
TOTAL	3,920	3,625	7,545

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la DGME.

TABLA 1.10
*Niños, niñas y adolescentes retornados en 2015
por rango de edad*

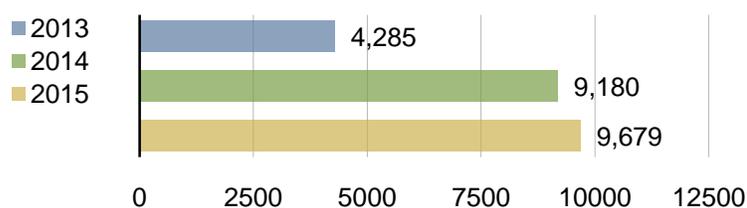
Rango de edad	Repatriaciones terrestres	Repatriaciones aéreas
0-4 años	1.006	94
5-9 años	957	223
10-14 años	1.288	609
15-17 años	2.419	949
Total	5.670	1.875

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la DGME.

Para el 2015, la migración continuaba siendo eminentemente masculina, un 81% de las personas migrantes eran hombres y un 19% mujeres (Ramos, 2015). El grado de escolaridad también era bajo, ya que solo un 31% tenía estudios hasta noveno grado y un 27% de bachillerato. Aunque los migrantes proviene de todos los departamentos, los departamentos del oriente del país fueron los principales expulsores de población, San Salvador 16.5%, Usulután 11.1% y San Miguel 10.7%, al igual que lo fueron en los años 2012 y 2013, en los que estos departamentos también figuraron con las mayores cifras de población retornada.

El número de mujeres retornadas también ha aumentado y como se verifica en la gráfica 1.4, el incremento reportado a partir de 2013 es significativo y visibiliza que la migración tiene cada vez más un rostro femenino, no obstante que “en los distintos modelos para explicar los movimientos migratorios, las mujeres han sido ignoradas o vistas únicamente como acompañantes pasivos de sus homólogos masculinos.” (Camacho, 2009, p. 34).

GRÁFICA 1.4
Cifras de mujeres salvadoreñas retornadas
2013-2015



Fuente: Elaboración propia con datos de Ramos (2015).

Como advierte Camacho (2009), aunque las mujeres siempre han formado parte de las migraciones internas e internacionales, como apoyo al proyecto de los hombres de su familia o por cuestiones económicas, la migración actual se caracteriza porque la mayoría de mujeres ya no viaja para acompañar a su par masculino, sino de forma autónoma y con el fin laboral orientado a proveer su subsistencia y la de su familia.

Un elemento fundamental al analizar el fenómeno migratorio, es determinar las causas que le dan origen. Sobre este punto, una investigación desarrollada con migrantes en tránsito por México de la Red de Documentación de las Organizaciones Defensoras de Migrantes (Redodem) identificó que uno de los principales factores que inciden en la migración es el económico -desempleo, bajos salarios, encarecimiento de la canasta básica-, en segundo lugar se identificaron los factores ambientales seguidos de la violencia (2014).

En relación a los tipos de violencia que motivan la migración, esta corresponde a un contexto generalizado de violencia que genera en la población una sensación cotidiana de temor e inseguridad, provocando que se tengan que modificar sustancialmente las dinámicas de vida, al grado, incluso, de tener que migrar para poder preservar la vida (Redodem, 2014).

Estos factores corresponden a causas estructurales que son compartidas por los países de la región centroamericana y que en sí mismas pueden considerarse una afectación a derechos humanos (Redodem, 2014). Las violaciones a los derechos humanos de las personas migrantes comienzan entonces mucho antes de iniciar un proceso migratorio, ya que la desigualdad económica, la ausencia de oportunidades laborales, la pérdida de seguridad, el poco acceso a la educación, a la salud, a la inexistencia o restricción de canales de expresión o participación

política y la discriminación, entre otros, representan graves violaciones a los derechos humanos, especialmente a los derechos económicos, sociales y culturales (CEPAL, 2002; Mesa Permanente sobre Derechos de los Migrantes y Federación Internacional de Derechos Humanos, s.f.; PDDH, 2002 como se citó en UTEC, 2013) y se convierten a su vez en factores que incentiva la migración (Gaborit, Zetino-Duarte, Brioso, &Portillo, 2012, como se citó en UTEC, 2013).

Si bien deben reconocerse las debilidades y los problemas internos de los gobiernos de la región centroamericana “la diáspora creciente de población no puede explicarse únicamente como consecuencia de los efectos de ‘expulsión’ de los países de origen de las migraciones, si no que hay que comprenderla dentro del contexto social, económico y político mundial” (Camacho, 2009, p. 39), también debe considerarse que “el criterio de situar el análisis de las migraciones como resultado de las deficiencias de las comunidades de origen, tiene el peligro de que se considere a las personas y a los gobiernos de dichos países, como los únicos responsables de los procesos migratorios. Por ello, es primordial analizar el nuevo orden mundial y los contextos económicos y sociales de los países receptores de migración y constatar su responsabilidad en este campo; puesto que son ellos los que establecen los parámetros para los flujos migratorios, ya que estas no pueden remitirse a una dinámica exterior y unilateral” (Sassen, 2003, como se citó en Camacho, 2009, p. 39).

En relación a la población migrante salvadoreña, diferentes investigaciones han identificado que la principal causa de la migración continua siendo el factor económico. A diferencia de lo reflejado en el estudio general con población migrante en tránsito por México, estudios con población migrante retornada en El Salvador han determinado como segundo factor de la migración la reunificación familiar y también está presente la migración asociada a la inseguridad generada por el accionar de pandillas¹³, aunque esta tiene a la base el financiamiento de redes de apoyo en el exterior (Ramos, 2015).

Los datos de las tablas 1.6 y 1.7 en los que se enumeran las principales causas de la migración de personas salvadoreñas, a partir de entrevistas de la Dirección General de Migración y Extranjería a personas retornadas, reflejan por primera vez que para 2016, en el caso de personas retornadas vía aérea, la inseguridad se ha posicionado como el segundo factor que motiva la migración.

El desarrollo del presente capítulo ha permitido alcanzar el objetivo propuesto, ya que se ha determinado que la migración de personas salvadoreñas es finalmente un fenómeno histórico y que esta ha presentado una variación a través de los años, incluyendo una modificación del destino de sus flujos desde la región centroamericana hacia Estados Unidos principalmente, aunque otros destinos como Canadá, Australia y algunos países de Europa, también cuentan con una importante comunidad de salvadoreños que actúan como un factor de atracción, al constituirse como redes de apoyo a la migración. Asimismo, como un fenómeno

¹³ Tanto el ACNUR (2014) en el *Diagnóstico sobre la Caracterización de la Población Salvadoreña Retornada con Necesidades de Protección (2014)* y la UTEC (2015) a través de la investigación *Desplazamiento interno forzado y su relación con la migración internacional*, concluyeron que la situación económica era la principal motivación de la migración irregular de personas salvadoreñas.

dinámico, la migración salvadoreña ha tenido diferentes causas que le han dado origen y ha presentado características específicas en contextos históricos determinados.

CAPÍTULO II. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también la Comisión Interamericana o la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también la Corte Interamericana o la Corte IDH), son los órganos que integran el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y constituyen un mecanismo complementario de protección, frente a la obligación primaria de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, por lo que en el presente capítulo se abordarán los orígenes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y su evolución.

2.1. Origen y evolución del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

Los antecedentes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos se remontan hasta la época de finalización de la Segunda Guerra Mundial. La relación de su origen con un contexto de post guerra se explica debido a que las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial motivaron un proceso de desarrollo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, tanto a nivel universal como regional, el cual comprendió un reconocimiento de los límites al poder de los Estados frente al ejercicio de ciertos derechos, por parte de personas sometidas a su jurisdicción. Así, en una toma de conciencia por parte de la comunidad internacional, de las consecuencias de los abusos sistemáticos a los derechos fundamentales de la persona, se desarrollaron una serie de declaraciones y tratados de carácter universal y regional que reafirmaron el reconocimiento de la dignidad humana (CEJIL, 2012).

En el ámbito interamericano, uno de los primeros pronunciamientos a favor de un sistema internacional de protección de los derechos humanos, es encontrado en la Resolución XL con el título “Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre”, que fue aprobada por la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz, celebrada en la ciudad de México del 21 de febrero al 8 de marzo de 1945 (Morales, 2011).

Posteriormente, al adoptar la Carta de la Organización de Estados Americanos(OEA) en 1948, los Estados del continente americano incluyeron compromisos con la democracia y los derechos humanos, que se vieron reforzados con la adopción ese mismo año de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante también la Declaración Americana). Este marco normativo y el cumplimiento de las mismas disposiciones de la Carta de la OEA, dieron origen a la Resolución sobre Derechos Humanos, que fue adoptada durante la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile, en 1959 y por la cual se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CEJIL, 2012).

Si bien en sus orígenes la Comisión Interamericana fue concebida con una función de promoción del respeto de los derechos humanos en el continente, desde 1965 fue autorizada expresamente para recibir y procesar denuncias o peticiones sobre casos individuales en los cuales se alegaban violaciones a los derechos humanos y hasta 1979 fue el único órgano especializado en la protección de los Derechos Humanos dentro del Sistema Interamericano.

Con la entrada en vigencia en 1978 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José” (en adelante también la Convención Americana o la Convención) adoptada en 1969, fue creado otro órgano para la protección de los derechos

humanos en el continente americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo estatuto fue aprobado en 1979(Morales, 2011).

2.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión es un órgano de la Organización de los Estados Americanos, responsable de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” consagrados en la Declaración Americana, en la Convención Americana y en otros tratados regionales de derechos humanos; además, sirve como órgano consultivo de la OEA en asuntos de derechos humanos.¹⁴

La Comisión ha desarrollado la función de tutelar los derechos humanos aún antes de la entrada en vigor de la Convención Americana y actúa en virtud de las facultades que le otorga la Carta de la OEA, su Estatuto¹⁵ y su Reglamento¹⁶ y tiene jurisdicción sobre todos los Estados miembros de la Organización, a los que supervisa en virtud de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (CEJIL, 2012).

2.2.1. Composición, estructura y funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión está integrada por siete expertos en derechos humanos¹⁷, quienes despeñan sus funciones durante periodos de cuatro años, con una posibilidad de reelección por una sola vez.¹⁸ Los Comisionados son propuestos por los Estados miembros de la OEA, pero son elegidos a título personal por la Asamblea General de la OEA.¹⁹

¹⁴ Carta de la OEA, 1948, Art. 106; CADH, 1969, Art. 41; Estatuto de la CIDH, 1979, Art. 1.1; Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 1.1.

¹⁵ El Estatuto original de la CIDH fue aprobado en 1960, pero ha sido modificado en cuatro ocasiones. La primera reforma al Estatuto se produjo en 1962, antes de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por recomendación de la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores al Consejo Permanente, en el sentido de modificar el Estatuto para ampliar y fortalecer las atribuciones y facultades de la Comisión. Con base en ello, la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria resolvió que “El Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos quedará modificado de conformidad con lo dispuesto en la presente resolución”, por lo que en 1966, la CIDH implementó las ideas generales contenidas en las resoluciones mencionadas en el texto de los artículos 7, 9, y 14 de su Estatuto y efectuó las modificaciones mediante una resolución. Con la entrada en vigor de la Convención Americana en julio de 1978, se designó un grupo de trabajo para estudiar los proyectos de Estatutos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A partir de un estudio de este grupo, la Asamblea General aprobó el nuevo Estatuto el 31 de octubre de 1979, el cual fue modificado en su artículo 4 (1) mediante resolución de la Asamblea General de la OEA AG/RES. 1098 (XXI-0/91). Véase: Los límites jurídicos a las reformas al Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), marzo 2013.

¹⁶ El actual Reglamento de la Comisión fue aprobado en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009 y sufrió una modificación el 2 de septiembre de 2011, así como en su 147° período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1° de agosto de 2013. El artículo 11 del Reglamento fue parte de las reformas realizadas en 2011.

¹⁷ Estatuto de la CIDH, 1979, Art. 2.1; CADH, 1969, Art. 34; y Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 1.3.

¹⁸ Estatuto de la CIDH, 1979, Art. 6; CADH, 1969, Art. 37.1; y Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 2.1.

¹⁹ Estatuto de la CIDH, 1979, Art. 3; CADH, 1969, Art. 36.1; y Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 1.3.

La Comisión cuenta además con un Presidente, un primer Vicepresidente y un segundo Vicepresidente, que conforman la Directiva de la Comisión y son elegidos para el período de un año, con posibilidad de una reelección en cada período de cuatro años.²⁰ Su estructura incluye también una Secretaría Ejecutiva, a cargo de un Secretario Ejecutivo -que es designado por el Secretario General de la OEA en consulta con la Comisión²¹- y un Secretario Ejecutivo Adjunto.²² La Secretaría Ejecutiva es la responsable de preparar los proyectos de informe, resoluciones, estudios y otros trabajos que le son encomendados por la Comisión o el Presidente y de recibir y dar trámite a la correspondencia, peticiones y comunicaciones dirigidas a la Comisión, lo que incluye el solicitar a las partes interesadas la información que considere pertinente, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo Reglamento de la Comisión.²³

La sede de la Comisión se encuentra en Washington D.C. y esta sesiona en sus períodos ordinarios dos veces al año, además de sesionar extraordinariamente las veces que lo considere necesario.²⁴

La Comisión puede además asignar tareas o mandatos específicos para la ejecución de programas, estudios o proyectos especiales y tiene un sistema de relatorías para áreas temáticas específicas y por país. Las relatorías temáticas se encuentran a cargo de un miembro de la Comisión, pero además pueden ser establecidas relatorías especiales a cargo de otras personas designadas por la Comisión, para períodos de tres años prorrogables.²⁵

2.2.2. Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Casos individuales.

La Comisión puede examinar peticiones individuales presentadas por personas, grupos de personas o entidades no gubernamentales legalmente reconocidas en uno o más Estados miembros de la OEA, que alegan violaciones de los derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁶, cuando un Estado forma parte de la citada Convención.

Adicionalmente, la Comisión puede examinar el cumplimiento de obligaciones estatales derivadas de instrumentos internacionales cuya entrada en vigencia es posterior a la Convención Americana, toda vez que estos hayan sido ratificados por el Estado (CEJIL, 2012, p. 34), siendo tales: el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos

²⁰ Estatuto de la CIDH, 1979, Art. 14; y Reglamento de la CIDH, 2011, Arts. 6 y 8.1.

²¹ Estatuto de la CIDH, 1979, Art. 21; CADH, 1969, Art. 40; y Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 11.

²² La figura del Secretario Ejecutivo Adjunto es establecida en el artículo 11 del Reglamento de la Comisión. El actual Reglamento de la Comisión fue aprobado en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009 y sufrió una modificación el 2 de septiembre de 2011, así como en su 147° período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1° de agosto de 2013. El artículo 11 del Reglamento fue parte de las reformas realizadas en 2011.

²³ Estatuto de la CIDH, 1979, Art. 21.2 y Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 13.

²⁴ Estatuto de la CIDH, 1979, Art. 16 y Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 14.

²⁵ Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 15.

²⁶ CADH, 1969, Art. 44.

Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”.²⁷ También puede tramitar *motu proprio* una petición que a su juicio contenga los requisitos para tal fin.²⁸

2.2.2.1. Peticiones respecto Estados parte de la Convención Americana sobre derechos humanos.

Las peticiones pueden ser presentadas respecto de Estados miembros de la OEA que se alegue han violado alguno de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos ya relacionados. Las peticiones presentadas ante la Comisión deben cumplir con los requisitos establecidos en el Estatuto, la Convención Americana y el Reglamento de la CIDH²⁹, siendo estos:

- (i) Que se han interpuesto y agrado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; sin embargo, la misma Convención contempla como excepción: a) que no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) que no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; y c) que haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.³⁰
- (ii) Que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;³¹
- (iii) Que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional.³²
- (iv) Tampoco es objeto de consideración de la Comisión una petición que reproduce sustancialmente otra petición pendiente o ya examinada y resuelta por la Comisión u otro organismo internacional gubernamental del que sea parte el Estado.³³ Sin embargo, eso no inhibe a la Comisión de considerar peticiones sometidas a un procedimiento de arreglo internacional cuando tal procedimiento se limite a un examen general sobre derechos humanos en el Estado y no haya decisión sobre los hechos específicos sometidos al conocimiento de la Comisión o no conduzca a su

²⁷ Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 23.

²⁸ Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 24.

²⁹ Estatuto de la CIDH, 1979, Art. 23; CADH, 1969, Art. 46; Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 26 y 28.

³⁰ CADH, 1969, Art. 46.2 y Reglamento de la CIDH, 2011, Arts. 28.8 y 31.2.

³¹ CADH, 1969, Art. 46.1.b) y Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 28.7 y 32.

³² CADH, 1969, Art. 46 y 47 y Art. 28.9 y Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 28.9 y 33.1

³³ CADH, 1969, Art. 47.d) y Reglamento de la CIDH, 2011, 33.1.b.

arreglo efectivo; y tampoco se inhibirá cuando la víctima de la presunta violación o su familiar hubieren planteado la acción ante la Comisión y terceros sin un mandato hayan planteado la acción ante el organismo internacional gubernamental.³⁴

- (v) Otro requisito de admisibilidad, es establecido en el artículo 47 de la Convención Americana, en el sentido que la Comisión declarará inadmisible una petición cuando de un examen preliminar se advierta que esta es manifiestamente infundada o improcedente.

Un conjunto adicional de requisitos para la consideración de un petición por la Comisión se encuentran relacionados con la identidad de la víctima, los medios de notificación, la relación de hechos o situación denunciada, con especificación del lugar y fecha de las violaciones alegadas, la indicación del Estado considerado responsable y los derechos cuya violación se alega.³⁵

Las peticiones que de acuerdo al examen preliminar de la Comisión, reúnen los requisitos de admisibilidad, son transmitidas al Estado para que proporcione información sobre la misma, en el plazo de tres meses contados a partir de su transmisión, el cual puede ser prorrogado con base en una solicitud debidamente fundada.³⁶

Las decisiones de la Comisión sobre la admisibilidad de un asunto se consignan en informes públicos y dan inicio al examen sobre el fondo, por lo que la petición se registra como un caso, sin que ello signifique prejuzgar sobre el fondo del asunto³⁷ y se confiere a los peticionarios un plazo de cuatro meses para la presentación de observaciones adicionales sobre el fondo. Tales observaciones son luego remitidas al Estado, que también debe presentar sus propias observaciones en el plazo de cuatro meses; sin embargo, el plazo para los traslados puede ser fijado por la Comisión considerando las circunstancias de cada caso, ya sea por razones de gravedad o urgencia, así como peligro inminente para la vida o integridad personal.³⁸

Adicionalmente, ya sea que guarden o no relación con una petición, la Comisión puede por iniciativa propia o a petición de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares, con fundamento en los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18.b del Estatuto de la Comisión y XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, bajo criterios de extrema gravedad, urgencia y peligro de daño irreparable³⁹, lo que no constituye un prejuzgamiento sobre las violaciones a derechos humanos alegadas.

El procedimiento ante la Comisión, dependiendo de la naturaleza del caso, puede comprender visitas *in loco*, solicitud de información específica a las partes, celebración de

³⁴ Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 33.2.

³⁵ Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 28.

³⁶ CADH, 1969, Art. 48.1.a) y Reglamento de la CIDH, 2011, Art.30.

³⁷ Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 36.

³⁸ Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 37.

³⁹ Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 25.

audiencias para avanzar en el análisis de los hechos, así como la posibilidad en cualquier etapa del examen o petición, de llegar a una solución amistosa, para lo cual la Comisión se pone a disposición de las partes, que deben consentir en la aplicación de este procedimiento dado que lleva implícita una negociación y que puede concluirse en cualquier momento si no se llega a un acuerdo, con lo cual se prosigue con el trámite de la petición o caso. De lograrse una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, la Declaración Americana y otros instrumentos interamericanos, la Comisión aprueba un informe que transmite a las partes y procede a su publicación.⁴⁰

Una vez presentados los alegatos por las partes, las pruebas e información obtenida por la Comisión, esta prepara un informe en el que de concluir la no existencia de violaciones a derechos humanos por parte del Estado lo transmite a las partes, procede a su publicación y a su inclusión en el informe anual ante la Asamblea General de la OEA.⁴¹

De determinarse por la Comisión violaciones a derechos humanos, esta prepara un informe con sus conclusiones y recomendaciones, el cual transmite al Estado con indicación de un plazo para informar sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de las recomendaciones.⁴² Tal informe tiene el carácter de confidencial, pero si finaliza el plazo para el cumplimiento de las recomendaciones, la Comisión evalúa la publicación de su informe definitivo y su inclusión en el informe anual ante la OEA.⁴³

En el caso de Estados que han reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme el artículo 62 de la Convención Americana, si la Comisión considera que un Estado no ha cumplido con las recomendaciones del informe sobre el fondo de un caso, evalúa entonces la decisión de pasar el caso a Corte, lo que requiere la decisión fundada de la mayoría absoluta de sus miembros, bajo la consideración fundamental de obtención de justicia en el caso particular y de otros elementos tales como: la posición del peticionario; la naturaleza y gravedad de la violación; la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; y el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.⁴⁴

En esta etapa del procedimiento la Comisión puede considerar, a solicitud de un Estado interesado, la suspensión del plazo previsto en el artículo 51.1 de la Convención Americana para el sometimiento del caso a Corte, si el Estado cuya responsabilidad por violaciones a derechos humanos se ha determinado demuestra la voluntad y capacidad de implementar las recomendaciones de la Comisión y renuncia a interponer la excepción por el incumplimiento del plazo previsto para el sometimiento del caso a Corte. En este caso, para la determinación del plazo de suspensión, la Comisión considerará la complejidad del asunto, las medidas necesarias para cumplir con las recomendaciones de la Comisión, las medidas adoptadas por el

⁴⁰ CADH, 1969, Arts. 48.1.f) y 49 y Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 40.

⁴¹ Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 44.1.

⁴² CADH, 1969, Art. 50 y Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 44.2.

⁴³ CADH, 1969, Art. 51 y Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 47.

⁴⁴ CADH, 1969, Art. 51.1 y Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 45.

Estado para el cumplimiento de las recomendaciones previo a la solicitud de extensión del plazo y la posición del peticionario.⁴⁵

2.2.2.2. Peticiones respecto Estados que no son parte de la Convención Americana sobre derechos humanos.

La Comisión también puede examinar peticiones que se plantean respecto a Estados miembros de la OEA que no son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando estas contengan denuncias sobre presuntas violaciones a derechos humanos consagrados en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre.⁴⁶

El procedimiento aplicable en este caso es el establecido en las disposiciones generales contenidas en el Capítulo I del Título II: en los artículos 28 al 44 y 47 al 49 de este Reglamento, que incluye un examen y una decisión sobre la admisibilidad de la petición, un procedimiento de análisis y decisión sobre el fondo y la publicación de un informe definitivo.

2.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada por la Convención Americana, como un cuerpo autónomo de la OEA. Es uno de los tres Tribunales regionales de protección de los derechos humanos, junto con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Su carácter es el de una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana, en el ejercicio de su función contenciosa, su función consultiva; y su función de dictar medidas provisionales (Corte IDH, 2103).

2.3.1. Composición, estructura y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte IDH se encuentra integrada por siete jueces, quienes son elegidos a título personal de entre juristas de la más alta autoridad moral y de reconocida competencia en materia de derechos humanos, quienes además deben reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del Estado del cual sean nacionales o del Estado que les postule como candidatos.⁴⁷ Los jueces de la Corte son electos para un mandato de seis años y solo pueden ser reelectos una vez.⁴⁸

Dentro de su estructura la Corte IDH elige a su Presidente y Vicepresidente, por un período de dos años, quienes pueden ser reelectos⁴⁹ y cuenta además con una Secretaría a cargo de un Secretario que es nombrado por el mismo Tribunal, para un período de cinco años

⁴⁵ Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 46.

⁴⁶ Reglamento de la CIDH, 2011, Art. 51.

⁴⁷ CADH, 1969, Art. 52 y Estatuto de la CoIDH, 1979, Art. 4.

⁴⁸ CADH, 1969, Art. 54; Estatuto de la CoIDH, 1979, Art. 5; Reglamento de la CoIDH, 2009, Art. 5.1.

⁴⁹ Estatuto de la Corte IDH, 1979, Art. 12.1 y Reglamento de la CoIDH, 2009, Art. 3.

y que es auxiliado en sus labores por un Secretario Adjunto, que también lo sustituye en sus ausencias temporales.⁵⁰

La Corte IDH tiene su sede en San José, Costa Rica, pero puede sesionar en cualquier Estado miembro de la OEA.⁵¹ Sus sesiones son ordinarias y extraordinarias, estas últimas son convocadas por el Presidente a solicitud de la mayoría de los jueces.⁵²

Las audiencias de la Corte tienen un carácter público, salvo que el tribunal disponga lo contrario.⁵³

2.3.2. Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casos individuales.

La Corte IDH ejerce una función jurisdiccional y una función consultiva.⁵⁴ La función consultiva de la Corte IDH, implica la interpretación por parte de la Corte de las disposiciones de la Convención Americana o de otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos, a solicitud de cualquier Estado miembro de la OEA y de los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización.⁵⁵

En ejercicio de su función jurisdiccional, la Corte IDH puede además, en los casos que se encuentre conociendo, dictar las medidas provisionales que considere pertinentes, cuando se cumplan los criterios de extrema gravedad y urgencia y se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas. Respecto de asuntos que no se encuentre conociendo podrá actuar a solicitud de la Comisión.⁵⁶

Para que la Corte IDH pueda conocer de un caso es necesario el agotamiento previo del procedimiento ante la Comisión Interamericana y que su sometimiento se realice por la misma Comisión o por el Estado demandado⁵⁷, si este ha aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH o la ha aceptado para un caso concreto.⁵⁸

La presentación de un caso ante la Corte IDH es comunicado por el Secretario de la misma a la Presidencia y Jueces del mismo Tribunal, al Estado demandado o a la Comisión en su caso, dependiendo de quien presenta el caso, a la presunta víctima, a su representante o al defensor público interamericano.⁵⁹

⁵⁰ CADH, 1969, Art. 59; Art. 14 del Estatuto de la CoIDH, 1979, Art. 14; Reglamento de la CoIDH, 2009, Arts. 7 y 8.

⁵¹ CADH, 1969, Art. 58.1; y Estatuto de la CoIDH, 1979, Art. 3.

⁵² Estatuto de la CoIDH, 1979, Art. 22 y Reglamento de la CoIDH, 2009, Arts. 11 y 12.

⁵³ Estatuto de la CoIDH, 1979, Art. 24 y Reglamento de la CoIDH, 2009, Art. 15.1.

⁵⁴ Estatuto de la CoIDH, 1979, Art. 2.

⁵⁵ CADH, 1969, Art. 64.

⁵⁶ CADH, 1969, Art. 63.2 y Reglamento de la CoIDH, 2009, Art. 27.

⁵⁷ Reglamento de la CoIDH, 2009, Arts. 35 y 36.

⁵⁸ CADH, 1969, Art. 61.

⁵⁹ Reglamento de la CoIDH, 2009, Art. 39.

Notificado el caso a la presunta víctima y su representante, estos disponen del plazo de dos meses improrrogables para la presentación ante la Corte de un escrito autónomo de solicitudes argumentos y pruebas.⁶⁰ El Estado demandado dispone del plazo improrrogable de dos meses para exponer por escrito su posición en relación al caso sometido a Corte y en relación al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.⁶¹

El procedimiento ante la Corte IDH comprende también una fase oral, con el señalamiento de las audiencias necesarias.⁶² Durante la audiencia, la Comisión debe exponer el fundamento de su informe sobre el fondo del caso y de su presentación ante la Corte; además son recibidas las declaraciones de las víctimas, testigos y peritos propuestos, así como los alegatos finales orales de los representantes y el Estado⁶³, que tienen la oportunidad de presentar alegatos finales escritos en el plazo que determine la Presidencia de la Corte, al igual que la Comisión.⁶⁴

En caso de que la Corte IDH decida que hubo violación de un derecho o libertad protegido por la Convención, dispondrá que se garantice a la persona lesionada en el goce de su derecho conculcado. Asimismo, cuando fuere procedente, dispondrá que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.⁶⁵

Las decisiones de la Corte IDH son definitivas e inapelables por lo que respecto de sus sentencias solo procede la solicitud de interpretación dentro de los noventa días de notificación del fallo.⁶⁶

Tal como se ha descrito en el presente capítulo, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, es un mecanismo subsidiario surgido de la conciencia internacional de la necesidad de la efectiva protección y tutela de los derechos humanos, por lo que el Sistema se ocupa a través de las funciones que confiere a sus dos órganos principales, con la naturaleza particular de cada procedimiento, de determinar las obligaciones que a los Estados corresponde a la luz de la interpretación del marco jurídico interamericano.

Con el desarrollo del presente capítulo se ha cumplido con el objetivo de explorar los orígenes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y su evolución, lo que cobra especial importancia dado que el fortalecimiento del citado Sistema constituye una discusión actual en el seno de la Organización de Estados Americanos, en donde se ha propuesto una revisión de las funciones otorgadas a la Comisión Interamericana y sus relatorías específicas. En este contexto, países como la República Bolivariana de Venezuela han denunciado la Convención Americana, la Comisión Interamericana ha sorteado una crisis financiera que amenazó el efectivo ejercicio de su mandato y existen países que aún no

⁶⁰ Reglamento de la CoIDH, 2009, Art. 40.

⁶¹ Reglamento de la CoIDH, 2009, Art. 41.

⁶² Reglamento de la CoIDH, 2009, Art. 45.

⁶³ Reglamento de la CoIDH, 2009, Art. 51.

⁶⁴ Reglamento de la CoIDH, 2009, Art. 56.

⁶⁵ CADH, 1969, Art. 63.1.

⁶⁶ CADH, 1969, Art. 67.

reconocen la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, por lo que la evolución del Sistema no es un proceso acabado, sino que el mismo necesita afrontar nuevos y actuales desafíos.

**CAPÍTULO III. OBLIGACIONES JURÍDICAS DE LOS ESTADOS:
DERECHOS DE LA PERSONA MIGRANTE EN EL SISTEMA
JURÍDICO INTERAMERICANO**

Determinar cuál ha sido la evolución de los instrumentos interamericanos relevantes para la protección y garantía de los derechos humanos de las personas migrantes es el objetivo del presente capítulo, por lo que se analiza el marco declarativo y convencional interamericano que recoge el mandato y las funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las obligaciones de los Estados miembros de la OEA en materia de derechos humanos.

3.1. Marco declarativo y convencional

3.1.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, en 1948, fue el primer instrumento internacional de derechos humanos de carácter general. Su adopción en el seno de la OEA se adelantó a la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por la Organización de las Naciones Unidas (Corte IDH, 2012).

Esta Declaración, como se expresa en sus considerandos, fue concebida para que junto a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, fuese el sistema inicial de protección de los derechos humanos, con miras a su fortalecimiento en el campo internacional, pero además, tiene a la base el importante reconocimiento de que "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana".

En el articulado de la Declaración Americana, es listado el catálogo de derechos que constituyen un atributo de la persona y que los Estados miembros de la misma Organización se han comprometido a respetar, tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona, a la igualdad ante la ley, el derecho de residencia y tránsito, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a los derechos civiles, el derecho de acceso a la justicia, a la nacionalidad, de petición, de protección contra la detención arbitraria, a un proceso regular, entre otros.

En relación a los derechos de las personas migrantes, la Declaración Americana incluyó el derecho al asilo en su artículo XXVII, el cual conllevó al reconocimiento de un derecho individual a buscar y recibir asilo en las Américas, el cual fue posteriormente reconocido en el ámbito universal con la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 y de forma implícita en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.⁶⁷

Esta Declaración recoge además en su artículo XXV la protección frente a la detención ilegal o arbitraria y el derecho a la revisión judicial frente a la detención⁶⁸, derechos de

⁶⁷ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, supra, párr. 137 y 138 y Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014. párr. 73 y 98.

⁶⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014. párr. 198.

fundamental importancia en relación a las personas migrantes, que pueden ser sujetas a una detención en razón de su situación migratoria irregular.

La Declaración Americana ha sido reconocida tanto por la Comisión como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA, a pesar de haber sido adoptada como una declaración y no como un tratado (Corte IDH, 2012), al igual que lo ha realizado la misma Asamblea General de la OEA en sus resoluciones 314 (VII-0/77), 371 (VIII-0/78) y 370 (VIII-0/78), en las que se han encomendado estudios sobre la obligación de cumplir los compromisos adquiridos en la Declaración; se ha reafirmado el compromiso por parte de la Asamblea General de promover el cumplimiento de la misma y se han referido los compromisos internacionales de los Estados miembros de la Organización de respetar los derechos del hombre que en esta Declaración se reconocen (Corte IDH, 1989).

La Comisión ha sostenido que la Declaración Americana es un instrumento que, en el marco de la Carta de la OEA y tomando en cuenta el propio estatuto de la CIDH, genera obligaciones internacionales para los Estados y que respeto de aquellos que aún no han ratificado la Convención Americana, sus obligaciones en materia de derechos humanos se encuentran determinadas por la Declaración, cuyas disposiciones pueden ser interpretadas por la Comisión a la luz de los desarrollos corrientes en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, evidenciados en tratados, costumbres y otras fuentes relevantes del derecho internacional (CIDH, 2010).

En similar sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1989) ha sostenido que “no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración” (párr. 37).

El valor que le es reconocido a este instrumento por la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, como generador de obligaciones para los Estados en materia de derechos humanos, toma relevancia pues como ya se indicó en el capítulo anterior, la Comisión también puede examinar peticiones que se plantean respecto a Estados miembros de la OEA que no son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando estas contengan denuncias sobre presuntas violaciones a derechos humanos consagrados en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre.

3.1.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Durante la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que se reunió en Santiago de Chile en agosto de 1959, se decidió impulsar la preparación de una convención de derechos humanos (Corte IDH, 2012).

Un proyecto de Convención elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos fue sometido a consideración del Consejo de la OEA y se abrió a comentarios de los Estados y de la Comisión Interamericana; pero en 1967, luego de que la Comisión presentara también un

nuevo proyecto de Convención, la OEA convocó a una Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que se reunió en San José, Costa Rica en noviembre de 1967. Dicha Conferencia adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el 21 de noviembre de 1969 (Corte IDH, 2012).

La Convención entró en vigencia el 18 de julio de 1978 y además de fortalecer el rol de la Comisión Interamericana complementó el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, al ampliar la estructura institucional con el establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El propósito de la Convención Americana, tal como se recoge en su preámbulo, es el de consolidar en el Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. La Convención también establece en su parte primera la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos, así como su deber de adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para hacer efectivo el goce de tales derechos (Corte IDH, 2012).

Los derechos reconocidos por la Convención Americana incluyen el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, la libertad personal, las garantías judiciales, la libertad de conciencia y religión, la libertad de pensamiento y expresión, la protección de la familia, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad, el derecho de circulación y residencia, derechos políticos, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial, entre otros.

En su segunda parte, la Convención Americana desarrolla los medios de protección de tales derechos y establece que son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, de las que desarrolla su organización, funciones, competencia y procedimiento.

Con fundamento en esta Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado la facultad de los Estados de fijar sus políticas migratorias y de establecer sistemas de ingreso y salida de su territorio, respecto de personas que no sea nacionales de ese Estado, siempre que esto sea compatible con las normas de protección a derechos humanos, reconocidos en la misma Convención.⁶⁹ Además, como ha indicado la Corte Interamericana, esta Convención recoge en su artículo 20.2 el derecho a la nacionalidad y la obligación para los Estado de prevenir, evitar y reducir la apatridia, y su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación.⁷⁰

⁶⁹ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 97

⁷⁰ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. párr. 139 y 140 y Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. párr. 256.

Al igual que la Declaración Americana, la Convención Americana reconoció en su artículo 22.7 el derecho de toda persona a buscar y recibir asilo superando, en términos de la Corte IDH, el entendimiento histórico del asilo como una mera prerrogativa estatal.⁷¹ En esta misma Convención y en las garantías establecidas en sus artículos 8 y 25, se ha basado la Corte para señalar la obligación de los Estados de reconocer las garantías mínimas de un debido proceso en procedimientos para determinar la condición de refugiados⁷², así como a la revisión judicial de las medidas de detención y el acceso a recursos efectivos.⁷³

3.1.3. Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

Al momento de ser aprobada la Convención Americana, en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados se comprometieron a “adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”, como señala el artículo 26 de dicha Convención.

Sin embargo el desarrollo normativo en el ámbito interamericano continuó con la apertura a firma del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, durante el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, el 17 de noviembre de 1988. Este Protocolo que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, reconoce en su preámbulo la estrecha relación entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble, lo que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana (Corte IDH, 2012).

En este Protocolo se establece la obligación para los Estados parte, de adopción de medidas para el logro progresivo de los derechos en él reconocidos, así como de adopción de disposiciones de derecho interno para garantizar su ejercicio. Los derechos que este instrumento reconoce son el derecho al trabajo y a las condiciones laborales, los derechos sindicales, al derecho a la seguridad social, salud, un medio ambiente sano, alimentación, educación, a los beneficios de la cultura, al derecho a la familia, los derechos de la niñez, de las personas adultas mayores y de las personas con discapacidad.

El artículo 19 del Protocolo, establece los medios de protección, incluida la posibilidad de aplicación del sistema de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana y cuando

⁷¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014. párr. 73.

⁷² Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, supra, párr. 154 y 155 y Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 73.

⁷³ Corte IDH. Caso Vélez Lóor vs. Panamá, supra, párr. 107 y Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 206.

proceda, ante la Corte Interamericana, como regulan los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana, por violaciones a los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 del Protocolo, por una acción imputable directamente a un Estado parte.

Este Protocolo, al igual los diferentes instrumentos interamericanos, recogen los derechos que deben ser reconocidos a las personas migrantes en atención al principio de igualdad y no discriminación, ante la ausencia de un instrumento regional que reconozca derechos específicos a personas migrantes a partir de la consideración de su especial condición de vulnerabilidad, a diferencia del Sistema Universal que cuenta al menos con la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.⁷⁴

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, establece un marco de protección aplicable durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios⁷⁵ y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual.⁷⁶

El desarrollo del presente capítulo ha permitido una aproximación a los instrumentos interamericanos relevantes para la protección y garantía de los derechos humanos de las personas migrantes, los que recogen el mandato las funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las obligaciones de los Estados miembros de la OEA en materia de derechos humanos.

⁷⁴ Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990 y fue ratificada por El Salvador el 14 de marzo de 2003 antes de su entrada en vigor el 1 de julio de 2003, según lo dispuesto de conformidad al artículo 87 (1).

⁷⁵ La citada Convención define en su artículo 2 al "trabajador migratorio" como toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional, sin una referencia a la situación migratoria regular o irregular de los mismos, pero hace una exclusión de los refugiados y los apátridas.

⁷⁶ Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 1990, Art. 1.

**CAPÍTULO IV. ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE
PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN A
PERSONAS MIGRANTES**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado amplia doctrina y jurisprudencia en materia de derechos de la población migrante a través del conocimiento de casos individuales, la emisión de opiniones consultivas y la producción de informes temáticos sobre el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones frente a personas migrantes, derivadas del marco jurídico declarativo, convencional y resolutorio interamericano, por lo que en el presente capítulo se explorarán los estándares de protección de las personas migrantes en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, a partir de la consideración de su condición de vulnerabilidad y de su posición como sujeto de derechos.

4.1. La persona migrante como sujeto de derecho en condición de vulnerabilidad

La condición de vulnerabilidad y la necesidad de adoptar medidas especiales para la protección de los derechos de los migrantes ha sido reconocida por la comunidad internacional.

Así, en la resolución “Protección de los migrantes” de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada en el año 2000, esta refirió la “situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las 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”.⁷⁷

En resoluciones posteriores de la Asamblea General sobre la protección de los migrantes, se ha exhortado a los Estados a proteger los derechos y libertades fundamentales de los migrantes, pero también a prevenir la implementación de enfoques que incrementen su vulnerabilidad.⁷⁸

El 23 de julio de 2014, el Consejo Permanente de la OEA, adoptó la declaración “Las niñas, niños y adolescentes centroamericanos migrantes no acompañados”, por iniciativa de los países de triángulo norte de Centroamérica, en la que exhortó a los países de origen, tránsito y destino a abordar el problema de la migración desde una perspectiva humanitaria y de responsabilidad compartida.

Con un enfoque igualmente específico, en respuesta a la crisis de niñez migrante no acompañada durante 2014, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la resolución “Los niños y adolescentes migrantes”, en diciembre de 2014, en la cual señaló que los niños y adolescentes migrantes, en especial los que se encuentran en situación irregular, pueden estar expuestos a violaciones serias de sus derechos humanos.⁷⁹

⁷⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los migrantes”, de 24 de febrero de 2000.

⁷⁸ Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución A/RES/68/179, sobre “Protección de los migrantes” de 18 de diciembre de 2013 y Resolución A/RES/69/167, de 18 de diciembre de 2014.

⁷⁹ Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución A/RES/69/187, sobre “Los niños y adolescentes migrantes” de 18 de diciembre de 2014.

En el marco del Consejo de Derechos Humanos, en la resolución “Derechos Humanos de los migrantes: la migración y los derechos del niño”, adoptada en septiembre de 2009, el Consejo solicitó a los Estados “que adopten medidas concretas para impedir la violación de los derechos humanos de los niños migrantes mientras se hallan en tránsito” y exhortó a los Estados a “velar porque los niños migrantes, especialmente los no acompañados y los que sean víctimas de violencia, explotación, persecución y conflicto, reciban protección y asistencia especiales, de conformidad con sus obligaciones nacionales”.⁸⁰

El Consejo de Derechos Humanos también ha adoptado la resolución “Los niños y adolescentes migrantes no acompañados y los derechos humanos”, en septiembre de 2016, en la cual expresó su profunda preocupación “por el hecho de que los niños y adolescentes migrantes que se encuentran en situación de vulnerabilidad cuando intentan cruzar fronteras internacionales sin los documentos de viaje necesarios, estén expuestos a graves violaciones y atropellos de los derechos humanos [...]”, por lo que alentó a los Estados a tener en cuenta el principio de interés superior del niño como consideración principal.⁸¹

La citada declaración y resolución en materia de niñez migrante no acompañada, adoptada por la OEA y la Asamblea General de Naciones Unidas respectivamente, correspondieron a una iniciativa impulsada por el Estado de El Salvador frente al incremento de niñez migrante no acompañada, lo que fue apoyado por Guatemala, Honduras y otros países de la región. Asimismo, en su carácter de miembro del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, El Salvador promovió la resolución sobre niños y adolescentes migrantes no acompañados y los derechos humanos.

En nuestro hemisferio la Corte IDH ha advertido que los migrantes generalmente 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. Esta dimensión de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado y es mantenida por situaciones de *jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de *facto* (desigualdades estructurales), pero también los prejuicios culturales acerca de los migrantes, prejuicios étnicos, la xenofobia, el racismo, permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan a la impunidad de las violaciones a derechos humanos cometidas en su perjuicio.⁸²

Los migrantes indocumentados o en situación irregular, han sido identificados por la Corte IDH como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues “son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos” y sufren, a consecuencia de su situación, un

⁸⁰ Consejo de Derechos Humanos. Resolución A/HCR/12/L.16, sobre “Derechos Humanos de los Migrantes: la migración y los derechos del niño”, de 25 de septiembre de 2009.

⁸¹ Consejo de Derechos Humanos. Resolución A/HCR/33/L/13, sobre “Los niños y adolescentes migrantes no acompañados y los derechos humanos”, de 26 de septiembre de 2016.

⁸² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Decisión de 17 de septiembre de 2003. párr. 112 y 113.

nivel elevado de desprotección de sus derechos y “diferencias en el acceso [...] a los recursos públicos administrados por el Estado [con relación a los nacionales o residentes]”.⁸³

Para la Corte IDH, esta vulnerabilidad se ve incrementada cuando los migrantes, por causa de su sola situación migratoria irregular, son privados de libertad en centros penitenciarios en donde son reclusos con personas procesadas y/o sancionadas por la comisión de delitos, lo que los hace propensos a sufrir tratos abusivos pues conlleva una condición de *facto* de desprotección respecto del resto de detenidos, por lo que el Estado, conforme a sus obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en la Convención Americana, debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación.⁸⁴

4.2. Estándares de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos

4.2.1. El principio de igualdad y no discriminación.

El artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 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”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 1.1 la obligación general de los Estados Partes de esa Convención de respetar y garantizar los derechos reconocidos en ella, a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La Corte Interamericana ha señalado que en la etapa actual de evolución del derecho internacional el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*⁸⁵, por lo que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de igualdad y no discriminación.⁸⁶ Sin embargo, los Estados si pueden otorgar un trato distinto entre migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre que este sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos.⁸⁷ Además, los Estados pueden establecer mecanismos de control de

⁸³ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá, supra, párr. 98; Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012, párr.152 y 153; Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr.128.

⁸⁴ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá, supra, párr. 207.

⁸⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, supra, párr. 101.

⁸⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, supra, párr. 118; Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, supra, párr. 155; y caso Vélez Loor vs. Panamá, supra, párr. 248.

⁸⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, supra, párr. 119; caso Vélez Loor vs. Panamá, supra, párr. 248; caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, supra, párr. 233.

ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana.⁸⁸

Para la Corte Interamericana, que coincide con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una violación al derecho a la igualdad y no discriminación puede ser también el resultado de una discriminación indirecta, reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas u otras medidas que aunque tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos en ciertos grupos vulnerables,⁸⁹ ya que el derecho internacional de los derechos humanos no solo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra cierta categoría de personas, aún cuando no se pueda probar la intención discriminatoria.⁹⁰

En este sentido, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.⁹¹

En suma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la facultad de los Estados de fijar sus políticas migratorias; sin embargo, también ha señalado que estas deben ejecutarse en respeto y garantía de los derechos humanos, por lo que se encuentran habilitadas distinciones entre migrantes y nacionales siempre que estas sean objetivas, proporcionales y razonables⁹², por lo que no están autorizados a impulsar acciones y medidas que comporten un trato discriminatorio.

Por su parte, la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, ha advertido que “la incorporación de los derechos humanos en las políticas de migración es la única manera de lograr el resultado deseado de garantizar que los derechos humanos de los migrantes sean efectivamente respetados, protegidos y promovidos por todos.”⁹³

4.2.2. Derecho a solicitar asilo y recibir refugio.

El asilo es una figura de tradición latinoamericana, cuya codificación inicia por medio de tratados de carácter regional, como el Tratado de Derecho Penal Internacional en 1889; la Convención sobre Asilo de 1928; la Convención sobre Asilo Político de 1933; la Convención sobre Asilo Territorial y la Convención sobre Asilo Diplomático, ambas de 1954, hasta el reconocimiento de un derecho individual de buscar y recibir asilo, que fue realizado en el artículo XXVII de la Declaración Americana, con lo cual se superó el entendimiento histórico

⁸⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. párr. 119.

⁸⁹ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, supra, párr. 234 y 235.

⁹⁰ Idem. párr. 234.

⁹¹ Corte IDH. Caso Vélez Loo vs. Panamá, supra, párr. 248.

⁹² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, supra, párr. 168; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, supra, párr. 402.

⁹³ Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, A/71/285, (4 de agosto de 2016).

de esa institución como una mera prerrogativa estatal, bajo las diversas convenciones interamericanas sobre asilo.

La evolución regional del concepto tradicional de asilo, a partir del desarrollo normativo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, fue seguido a nivel universal con la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, cuyo artículo 14 reconoció explícitamente “el derecho de buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”.⁹⁴

Posteriormente, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobada en 1951 para tratar las situaciones de los refugiados como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, puso énfasis en la prohibición de devolución y el derecho de asimilación. Su Protocolo de 1967 amplió la aplicabilidad de esta Convención al eliminar las restricciones geográficas y temporales que habían delimitado su aplicación a personas desplazadas en dicho contexto.⁹⁵

Si bien la Convención de 1951 no estableció el asilo como un derecho de manera explícita, este se considera implícitamente incorporado en su texto, que menciona la definición de refugiado, el principio de no devolución y un catálogo de derechos de las personas refugiadas. Con la protección de la Convención de 1951 y su Protocolo del 1967, la institución del asilo asumió una específica forma y modalidad a nivel universal: la del estatuto del refugiado.⁹⁶

En 1969 el derecho de toda persona a buscar y recibir asilo fue reconocido en el artículo 22.7 de la Convención Americana, que expresa dos criterios de orden acumulativo para la existencia o ejercicio de ese derecho: a) “...de acuerdo con la legislación de cada país...”, y b) “...de acuerdo con los convenios internacionales”. En atención a este último criterio, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención Americana, para interpretar la normativa convencional y determinar los alcances de las obligaciones estatales, la Corte toma en cuenta en forma complementaria las fuentes, principios y criterios del Derecho Internacional de Refugiados, como normativa especial aplicable a situaciones de determinación del estatuto de refugiado de una persona y sus derechos correlativos, sin establecer una jerarquía entre órdenes normativos.⁹⁷

La Declaración de Cartagena sobre Refugiados, que fue adoptada en 1984, amplió la definición de refugiado contemplada en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 y consideró también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.⁹⁸

⁹⁴ Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, supra, párr.137.

⁹⁵ Idem. párr. 138.

⁹⁶ Idem. párr. 139.

⁹⁷ Idem. párr. 140, 142 y 143.

⁹⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. supra, párr. 76.

4.2.2.1. Niñas y niños solicitantes de refugio y asilo.

De acuerdo a la Corte Interamericana, para cumplir con los compromisos internacionales, los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, ya sea como refugiado o de algún otro tipo.⁹⁹ Además, el derecho de los niños y niñas a buscar y recibir asilo, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, comporta deberes específicos por parte del Estado receptor, los cuales incluyen:

- (i) permitir que la niña o el niño pueda petitionar el asilo o el estatuto de refugiado, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo.
- (ii) no devolver a la niña o al niño a un país en el cual puede sufrir riesgo de ser afectada su vida, libertad, seguridad o integridad, o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo;
- (iii) otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar.¹⁰⁰

Para la Corte Interamericana, en virtud de la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana, los procedimientos para identificar a niñas y niños potenciales solicitantes de asilo y determinar su condición de refugiado deben incorporar, además de las garantías generales de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, los componentes y las garantías específicas desarrolladas a la luz de la protección integral debida a todas las niñas y niños, por lo que los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño deben orientar los aspectos sustantivos y procedimentales de la determinación de la solicitud de la condición de refugiado de una niña o niño.¹⁰¹

En este sentido, cuando se identifica a una niña o un niño migrante como un potencial solicitante de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado, los componentes esenciales para el cumplimiento de las obligaciones estatales son los siguientes:

- (i) debe recibir la orientación necesaria del procedimiento a seguir en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR o la entidad que haga sus funciones en caso de no encontrarse en el país.

⁹⁹ Idem. párr. 82.

¹⁰⁰ Idem. párr. 81.

¹⁰¹ Idem. párr. 246.

- (ii) debe otorgarse las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete y en su caso, el acceso a asesoría y representación legal para someter su solicitud ante las autoridades y durante el trámite de la misma.
- (iii) la representación legal debe ser gratuita y contar con capacitación especializada. Al igual que en los procedimientos migratorios, en caso de niñas o niños no acompañados o separados, es una obligación ineludible el nombramiento de un tutor que vele por el bienestar e interés superior de la niña o del niño.
- (iv) una vez que la niña o el niño es referido a la autoridad competente, que debe estar claramente identificada en el marco del procedimiento establecido, esta debe realizar el examen de la solicitud con objetividad, por lo que es un requisito ineludible una entrevista personal para que el solicitante exponga su caso y se garantice su derecho a ser oído, lo que permite recabar información sobre la situación actual de la niña o niño solicitante, obtener y comprobar todos los elementos de prueba accesibles e identificar necesidades inmediatas de asistencia como ropa, comida e higiene, entre otras.
- (v) En los supuestos en que las niñas o los niños no pudieran dar una entrevista, corresponde atender a los métodos de comunicación no verbales que resulten más idóneos en cada caso concreto para dar cumplimiento al principio de participación.
- (vi) se debe otorgar una atención prioritaria para la entrevista a niñas y niños no acompañados, luego a los separados, después de estos a los acompañados de un solo progenitor y, finalmente, a los que vienen como parte de una familia, a fin de atender oportunamente y determinar la urgencia de la necesidad de protección.
- (vii) la entrevista debe realizarse en un lugar adecuado a las necesidades y seguridad de las niñas y niños y por un profesional que cuente con una capacitación especializada.
- (viii) con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud, así como el principio de confidencialidad.¹⁰²

4.2.3. Derecho a la libertad personal.

La Declaración Americana en sus artículos I y XXV y la Convención Americana en su artículo 7, contemplan el derecho a la libertad personal.

Tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado ampliamente los requisitos que debe satisfacer las restricciones al derecho a la libertad personal para ser legítimas.

¹⁰² Idem. párr. 249-255.

4.2.3.1. Excepcionalidad y no arbitrariedad de la detención por razones migratorias.

La Comisión Interamericana ha sostenido que, en términos generales, en materia de derecho a la libertad personal debe regir el principio que la privación de libertad es una medida excepcional.¹⁰³ Considera además, que las infracciones migratorias no deben tener un carácter penal, por lo que el estándar de excepcionalidad de la privación de libertad debe ser más elevado en el caso de detenciones por razones migratorias, de forma que los Estados deben establecer leyes y políticas de inmigración que contemplen el derecho del migrante a permanecer en libertad durante el desarrollo de procedimientos migratorios, salvo que al realizar una evaluación individualizada, se considere una medida necesaria para cumplir con un interés legítimo del Estado, como asegurar la comparecencia de una persona al trámite de determinación de estatus migratorio y posible deportación.¹⁰⁴

Este criterio coincide con el de la Corte Interamericana que ha determinado que controlar y regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras en el territorio de un Estado puede ser un fin legítimo acorde a la Convención, ya que es parte de la facultad de los Estados de fijar sus políticas migratorias, por lo que la utilización de detenciones preventivas puede ser idónea para regular y controlar la migración irregular, asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación; pero hace suya la opinión del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias¹⁰⁵, en el sentido que “la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias”.¹⁰⁶

En este sentido, la Corte Interamericana entiende que si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes y ser compatibles con las normas de protección establecidas en la Convención Americana.¹⁰⁷

Sobre detenciones bajo argumentos de “seguridad y orden público”, la Comisión ha sostenido que esto solo es admisible en circunstancias excepcionales, frente a serios indicios del riesgo que representa una persona. Además, la decisión sobre la detención debe explicar las razones que la sustentan y las circunstancias particulares por las cuales se considera el riesgo, debido a que la sola existencia de antecedentes penales, en el caso de inmigrantes que

¹⁰³ CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553 (Fondo) Jorge, José y Dante Peirano Basso (República Oriental del Uruguay) del 6 de agosto de 2009, párr. 93 y ss.

¹⁰⁴ CIDH. Rafael Ferrer- Mazorra y otros (Estados Unidos), Informe No. 51/01 (fondo), Caso 9903, párr. 219 (4 de abril de 2001); y CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Principio III(2) (2008).

¹⁰⁵ Naciones Unidas, “Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo”, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008, párr. 53

¹⁰⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 147; Caso Vélez Loor vs. Panamá, supra, párr. 169 y 171; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 359.

¹⁰⁷ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. supra, párr. 97.

han cumplido una condena penal, no es suficiente para sustentar la detención.¹⁰⁸

Para la Corte Interamericana cuando la detención se produzca por razones de “seguridad y orden público”, esta debe cumplir con todas las garantías del artículo 7 de la Convención Americana, por lo que una resolución en este sentido debería satisfacer el fundamento jurídico razonado y objetivo sobre la procedencia y necesidad de dicha medida.¹⁰⁹

Al realizar un análisis sobre la arbitrariedad de una detención, la Corte advierte que no debe equipararse el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a la ley”, sino que debe interpretarse de forma más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad”. Cualquier detención, por tanto, debe llevarse a cabo no solo de acuerdo a las disposiciones de derecho interno, sino que es necesario que la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos, sean en sí mismos compatibles con la Convención.¹¹⁰

La misma Corte, ha retomado el criterio del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria y de la Relatora de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, que ha sostenido que en caso de detención de una persona por su situación migratoria irregular “[l]a ley deberá prever un plazo máximo de retención que en ningún caso podrá ser indefinido ni tener una duración excesiva”, a fin de que la prolongación indebida de la detención de personas migrantes no se transforme en una medida punitiva.¹¹¹

En este mismo sentido se ha expresado la Relatora de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, quien ha sostenido que “[l]a detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo”.¹¹² Este criterio, es coherente con el sostenido en su informe de 2010¹¹³, por el entonces Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, quien se refirió a la tendencia creciente “a la penalización de la migración irregular de los abusos cometidos contra migrantes durante todas las etapas del proceso migratorio” advirtió además sobre los peligros del “uso desproporcionado del sistema de justicia penal para administrar la migración irregular”.

La Relatora de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, en este sentido ha sostenido que debe garantizarse que “la detención de migrantes sea siempre una medida de último recurso, admisible únicamente cuando sea razonable, necesaria y proporcionada, decidida caso por caso, y ejecutada durante el período de tiempo más breve posible; elaborar alternativas a la detención basadas en los derechos para la mayoría de los

¹⁰⁸ CIDH. Rafael Ferrer- Mazorra y otros (Estados Unidos), supra, párr. 221.

¹⁰⁹ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá, supra, párr. 116.

¹¹⁰ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, supra, párr. 133.

¹¹¹ Naciones Unidas, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Anexo II, Deliberación No. 5: Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo, 1999, E/CN.4/2000/4, Principio 7, citado por la Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá, supra, párr. 117.

¹¹² Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá, supra, párr. 169.

¹¹³ Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, Jorge Bustamante, A/65/222, (3 de agosto de 2010).

casos; y garantizar que jamás se detenga a los niños migrantes y las familias con niños por razones relacionadas con su condición administrativa de inmigrantes.”¹¹⁴

4.2.3.2. Principio de legalidad en la privación de libertad de personas migrantes.

Para la Corte Interamericana, la limitación a la libertad física así sea por un período breve, debe respetar el principio de legalidad y ajustarse a las causas y procedimientos previamente establecidos en la legislación interna. La detención con simples fines de identificación debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando esta sea compatible con la Convención.¹¹⁵

Además, para la Corte Interamericana, el control de la legalidad de las detenciones exige garantizar ciertos estándares mínimos como un registro de detenidos y la obligación de consignar la información de extranjeros detenidos con el objeto de ser deportados.¹¹⁶

4.2.3.3. Obligación de informar de los motivos de la privación de libertad a la persona migrante.

La Corte IDH ha sostenido que conforme al artículo 7.4 de la Convención Americana, la información de los “motivos y razones” de la detención debe darse “cuando ésta se produce” y cumpliendo dos obligaciones: a) la información oral o escrita sobre las razones de la detención, y b) la notificación, por escrito, de los cargos”.¹¹⁷

Tratándose de personas extranjeras, la Corte también ha establecido que debe utilizarse un idioma que la persona comprenda y en el caso de niñas o niños es requerido un lenguaje adecuado a su desarrollo y edad, de forma que tenga a su disposición toda la información necesaria en cuanto a sus derechos, especialmente su derecho a solicitar asilo; a contar con asistencia jurídica; a ser oído; a tener acceso a la información sobre la asistencia consular y, en su caso, a que se le designe un tutor.¹¹⁸

4.2.3.4. Obligación de poner a la persona migrante privada de libertad a disposición de autoridad judicial competente, para la revisión judicial de la medida y acceso a recursos efectivos.

La Corte Interamericana ha interpretado que la garantía de toda persona detenida o retenida, de ser llevada sin demora ante un juez o funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, contemplada en los artículos 7.5 de la Convención Americana y

¹¹⁴ Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Migrantes, A/71/285, (4 de agosto de 2016).

¹¹⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 191.

¹¹⁶ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, supra, párr. 131.

¹¹⁷ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, supra, párr. 132; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, supra, párr. 369; y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C. No. 220, párr. 106.

¹¹⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 197.

XXV de la Declaración Americana, debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal.¹¹⁹

De acuerdo a la Corte, para que la revisión judicial constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, esta debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél.¹²⁰

En relación a esta misma garantía, la Corte ha advertido que el artículo 7.6 de la Convención es claro al disponer que la autoridad que debe decidir la legalidad del “arresto o detención” debe ser “un juez o tribunal”, con lo cual la Convención está resguardando que el control de la privación de la libertad debe ser judicial. En este sentido, en el caso de las detenciones ordenadas por una autoridad administrativa el Tribunal ha estimado que la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan derechos fundamentales.¹²¹

Sobre el acceso a recursos efectivos, la Corte ha referido que los recursos no solo deben existir formalmente en la legislación sino que deben ser efectivos, esto es, cumplir con el objetivo de obtener sin demora una decisión sobre la legalidad del arresto o de la detención.¹²²

Para la Corte este derecho adquiere una relevancia especial en los casos de niñas y niños migrantes, si se considera que no han sido debidamente escuchados o que sus opiniones no han sido tenidas en consideración, por lo que la instancia de revisión debe permitir, entre otras cuestiones, identificar si la decisión ha tenido debidamente en consideración el principio del interés superior. Además, para asegurar que la revisión judicial sea eficaz para la protección de los derechos de los niños y niñas migrantes, la Corte ha sostenido que es necesario que el recurso judicial mediante el cual se impugna una decisión en materia migratoria tenga efectos suspensivos, de manera que una orden de deportación debería ser suspendida hasta que se profiera la decisión judicial de la instancia ante la que se recurre.¹²³

Para la Comisión los procedimientos de revisión de la decisión de privación de libertad a causa de una situación migratoria también deben cumplir las garantías del debido proceso, incluido el derecho de ser escuchado por un agente imparcial en la toma de decisiones, la oportunidad de presentar pruebas y refutar el argumento del Estado, así como la posibilidad de ser representado por un asesor letrado.¹²⁴

¹¹⁹ Idem. párr. 198.

¹²⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14., supra, párr. 198; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, supra, párr. 372.

¹²¹ Corte IDH. Caso Vélez Llor vs. Panamá, supra, párr. 126; Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 206; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, supra, párr. 375 y 376.

¹²² Corte IDH. Caso Vélez Llor vs. Panamá, supra, párr. 129 y 139; Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 206; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, supra, párr. 376.

¹²³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 141 y 142.

¹²⁴ CIDH. Rafael Ferrer Mazorra y otros (Estados Unidos),. parr. 213.

En el estándar de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las retracciones a la libertad personal para ser legítimas, deben satisfacer los requisitos de control de la legalidad de la detención por una autoridad competente¹²⁵, debe informarse a la persona migrante los motivos de la privación de libertad¹²⁶ y el acceso a recursos efectivos para impugnar la detención; además, se consideran incompatibles con las obligaciones derivadas de la Convención Americana las medidas de carácter punitivo para realizar control migratorio.¹²⁷

El derecho a la libertad personal, es también abordado por los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos respecto de grupos en mayor situación de vulnerabilidad, como solicitantes de asilo, refugio, familias migrantes y niñas y niños migrantes no acompañados y demás.

4.2.3.5 Solicitantes de asilo.

Respecto a solicitantes de asilo y refugio, la Comisión ha señalado que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), al interpretar la Convención sobre los Refugiados, concluyó que “como principio general, los solicitantes de asilo no deberían ser detenidos” y que “[d]ebería existir una presunción contra la detención [de solicitantes de asilo]”. Además, conforme a los términos del artículo 31, “sólo se debería recurrir a la detención en casos de necesidad” y tal necesidad solo se presenta por las razones prescritas por la ley para proceder a la verificación de identidad; determinar los elementos que sirven de base a la solicitud de la condición de refugiado o del asilo; para tratar los casos en que los refugiados o solicitantes de asilo han destruido sus documentos de viaje y/o de identidad o han hecho uso de documentos falsos a fin de inducir a error a las autoridades del Estado donde tienen la intención de solicitar asilo; o para preservar la seguridad nacional o el orden público (CIDH, 2010).

En caso de ser necesaria la detención de un solicitante de asilo, como mínimo deben respetarse los siguientes derechos:

- (i) a recibir pronta y completa comunicación sobre cualquier orden de detención, junto con las razones que la motivan y sus derechos en relación a dicha orden, en idioma y términos que les sean comprensibles;
- (ii) a estar informados de su derecho a tener asesoramiento legal y cuando fuera posible, recibir asistencia legal gratuita;
- (iii) a que la decisión sea sujeta a revisión automática y periódica ante una instancia judicial o administrativa que sea independiente de las autoridades que efectúan la

¹²⁵ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá, supra, párr. 109; caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, supra, párr. 139.

¹²⁶ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, supra, párr. 132; Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 197; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, supra, párr. 369.

¹²⁷ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, supra, párr. 359.

detención;

- (iv) a cuestionar la necesidad de la privación de la libertad, ya sea personalmente o a través de un representante, durante la audiencia de revisión, y a rebatir cualquier fallo que se hubiera pronunciado;
- (v) a contactar y ser contactado por la Oficina local del ACNUR, comisiones nacionales de refugiados disponibles u otras agencias y a un defensor y tener comunicaciones privadas con estos representantes (CIDH, 2010).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado la necesidad de establecimiento de algún tipo de protección estandarizada para las personas que no han sido reconocidas como migrantes regulares o no califican como refugiados pero que su devolución sería, sin embargo, contraria a las obligaciones generales sobre no devolución bajo el derecho internacional. Para esto ha retomado la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *M.S.S. Vs. Bélgica y Grecia*, en el cual consideró que el hecho de que se deje a una persona solicitante de asilo en una situación precaria, sin acceso a determinadas condiciones mínimas de vida, puede llegar a constituir una violación a la prohibición de trato inhumano o degradante.¹²⁸

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo que se refiere a niñas y niños, retoma el criterio del Comité de los Derechos del Niño, que ha concluido que la obligación de no devolver no se limita al peligro real que pueda existir para la niña o el niño de daño irreparable a sus derechos contenidos en los artículos 6 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que también aplica a otras violaciones de los derechos garantizados por dicho instrumento consideradas graves, como por ejemplo “la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios”¹²⁹, “sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción inacción”.¹³⁰

La Corte concuerda con el Comité de los Derechos del Niño en cuanto a que “[e]l retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redundará en el interés superior” por lo que se encuentra prohibido cuando “produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del [niño o niña] y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución”.¹³¹

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), ha sostenido además, que cuando se trata de niños y niñas, los Estados deben garantizar el acceso “a la protección, la no devolución y un trato humanitario mínimo”.¹³²

¹²⁸ Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 237.

¹²⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párrs. 26 y 27.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ *Idem*, párr. 84.

¹³² ACNUR. La protección de los refugiados en situaciones de afluencia masiva: marco global para la protección, UN Doc. EC/GC/01/4, 19 de febrero de 2001, párr. 6.

4.2.3.6 Familias migrantes y niñas, niños no acompañados.

Respecto a familias migrantes y niñas y niños no acompañados, la Comisión ha sostenido que a partir de la naturaleza de los artículos V, VI y VII de la Declaración Americana, interpretados en relación con las obligaciones en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño¹³³, la interferencia en la vida familiar y potencial separación de una familia, solo se justifica cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin (CIDH, 2010).

En este sentido, la Comisión ha advertido que tomando en cuenta la protección de la vida familiar consagrada en los citados artículos, es posible concluir que las familias y las mujeres embarazadas solicitantes de asilo no deben ser detenidas y que, si lo son, no deben ser sometidas a condiciones de tipo carcelario. Los niños y niñas no acompañados tampoco deben ser detenidos, atendiendo al “principio de interés superior del niño”, establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y al principio de excepcionalidad que rige a la privación de libertad en general y a la privación de libertad por infracciones migratorias, el cual se hace aún más estricto cuando se trata de niños y niñas, caso en el que solo circunstancias de mucho peso podrían justificar una medida de esa naturaleza (CIDH, 2010).

Sobre este punto, la Corte Interamericana ha señalado que “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 medidas que propendan al cuidado y bienestar de la niña o del niño con miras a su protección integral antes que a su privación de libertad [...]. 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 niña o del niño migrante y el principio rector de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y a su desarrollo, [...] a través de medidas adecuadas a sus necesidades.”¹³⁴

La Corte advierte por otra parte que el alcance de la respuesta estatal, a la luz del interés superior de la niña o del niño, adquiere características particulares a partir de la situación concreta en la que se halle la niña o el niño. Para la Corte, no es procedente la privación de libertad de niñas y niños no acompañados o separados de su familia, pues el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña o del niño, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad.¹³⁵ La Corte retoma la línea del Comité de los Derechos del Niño que ha sostenido:

“En aplicación del artículo 37 de la Convención y del principio del interés superior del menor, no debe privarse de libertad, por regla general, a los menores no acompañados o

¹³³ Esta Convención fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Fue ratificada por El Salvador el 10 de julio de 1990 y entró en vigor el 2 de septiembre de ese mismo año, de conformidad con el artículo 49.

¹³⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 155.

¹³⁵ Idem. párr. 157.

separados de su familia. La privación de libertad no podrá justificarse solamente por que el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente. [...] Por consiguiente, deber hacerse todo lo posible, incluso acelerar los procesos pertinentes, con objeto de que los menores no acompañados o separados de su familia sean puestos en libertad y colocados en otras instituciones de alojamiento.”¹³⁶

En relación a niñas y/o de niños que se encuentran junto a sus progenitores, señala la Corte Interamericana que el mantenimiento de la unidad familiar, en razón de su interés superior, no constituye razón suficiente que legitime o justifique la procedencia excepcional de una privación de libertad de la niña o del niño junto con sus progenitores, por el contrario, 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.¹³⁷

La Corte sostiene que ya sean niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores o aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, un Estado no puede recurrir a la privación de libertad para cautelar los fines de un proceso migratorio, ni puede fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño.¹³⁸

Para la Corte Interamericana, las garantías que conforme al derecho internacional de los derechos humanos, deben regir en todo proceso migratorio que involucre a niños y niñas son las siguientes:

- (i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio;
- (ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado;
- (iii) el derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales;
- (iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete;
- (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular;

¹³⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, [...], párr. 61.

¹³⁷ Idem. párr. 158.

¹³⁸ Idem. párr. 160.

- (vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante;
- (vii) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados;
- (viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada;
- (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y
- (x) el plazo razonable de duración del proceso.¹³⁹

4.2.4. Derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

La Comisión ha sostenido que el artículo XXVI de la Declaración Americana, que establece “[t]oda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública...” es igualmente aplicable a los procesos administrativos de inmigración, ya que “negar a una alegada víctima la protección del artículo XXVI simplemente en virtud de la naturaleza de los procedimientos de inmigración 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”¹⁴⁰ (CIDH, 2010).

De acuerdo a la Comisión, el artículo 8 de la Convención Americana reafirma los derechos consagrados en el artículo XXVI de la Declaración Americana y “establecen los elementos básicos del debido proceso a que tienen derecho todos los inmigrantes, cualquiera sea su situación”¹⁴¹, de forma que durante un proceso que pueda resultar en una sanción, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: i) derecho a una audiencia sin demora con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial; ii) notificación previa en detalle de los cargos que se le imputan; iii) derecho a no ser obligado a declararse culpable de los cargos que se le imputan; iv) derecho a un traductor y/o intérprete libre de cargos; v) derecho a la representación letrada; vi) derecho a reunirse libremente y en forma privada con su abogado; vii) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, y derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (CIDH, 2010).

¹³⁹ Corte IDH. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 116.

¹⁴⁰ CIDH, Andrea Mortlock (Estados Unidos), Informe No. 63/08 (admisibilidad y fondo) Caso No. 12.534, párr. 83 (25 de julio de 2008).

¹⁴¹ CIDH, Segundo Informe de Progreso del Relator Especial sobre los Trabajadores Migrantes, Informe Anual 2000, párr. 90 (16 de abril de 2001); Wayne Smith (Estados Unidos), Informe No. 56/06 (admisibilidad), Caso No. 12.562, párr. 51 (20 de julio de 2006); CIDH, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Alberto Barón Guttlein y Randolph Izal Elorz (México), Informe No. 49/99, (fondo), Caso No. 11.610, párr. 46 (13 de abril de 1999).

Respecto al artículo 8 de la Convención Americana, la Corte IDH ha señalado que las garantías del debido proceso deben ser respetadas por los órganos administrativos que ejerzan funciones jurisdiccionales, lo que es particularmente importante en el caso de las personas migrantes, ya que muchas veces son los órganos administrativos los encargados de decidir las sanciones migratorias. Además, ha destacado la necesidad de que las personas migrantes tengan acceso sin discriminación, a los medios y recursos que le permitan amparar sus derechos, independientemente de su situación migratoria.¹⁴² En este sentido, ha señalado que los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por la Convención Americana y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática.¹⁴³

También ha aclarado que las 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”¹⁴⁴ y ha advertido que se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio, por lo que el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real.¹⁴⁵

Para la Corte Interamericana, el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aún cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.¹⁴⁶

En el ámbito del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos, al interpretar específicamente el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴⁷, referido a la prohibición de expulsión de extranjeros, determinó que “los derechos establecidos en [dicho] artículo 13 sólo protegen a los extranjeros que se encuentren lícitamente en el territorio de un Estado Parte [...] No obstante, si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que

¹⁴² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, supra, párr. 107 y 122; Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, supra, párr. 159.

¹⁴³ Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC- 8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 42.

¹⁴⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, supra, párr. 124; y Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, supra, párr. 157.

¹⁴⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, supra, párr. 126.

¹⁴⁶ Corte IDH. Caso Vélez Loo vs. Panamá, supra, párr. 143.

¹⁴⁷ Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, Art. 13: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”.

desemboque en su expulsión o deportación debe adaptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13¹⁴⁸; es decir, debe cumplir con las siguientes garantías: i) sólo podrá expulsarse a un extranjero en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley, y ii) se debe facultar al extranjero la posibilidad de: a) exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión; b) someter su caso a revisión ante la autoridad competente, y c) hacerse representar con tal fin ante ellas.¹⁴⁸

Frente a la misma situación de expulsión de extranjeros, la Comisión de Derecho Internacional ha expresado que los extranjeros deben recibir las siguientes garantías procesales: i) condiciones mínimas de detención durante el procedimiento; ii) presentar razones en contra de las expulsiones; iii) asistencia consular; iv) derecho a estar representado ante autoridad competente; v) derecho a contar con asistencia gratuita de un intérprete, y vi) derecho a ser notificado de la decisión de expulsión y recurrirla.¹⁴⁹

4.2.4.1. Derecho a la defensa técnica.

La Corte Interamericana ha resaltado la trascendencia de la asistencia letrada respecto de personas extranjeras que puede no conocer el sistema legal de un país y encontrarse en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privadas de libertad, lo que requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios. Para la Corte, la asistencia debe ser ejercida por un profesional del Derecho para poder satisfacer los requisitos de una defensa técnica y si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento.¹⁵⁰

4.2.4.2. Derecho de acceso efectivo a la asistencia consular.

La Corte Interamericana también ha señalado que el derecho del detenido extranjero a la información sobre la asistencia consular, conforme al artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, es un derecho individual y una garantía mínima protegida dentro del sistema interamericano.¹⁵¹ El derecho individual de solicitar asistencia consular a su país de nacionalidad debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas, para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.¹⁵²

Si el Estado que envía decide brindar su auxilio, en ejercicio de los derechos que le

¹⁴⁸ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, supra, párr. 161.

¹⁴⁹ Idem, párr. 163.

¹⁵⁰ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá, supra, párr. 132; Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, supra, párr. 164.

¹⁵¹ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá, supra, párr. 151.

¹⁵² Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. párr. 195; Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 125.

confiere el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión.¹⁵³

Para la Corte, en el caso de extranjeros que se ven sujetos a un procedimiento penal, del que dependen sus bienes jurídicos más valiosos y, eventualmente, su vida misma, la notificación del derecho a comunicarse con el representante consular de su país, contribuirá a mejorar considerablemente sus posibilidades de defensa y a que los actos procesales en los que interviene - y entre ellos los correspondientes a diligencias de policía - se realicen con mayor apego a la ley y respeto a la dignidad de las personas.¹⁵⁴

Es así que desde la óptica de los derechos de la persona detenida tres son los componentes esenciales del derecho debido al individuo por el Estado Parte: 1) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena; 2) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y 3) el derecho a la asistencia misma.¹⁵⁵

Debido a la especial vulnerabilidad de las niñas o niños que se encuentran fuera de su país de origen y, en especial, de aquellos no acompañados o separados, el acceso a la comunicación y asistencia consular se convierte en un derecho que cobra una especial relevancia y que debe ser garantizado y tratado de manera prioritaria por todos los Estados, en especial por las implicancias que puede tener en el proceso de recabar información y documentación en el país de origen, así como para velar por que la repatriación voluntaria únicamente sea dispuesta si así lo recomienda el resultado de un procedimiento de determinación del interés superior de la niña o del niño, de conformidad con las debidas garantías, y una vez que se haya verificado que la misma puede realizarse en condiciones seguras, de modo tal que la niña o niño recibirá atención y cuidado a su regreso.¹⁵⁶

4.2.4.3. Debido proceso en procedimientos migratorios que involucren niñas y niños.

La Corte Interamericana ha precisado que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio, por lo que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aún cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.¹⁵⁷

Además, en procesos administrativos o judiciales en los que se encuentre en controversia algún derecho de una niña o niño, las garantías del artículo 8 de la Convención deben

¹⁵³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Decisión de 1 de octubre de 1999. párr. 84 y 86; Caso Tibi vs. Ecuador, supra, párr. 112.

¹⁵⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, supra, párr. 84 y 86. párr. 121.

¹⁵⁵ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá, supra, párr. 153.

¹⁵⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 128.

¹⁵⁷ Idem. párr. 113.

correlacionarse con los derechos que establece el artículo 19 de la misma Convención y VII de la Declaración Americana. Esto debe entenderse en el sentido que la observancia por parte de los Estados de las garantías de debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas y niños, debido a que su participación en un proceso migratorio no se da en las mismas condiciones que un adulto.¹⁵⁸

Todo migrante tiene derecho a que se le notifique la existencia de un proceso en su contra y en el caso de niñas y niños migrantes, debe garantizarse la existencia de personal capacitado para comunicarle a la niña o niño, de acuerdo al desarrollo de sus capacidades cognitivas, que su situación está siendo sometida a consideración administrativa o judicial, para que el derecho a la defensa pueda ser ejercido por la niña o niño, en el sentido de entender lo que está sucediendo y poder dar su opinión en lo que estime pertinente.¹⁵⁹

En lo que concierne a procedimientos que involucren a niñas y niños, los Estados deben garantizar que las personas que intervengan en los mismos se encuentren debidamente capacitadas, de forma que puedan identificar las necesidades especiales de protección de la niña o niño, de conformidad con el interés superior.¹⁶⁰

En el caso de las niñas y niños migrantes, y particularmente, en el caso de aquellos no acompañados o separados de sus familias, el Estado debe asegurar el derecho a ser oído, para lo cual debe garantizarse el desarrollo del proceso en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña o niño y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado, de modo que la niña o el niño se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado.¹⁶¹

También resulta esencial que todas las decisiones adoptadas en el marco de un proceso migratorio que involucre a niñas o niños estén debidamente motivadas, ya que la Corte ha indicado que el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de las personas a ser juzgadas por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.¹⁶²

4.2.5. Derecho a un trato humano durante la detención.

Conforme al artículo XXV de la Declaración Americana, toda persona detenida “tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.” La Comisión Interamericana ha interpretado este derecho apoyada en las Reglas Mínimas de las Naciones

¹⁵⁸ Idem. párr. 114.

¹⁵⁹ Idem. párr. 117.

¹⁶⁰ Idem. párr. 121.

¹⁶¹ Idem. párr. 123.

¹⁶² Idem. párr. 137.

Unidas para el Tratamiento de Reclusos¹⁶³ y en el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención.¹⁶⁴

En el Sistema Universal, los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos¹⁶⁵ también establecen que los reclusos deben ser tratados con el respeto que merece su dignidad y valor inherente de ser humano y sin discriminación, con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento. El principio 5 expresamente recoge que todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas de los que un Estado sea parte.

La Comisión Interamericana también cuenta con sus propios “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas” (en adelante también Principios Interamericanos sobre la Detención), que explican las protecciones del artículo XXV y que resaltan que “[b]ajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social” (CIDH, 2010).

Si bien para la Comisión la detención en materia migratoria debe ser excepcional y su aplicación debe estar conforme con ciertos requisitos, en aquellos casos excepcionales en los que la privación de libertad sea necesaria, se deben tomar en consideración tanto criterios generales en materia de trato humano, como aquellas garantías especiales que deben ser dispuestas para asegurar que las detenciones migratorias, en tanto civiles, no tengan un carácter punitivo (CIDH, 2010).

El Principio II de los Principios Interamericanos sobre Detención prevé que pueden y deben tomarse medidas para proteger a las poblaciones vulnerables, como las mujeres embarazadas y los detenidos con discapacidad física o mental y que esas medidas “estarán sujetas a revisión de un juez u otra autoridad competente, independiente e imparcial”.

Además, dichos Principios ofrecen pautas sobre disposiciones básicas, como el derecho a la alimentación, agua potable, alojamiento, higiene, vestimenta, actividades educativas, recreación, libertad religiosa y visitas, a fin de asegurar el trato humano a todos los detenidos

¹⁶³ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

¹⁶⁴ Adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988

¹⁶⁵ Adoptados y proclamados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

bajo custodia de un Estado; también prohíben el hacinamiento en las prisiones y centros de detención, por contrariar el artículo 5 de la Convención Americana.¹⁶⁶

4.2.5.1. Derecho a la atención médica.

La Corte Interamericana ha indicado que “la atención médica en casos de emergencia debe ser brindada en todo momento para los migrantes en situación irregular, por lo que los Estados deben proporcionar una atención sanitaria integral tomando en cuenta las necesidades de grupos vulnerables”.¹⁶⁷

En lo correspondiente a personas privadas de libertad, el Principio IX(3) de los Principios Interamericanos sobre la Detención establece que:

“Toda persona privada de libertad tendrá derecho a que se le practique un examen médico o psicológico, imparcial y confidencial, practicado por personal de salud idóneo inmediatamente después de su ingreso al establecimiento de reclusión o de internamiento, con el fin de constatar su estado de salud físico o mental, y la existencia de cualquier herida, daño corporal o mental; asegurar la identificación y tratamiento de cualquier problema significativo de salud; o para verificar quejas sobre posibles malos tratos o torturas o determinar la necesidad de atención y tratamiento.

La información médica o psicológica será incorporada en el registro oficial respectivo, y cuando sea necesario, en razón de la gravedad del resultado, será trasladada de manera inmediata a la autoridad competente.”

El Principio X refiere el acceso de las personas migrantes detenidas a una atención básica hasta un tratamiento prolongado continuo en el caso de afecciones más graves, así como en relación a medidas especiales para atender las necesidades de salud de los grupos vulnerables -ancianos, mujeres, niños y detenidos con discapacidad física o mental-. Además, dispone que en toda circunstancia, la prestación del servicio de salud deberá respetar los principios de confidencialidad de la información médica; autonomía de los pacientes respecto de su propia salud; y consentimiento informado en la relación médico-paciente.

4.2.5.2. Derecho a la separación de personas acusadas o condenadas por delitos penales.

No obstante la excepcionalidad de la detención en materia migratoria, la Corte Interamericana ha sostenido que de resultar necesario y proporcionado en el caso en concreto, los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin, que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación

¹⁶⁶ CIDH. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Principio XVII.

¹⁶⁷ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. párr. 108.

migratoria u otros lugares donde puedan estar junto con personas acusadas o condenadas por delitos penales.¹⁶⁸

Además, de acuerdo a la Corte, en caso de personas privadas de libertad exclusivamente por cuestiones migratorias, los lugares de detención deben encontrarse diseñados a los fines de garantizar “condiciones materiales y un régimen adecuado para su situación legal, y cuyo personal esté debidamente cualificado”, evitando en lo posible la desintegración de los núcleos familiares.¹⁶⁹

En caso de niñas y niños migrantes, el principio de separación adquiere, según el derecho internacional de los derechos humanos, dos dimensiones:

- (i) se trata de niñas o niños o acompañados o separados, deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos y
- (ii) si se trata de niñas o niños acompañados, deben alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o del niño. Además, se debe tomar en cuenta la edad de las niñas y niños para su atención y cuidado en el centro de alojamiento, garantizando que el espacio de alojamiento de niñas y niños no acompañados o separados esté dividido según las necesidades específicas de grupos etarios y diferenciados de los centros para familias, y así adecuar los recursos humanos y materiales de forma acorde.¹⁷⁰

En consecuencia, el Estado está obligado a adoptar determinadas medidas positivas, concretas y orientadas para garantizar no solo el goce y ejercicio de aquellos derechos cuya restricción no resulta un efecto colateral de la situación de privación de la libertad, sino también para asegurar que la misma no genere un mayor riesgo de afectación a los derechos, a la integridad y al bienestar personal y familiar de las personas migrantes.¹⁷¹

Frente a esta situación de detención de personas migrantes y privación de libertad por su situación irregular junto a personas procesadas o condenadas por delitos penales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, ordenó al Estado la adopción de las medidas necesarias para evitar la repetición de esos hechos y determinó su obligación de adoptar todas “las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos” los derechos reconocidos por la Convención Americana. Advirtió además, que la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes. En particular, en lo relativo a la notificación a los detenidos extranjeros sobre su

¹⁶⁸ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, supra, párr. 208.

¹⁶⁹ Idem. párr. 209.

¹⁷⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 178-179.

¹⁷¹ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, supra, párr. 209.

derecho a la asistencia consular, así como a asegurar la revisión judicial directa ante un juez o tribunal competente para que decida sobre la legalidad del arresto o detención.¹⁷²

De acuerdo con las obligaciones legales de trato humano bajo el artículo XXV de la Declaración Americana, el Principio XIX de los Principios Interamericanos sobre la Detención se requiere la estricta separación de los detenidos en base a sus categorías: mujeres y hombres; niños, niñas y adultos; jóvenes y adultos; personas adultas mayores; procesados y condenados; y personas privadas de libertad por razones civiles y por razones penales (CIDH, 2010).

En este mismo sentido, la Relatora de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes ha recomendado “velar por que los migrantes sometidos a detención administrativa sean alojados en establecimientos públicos destinados específicamente a ese fin o, cuando no sea posible, en instalaciones diferentes de las destinadas a los detenidos por delitos penales.”¹⁷³

4.2.5.3. Derechos específicos de los solicitantes de asilo en detención.

En el caso de solicitantes de asilo que deban ser detenidos, el ACNUR ha establecido directrices que establecen protecciones adicionales a los principios generales del tratamiento humano, que igualmente aplican para los solicitantes de asilo.¹⁷⁴

- (i) entrevista preliminar a todos los solicitantes de asilo al inicio de la detención tendiente a identificar a víctimas de trauma o tortura.
- (ii) separación dentro de las instalaciones de hombres y mujeres; de niños y adultos, a menos que sean parientes;
- (iii) utilizar instalaciones separadas para alojar a los solicitantes de asilo y debe evitarse el uso de cárceles. Si no se dispusiera de instalaciones de detención separadas, los solicitantes de asilo deben estar separados de los criminales convictos o de prisioneros que se encuentran bajo custodia.
- (iv) la posibilidad de recibir tratamiento médico adecuado y, cuando fuera conveniente, apoyo psicológico;
- (v) la posibilidad de realizar algún tipo de ejercicio físico mediante actividades diarias de recreación en espacios cubiertos y al aire libre;
- (vi) la posibilidad de continuar desarrollando su educación o capacitación vocacional;

¹⁷² Idem, párr. 272 y 286.

¹⁷³ Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85, párr. 75(i) (30 de diciembre de 2002).

¹⁷⁴ ACNUR cita el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de 1988. Véase ACNUR, “Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo,” supra, Directriz 10.

- (vii) la posibilidad de practicar su religión y de recibir una dieta acorde con las reglas de su religión.
- (viii) la oportunidad de tener acceso a necesidades básicas, por ejemplo camas, duchas, artículos de tocador de primera necesidad, etc.
- (ix) acceso a un mecanismo de quejas (procedimientos de queja) donde los reclamos puedan presentarse directamente o de manera confidencial a la autoridad de detención. La información sobre los procedimientos para presentar quejas, incluyendo los plazos y procedimientos de apelación, debería estar a la vista y disponible para los detenidos en diferentes idiomas.¹⁷⁵

4.2.6 Derecho a la vida familiar, a la privacidad y a la inviolabilidad del domicilio.

El artículo V de la Declaración Americana señala que “[t]oda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”. De acuerdo con el artículo IX, “[t]oda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio”.

La Comisión Interamericana ha enfatizado 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 [...] la garantía contra la arbitrariedad tiene el propósito de asegurar que toda reglamentación (u otra medida) de este tipo sea congruente con las normas y objetivos de la Convención y sea razonable en las circunstancias imperantes.”¹⁷⁶

De acuerdo a la Comisión, estos derechos tienen importantes implicaciones en la aplicación de las leyes migratorias. En primer lugar, el Estado no debe aplicar las leyes de migración al interior de un domicilio, a menos que tenga una causa probable, en base a información confiable, de la ubicación del individuo y la existencia de un gran riesgo para la comunidad, y siempre y cuando se hayan considerado todas las otras alternativas de aplicación de la ley. En segundo lugar, si un padre o madre migrante, documentado o indocumentado, es detenido por violaciones migratorias, esa detención no puede, bajo ninguna circunstancia, ser usada como un factor para que se pierda la custodia legal sobre sus hijos (CIDH, 2010).

En el caso de hijos o hijas de inmigrantes ciudadanos de Estados Unidos, la Comisión ha sostenido que debe tomarse en cuenta el interés superior del niño al momento de adoptar cualquier decisión respecto de la detención o la deportación de sus padres y en caso de ordenarse la deportación, antes de su ejecución debe observarse el debido proceso en la determinación de la custodia del padre o madre (CIDH, 2010).

¹⁷⁵ ACNUR, “Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo”. Directriz 10 (Febrero de 1999).

¹⁷⁶ CIDH. María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), Informe No. 4/01, (Fondo) Caso 11.625, párr. 47 (19 de enero de 2001).

Por su parte, la Corte ha estimado que el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.¹⁷⁷

Además, la separación de niñas y niños de sus padres, pueden en ciertos contextos poner en riesgo la supervivencia y desarrollo de los mismos, los cuales deben ser garantizados por el Estado según lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención y en el artículo 6 de la Convención sobre Derechos del Niño, especialmente a través de la protección a la familia y la no injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de los niñas y niños, pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo. Además, la participación de los niños adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes o contra su familia, sus padres, representantes o acompañantes, pues este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la subsecuente afectación del bienestar de los niños, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados.¹⁷⁸

La Corte es de la opinión que cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe, al emplear el análisis de ponderación, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual, [...] evaluando y determinando el interés superior de la niña o del niño.¹⁷⁹

Sin embargo, la Corte considera que el derecho a la vida familiar de la niña o del niño no supera per se la facultad soberana de los Estados Partes de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos. Al respecto, cabe señalar que la propia Convención sobre los Derechos del Niño también contempla la posibilidad de separación familiar a raíz de la deportación de uno o ambos progenitores.¹⁸⁰

4.2.7. Derechos laborales de los migrantes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición”, por lo que una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus

¹⁷⁷ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, supra, párr. 226.

¹⁷⁸ Idem. párr. 227.

¹⁷⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 281.

¹⁸⁰ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, supra, párr. 417.

derechos laborales en ese Estado de empleo, con independencia de su situación migratoria, ya que el goce y ejercicio de estos derechos debe realizarse sin discriminación alguna.¹⁸¹

De acuerdo a la Corte el Estado debe respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores independientemente de su condición migratoria y no debe tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de estos, tampoco la violación de sus derechos por parte de empleadores privados, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.¹⁸² Para la Corte “la obligación de respeto de los derechos humanos de los trabajadores migrantes tiene un efecto directo en cualquier tipo de relación laboral, tanto cuando el Estado es el empleador como cuando lo es un tercero, y ya se trate de una persona física o jurídica.”¹⁸³

Finalmente es importante advertir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el conocimiento y decisión de casos concretos, en donde ha analizado el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones convencionales respecto a la garantía de derechos de personas migrantes, ha determinado que la implementación de los programas de educación en derechos humanos, derechos de los migrantes y refugiados a los funcionarios públicos, agentes de control fronterizo y agentes encargados de procedimientos migratorios es crucial para generar garantías de no repetición y para generar capacidades institucionales que eviten la discriminación contra personas migrantes.¹⁸⁴

4.3. Relatoría sobre los derechos de los migrantes

En 1996, en respuesta a la grave situación de los desplazados internos y los trabajadores migrantes y sus familias en diversos países del continente, la Comisión creó la Relatoría sobre Desplazados Internos y la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias.

Estas relatorías sirvieron para brindar mayor atención a los derechos humanos de las personas migrantes y sus familias, así como de los desplazados internos, pero la Comisión también ha centrado su trabajo en la promoción y protección de otros grupos en condición de vulnerabilidad en el contexto de la movilidad humana, como consecuencia de las migración forzadas originadas por dictaduras y conflictos armados que ocurrieron en la región a lo largo del siglo XX.

En 2012, la Comisión modificó el mandato de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias y cambió su nominación a Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes.

El nuevo mandato de la Relatoría está enfocado en promover el respeto y garantía de los derechos de los migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas

¹⁸¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC- 18/03, supra, párr. 133

¹⁸² Idem. párr. 148.

¹⁸³ Idem. párr. 151.

¹⁸⁴ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, supra, párr. 269 y Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, supra, párr. 270.

de trata de personas, desplazados internos, así como otros grupos de personas vulnerables en el contexto de la movilidad humana y para su cumplimiento, la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes lleva a cabo las siguientes funciones:

- Generar conciencia en cuanto a las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos de los migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados internos, así como otros grupos de personas vulnerables en el contexto de movilidad humana;
- Monitorear la situación de los derechos humanos de los migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados internos, así como otros grupos de personas en el contexto de movilidad humana y visibilizar las violaciones a sus derechos;
- Brindar asesoría y dar recomendaciones en materia de políticas públicas a los Estados Miembros de la OEA y a los órganos políticos de la OEA relacionadas con la protección y promoción de los derechos humanos de los migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados internos, así como otros grupos de personas vulnerables en el contexto de movilidad humana, a fin de que se adopten medidas en su favor;
- Elaborar informes y estudios especializados con recomendaciones dirigidas a los Estados Miembros de la OEA para la protección y promoción de los derechos humanos de los migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados internos, así como otros grupos de personas vulnerables en el contexto de movilidad humana;
- Actuar con prontitud respecto a peticiones, casos, solicitudes de medidas cautelares y de elevación de medidas provisionales ante la Corte Interamericana en donde se señale que los derechos humanos de los migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados internos, así como otros grupos de personas en el contexto de movilidad humana, son vulnerados en algún Estado miembro de la OEA (CIDH, 2016).

El desarrollo del presente capítulo ha permitido el cumplimiento del objetivo propuesto, explorar los estándares de protección de las personas migrantes en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, desarrollados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su doctrina y jurisprudencia. Tales estándares contemplan el reconocimiento a los derechos de las personas migrantes, con independencia de su estatus migratorio y sin perjuicio de las facultades soberanas de los Estados de definir sus políticas en materia migratoria, siempre que estas se encuentren apegadas al marco jurídico declarativo, convencional y resolutivo interamericano, que considera a las personas migrantes como sujetos de derechos en una especial condición de vulnerabilidad.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El objetivo de la investigación ha sido determinar si la persona migrante es sujeto especial de protección, a la luz de los estándares del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, para lo cual la investigación se centró en un primer momento en el estudio de la migración salvadoreña en sus diferentes etapas históricas; además, considerando que en el ámbito interamericano hay una ausencia de un instrumento internacional específico que reconozca derechos particulares a la población migrante, la investigación se ocupó de la revisión de los instrumentos interamericanos relevantes para la protección y garantía de los derechos humanos de las personas migrantes y en el análisis de los orígenes y la evolución del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos, así como de la doctrina y jurisprudencia generada por los órganos que lo integran, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas decisiones constituyen una orientación para los Estados de la región para el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Uno de los primeros hallazgos de la investigación se refiere a los flujos migratorios de personas salvadoreñas, los cuales son parte de un fenómeno de larga data, cuyas causas y características han sido determinadas por contextos históricos. Así, entre los años veinte y setentas, estuvo influenciada por factores económicos y se dirigió principalmente a la región centroamericana, mientras que la desarrollada en los años setenta, además de factores económicos, tuvo como motivación la inseguridad social, expectativas de trabajo en el país de destino y factores de carácter político que se irían intensificando en la medida que se instaló el conflicto armado interno en El Salvador.

Las redes de apoyo consolidadas a partir de la migración de personas salvadoreñas hacia Estados Unidos también han funcionado como un factor de atracción y de sostenibilidad de la migración, cuyas cifras estimadas varían de acuerdo al estudio realizado, pero que pueden tener como un parámetro las cifras de personas retornadas, cuya cantidad se ha incrementado y que reflejan un mayor número de niñas, niños y mujeres, aunque la migración continua siendo principalmente de hombres jóvenes, en edad productiva y con un bajo nivel educativo.

También se logró identificar que las principales causas de la migración de personas salvadoreñas en la actualidad están asociadas a factores económicos, la reunificación familiar y la inseguridad, la última de las cuales presenta un incremento, sin que se logre determinar si esto refiere a una situación de violencia en forma directa, a una percepción de la violencia como un fenómeno generalizado, a un tipo específico de violencia, social, delincencial o de género, ni si esto respondería a que las personas migrantes ven esta causa como la mejor posibilidad de obtener estatus migratorio regular en un país de destino.

La ausencia de una estadística completa sobre el fenómeno migratorio salvadoreño en general y los estudios a partir de la población retornada, permite señalar la necesidad de fortalecer la investigación en esta área y de profundizar en las características y dinámicas de los flujos migratorios, así como en el estudio de los factores de expulsión y atracción y de su complementariedad al momento de incidir en la decisión de migrar.

Como parte de la investigación, al realizar una aproximación al origen y evolución del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y a la composición, estructura y funciones de sus órganos principales, se identifica la existencia de un mecanismo regional, de carácter subsidiario, para determinar el cumplimiento por parte los Estados de las obligaciones derivadas de los principales instrumentos del marco jurídico interamericano, limitado sin embargo, en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al reconocimiento de la competencia contenciosa de este tribunal interamericano.

Por otra parte, las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de la doctrina del “control difuso de convencionalidad” desarrollada por la misma Corte en su jurisprudencia¹⁸⁵, forman parte del “bloque de convencionalidad” que todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles de los Estados americanos deben aplicar *ex officio* al momento de emitir sus sentencias.¹⁸⁶

El Sistema Universal de Derechos Humanos, por su parte, especialmente a través de informes la Relatoría Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, ha definido orientaciones sobre las garantías de los derechos humanos de los migrantes, a partir de un análisis del fenómeno migratorio en las diferentes regiones del mundo, a pesar de la ausencia de un marco jurídico universal sobre la migración y aunque por su naturaleza, tales informes carezcan de un carácter jurídico vinculante tal como el de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se concluye además a partir de la revisión de los estándares del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el marco de casos con sentencias de la Corte IDH, que ese tribunal interamericano ha determinado la vulneración a derechos de las personas migrantes derivadas de situaciones relacionadas con la falta de adecuación del derecho interno y de los sistemas jurídicos y administrativos de un Estados a los estándares del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.¹⁸⁷ Adicionalmente, considerando la importancia de la formación de funcionarios y agentes de Estado en derechos humanos, derechos de los migrantes y refugiados, ha determinado la implementación de los programas de educación a los funcionarios públicos, agentes de control fronterizo y agentes

¹⁸⁵ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. párr. 124; Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. párr. 173; Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. párr. 78; Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). vs. Perú. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007, párr. 128.

¹⁸⁶ Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 202.

Como sostiene Nikken, en el ejercicio de su función consultiva la Corte actúa como un órgano jurisdiccional y sus decisiones tienen naturaleza jurisdiccional, por lo que se trata de jurisprudencia como fuente auxiliar del Derecho internacional, en los términos previstos en los artículos 38 y 59 de la Corte Internacional de Justicia.

¹⁸⁷ Corte IDH. Caso Vélez Loo vs. Panamá, *supra*, párr. 272 y 286.

encargados de procedimientos migratorios para generar garantías de no repetición y para generar capacidades institucionales que eviten la discriminación contra personas migrantes.¹⁸⁸

Debe entenderse que la facultad de los Estados de determinar sus políticas migratorias, no excluye su obligación de adoptar medidas especiales para la protección de las personas migrantes en razón de su condición de vulnerabilidad, la obligación de asegurar el principio de igualdad y no discriminación, así como de procurar la transversalización de los derechos de los migrantes para prevenir no solo acciones que tengan un carácter abiertamente discriminatorio, sino todas aquellas cuyo impacto pueda ser discriminatorio.

De la investigación se concluye además que la inmigración irregular no supone la pérdida de derechos de los migrantes y que estos requieren mecanismos adecuados para su protección, principalmente para grupos en una especial condición de vulnerabilidad como niñas y niños migrantes no acompañados o necesitados de protección internacional como solicitantes de asilo y refugio, se identifica el importante rol de la asistencia consular como parte fundamental del debido proceso legal y para la garantía de los demás derechos de las personas migrantes, que incluyen la aplicación de la detención como una medida excepcional y el uso de medidas alternativas, la posibilidad de acceso a recursos, así como el derecho a un trato humano durante la detención.

De conformidad al desarrollo realizado en el Sistema Interamericano sobre los derechos de las personas migrantes y tomando en cuenta el contexto migratorio actual, en el que se presenta un incremento de la migración irregular, sin perjuicio de la facultad de los Estados de determinar sus políticas migratorias, este fenómeno requiere un abordaje político de alto nivel, la puesta en la mesa del tema migratorio en foros internacionales desde una perspectiva integral, en la que se reconozcan las responsabilidades compartidas de los Estados de origen, tránsito y destino y se avance hacia la construcción de un marco jurídico específico en el ámbito interamericano que incorpore derechos, estándares mínimos de protección y obligaciones para los Estados.

A pesar de la ausencia de este marco jurídico específico, las orientaciones derivadas de las decisiones de los órganos que integran el Sistema Interamericano, deberían llevar a que los Estados, en el ejercicio de sus facultades soberanas, incorporen el enfoque de derechos humanos y el carácter humanitario de la migración a perspectivas nacionales fuertemente influenciadas por un enfoque de seguridad, de forma que el marco jurídico interamericano se encuentre realmente incorporado al derecho interno.

¹⁸⁸ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, supra, párr. 269 y Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, supra, párr. 270.

ANEXOS

GUIÓN DE ENTREVISTA CON FUNCIONARIOS/AS DE GOBIERNO

Sobre el perfil institucional

1. ¿Cuáles son las competencias de su institución en el tema migratorio?
2. ¿En qué momento del proceso migratorio interviene?
3. ¿Cuál es el marco jurídico nacional e internacional que determina su competencia y rige sus actuaciones en el tema migratorio?
4. ¿Identifica alguna necesidad de adecuación del derecho interno para cumplir con sus competencias o de creación de instrumentos nacionales, regionales o internacionales?
5. ¿Considera que la actuación de su institución en el tema migratorio tiene un enfoque de seguridad, de derechos humanos ambos y cómo es posible conciliarlos en su caso?
6. ¿Cuáles son las principales acciones, programas y políticas del Gobierno frente a la migración de los salvadoreños y frente a los inmigrantes en El Salvador? Desarrolla su institución alguna en específico?
7. ¿Cuál es el presupuesto institucional para el tema migratorio?

Sobre la migración

1. ¿Considera que el flujo migratorio de salvadoreños ha aumentado en los últimos años, ha sido una constante o se pueden describir algunas variaciones?
2. ¿Cuáles pueden señalarse como las principales causas de la migración y en qué se apoya esta información?
3. ¿A partir de su experiencia institucional cómo describiría el perfil de la persona migrante en la actualidad? (sexo, edad, ocupación, recursos, nivel educativo, etc.)
4. ¿Cuáles identifica como las principales vulneraciones a derechos de las personas migrantes salvadoreñas?
5. ¿Considera que la acción institucional es suficiente para asegurar la garantía de los derechos de la persona migrante salvadoreña? Cuáles son estas acciones?
6. ¿Considera que la acción institucional es suficiente para asegurar la garantía de los derechos de la persona migrante en El Salvador? Cuáles son estas acciones?
7. ¿A nivel institucional hay una caracterización de los flujos migratorios que El Salvador recibe o de la población migrante en El Salvador?
8. ¿Conoce de algún estudio o investigación realizada sobre la migración salvadoreña?

Relación con otros actores

1. ¿Existen otros actores con los que su institución coordine acciones o programas en el tema migratorio? (organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales, sociedad civil)
2. ¿Hay alguna vinculación con la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos?
3. ¿Cuál es el nivel de coordinación con estos actores?
4. ¿Hay alguna diferencia entre el enfoque de trabajo del Gobierno y estos otros actores o identifica algunas posiciones encontradas o en las que no hay coincidencia? (sobre la comprensión del fenómeno migratorio, sus características, las acciones estatales, etc.)

GUIÓN DE ENTREVISTA CON REFERENTES DE ORGANISMOS Y ONG'S

Sobre el perfil institucional

1. ¿Cuál es el trabajo que su oficina u organización desarrolla en el tema migratorio?
2. ¿Tienen intervención en algún momento del proceso migratorio?
3. ¿Cuál es el marco normativo que determina sus actuaciones en el tema migratorio?
4. ¿Identifica alguna necesidad de adecuación del derecho interno o de creación de instrumentos nacionales, regionales o internacionales en el ámbito migratorio?
5. ¿Cuáles son las principales acciones que su oficina u organización desarrolla en relación al tema migratorio?

Sobre la migración

1. ¿Considera que el flujo migratorio de salvadoreños ha aumentado en los últimos años, ha sido una constante o se pueden describir algunas variaciones?
2. ¿Cuáles pueden señalarse como las principales causas de la migración y en qué se apoya esta información?
3. ¿A partir de su experiencia cómo describiría el perfil de la persona migrante en la actualidad? (sexo, edad, ocupación, recursos, nivel educativo, etc.)
4. ¿Cuáles identifica como las principales vulneraciones a derechos de las personas migrantes?
5. ¿Considera que la acción del Gobierno es suficiente para asegurar la garantía de los derechos de la persona migrante salvadoreña?
6. ¿Considera que la acción institucional es suficiente para asegurar la garantía de los derechos de la persona migrante en El Salvador?

Relación con otros actores

1. ¿Cuáles son las instituciones de Gobierno con las que su institución coordina en el tema migratorio?
2. ¿Hay alguna vinculación con la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos?
3. ¿Cuál es el nivel de coordinación con estos actores?
4. ¿Hay alguna diferencia entre el enfoque de trabajo del Gobierno y el de su oficina u organización o algunas posiciones en las que no hay coincidencia? (sobre la comprensión del fenómeno migratorio, sus características, las acciones estatales, etc.)

REFERENCIAS

LIBROS

1. ACNUR. (2014). *Diagnóstico sobre la Caracterización de la Población Salvadoreña Retornada con Necesidades de Protección*. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2014/9860>
2. Camacho Z., Gloria. (2009). *MUJERES MIGRANTES: Trayectoria laboral y perspectivas de desarrollo humano*. recuperado de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/clacso/index/assoc/D5594.dir/mujeres2.pdf>
3. CEPAL. (2000). *La migración internacional y el desarrollo en las Américas. Simposio sobre migración internacional en las Américas*. Recuperado de <https://books.google.com.sv/books?id=bCMDWgVfmikC&pg=PA475&dq=migración.+corte+interamericana+de+derechos+humanos&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiwwrqOvOHRAhXF5SYKHdFkBoQQ6AEIjAA#v=onepage&q=migración.%20corte%20interamericana%20de%20derechos%20humanos&f=false>
4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2010). *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/migrantes2011.pdf>
5. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Refugiados y migrantes e Estados Unidos: familias y niños no acompañados*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Refugiados-Migrantes-EEUU.pdf>
6. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/documentos-basicos-12-spa.pdf>
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana*. Recuperado de <http://hrlibrary.umn.edu/research/colombia/ABC%20Corte%20IDH.pdf>
8. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, CEJIL. (2012). *La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos*. Recuperado de https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/GuiaDH2012Links.pdf
9. Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, Centro para las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos CNUAH-Hábitat, International Development Research Center, Fundación Nacional para el Desarrollo- FUNDE. (2000). *Migración e Integración en El Salvador: Realidades y Respuestas*. Recuperado de

[http://observatoriocolef.org/admin/documentos/34_Fundacion%20ARIAS_MigracioneintegracionenES\(1\).pdf](http://observatoriocolef.org/admin/documentos/34_Fundacion%20ARIAS_MigracioneintegracionenES(1).pdf)

10. Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador.(2011).*Migración internacional, niñez y adolescencia en El Salvador*. Recuperado de <http://www.fundaungo.org.sv/pdf/2012/migracioninternacional.pdf>
11. Morales Sánchez, J. (2011). *Derechos de los Migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.cdhezac.org.mx/pdfbiblio/Derechos de los Migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.pdf>
12. Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2006). *Derecho Internacional sobre Migración. Glosario sobre Migración*. Recuperado de http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf
13. Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2007). *Séptima conferencia Sudamericana sobre Migraciones, “Los estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias”*. Recuperado de http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/Migration%20Management%20and%20the%20Enhancement%20of%20Protection%20for%20Refugees%20and%20Other%20Vulnerable%20Groups/CSM-LO~1.PDF
14. Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2013). *Informe sobre las migraciones en el mundo 2013. El bienestar de los migrantes y el desarrollo*. Recuperado de http://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr2013_sp.pdf
15. Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2014).*Sistematización de la Estrategia de Protección Consular de El Salvador en México*. San Salvador, El Salvador: AGA& Asociados.
16. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2005). *Informe sobre el Desarrollo Humano en El Salvador 2005. Una mirada al nuevo nosotros. El impacto de las migraciones, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*. Recuperado de http://www.sv.undp.org/content/el_salvador/es/home/library/hiv_aids/informe-sobre-desarrollo-humano-el-salvador-2005.html
17. Ramos, E. (2015). *Desplazamiento interno forzado y su relación con la migración internacional*. Recuperado de http://www.utec.edu.sv/media/publicaciones/flips/coleccionInvestigaciones/2016/desplazamiento_interno_forzado/files/publication.pdf
18. Red de Documentación de las Organizaciones Defensoras de Migrantes. Redodem.(2015).*Migrantes invisibles, violencia tangible, Informe 2014*. Recuperado de http://fm4pasolibre.org/pdfs/informe_migrantes%20invisibles_redodem2015.pdf

19. U.S. Committee for Refugees and Immigrants (USCRI) y Universidad Tecnológica de El Salvador (UTECS). (2013). *Perfil actual de la persona migrante en El Salvador*. Recuperado de <http://refugees.org/wp-content/uploads/2015/12/A-Profile-of-the-Modern-Salvadorean-Migrant-Spanish.pdf>
20. Keeley, B. (2012). Migración internacional: el lado humano de la globalización. Recuperado de: http://www.redetis.iipe.unesco.org/wp-content/uploads/2014/04/migracion-internacional-el-lado-humano_OCDE.pdf
21. López, G. (2015). *Hispanics of Salvadoran Origin in the United States, 2013, Statistical Profile*. Recuperado de: http://www.pewhispanic.org/files/2015/09/2015-09-15_el-salvador-fact-sheet1.pdf
22. Motel, S. (2012). *Hispanics of Salvadoran Origin in the United States, 2010, Statistical Profile*. Recuperado de: <http://www.pewhispanic.org/2012/06/27/hispanics-of-salvadoran-origin-in-the-united-states-2010/>
23. Nikken, P. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>

TESIS

24. Guzmán, E. (2005). Logros y retos del Frente Indígena Oaxaqueño Binacional: una organización para el futuro de los migrantes indígenas. Tesis profesional. Recuperada de: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lri/guzman_c_e/

TRATADOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

25. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, (2008), disponible en <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos.Principios%20y%20Buenas%20Prácticas%20para%20PPL.htm>
26. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica, marzo de 2013. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>
27. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica, enero de 2009. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/basicos/Basicos12.htm>
28. Novena Conferencia Internacional Americana. (30 de abril de 1948). Art. 106. Carta de la OEA. Recuperado de

http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf

29. Organización de los Estados Americanos, OEA. *Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá, Colombia, 1948. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
30. Organización de los Estados Americanos, OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica, noviembre de 1969. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
31. Organización de los Estados Americanos, OEA. *Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. La Paz, Bolivia, octubre de 1979. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/estatutoCIDH.asp>
32. Organización de los Estados Americanos, OEA. *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. La Paz, Bolivia, octubre de 1979. Recuperado de https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_CorteIDH.pdf

OPINIONES CONSULTIVAS

33. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1987). *Opinión Consultiva OC- 8/87. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf.
34. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1989). *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*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf
35. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999). *Opinión Consultiva OC-16/99. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf
36. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). *Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf
37. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_esp.pdf

INFORMES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

38. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Alberto Barón Guttlein y Randolpho Izal Elorz (México), Informe No. 49/99, (fondo), Caso No. 11.610, (13 de abril de 1999). Recuperado de <http://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/Fondo/Mexico%2011.610.htm>.
39. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), Informe No. 4/01, (Fondo) Caso 11.625, (19 de enero de 2001). Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Guatemala11.625.htm>
40. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Rafael Ferrer- Mazorray otros (Estados Unidos), Informe No. 51/01 (fondo), Caso 9903, (4 de abril de 2001). Recuperado de <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU9903.htm>.
41. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Wayne Smith (Estados Unidos), Informe No. 56/06 (admisibilidad), Caso No. 12.562, (20 de julio de 2006). Recuperado de <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/EEUU8.03sp.htm>;
42. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Andrea Mortlock (Estados Unidos), Informe No. 63/08 (admisibilidad y fondo) Caso No. 12.534, (25 de julio de 2008). Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/8264.pdf?view=1>
43. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Jorge, José y Dante Peirano Basso (República Oriental del Uruguay), Informe No. 86/09 (Fondo), Caso 12.553 (6 de agosto de 2009). Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>

CASOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

44. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). *Caso Tibi Vs. Ecuador. (2004). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.* Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf
45. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005.* Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf
46. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.* Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf

47. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.* Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf
48. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.* Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf
49. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012.* Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf
50. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.* Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf
51. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014.* Recuperado de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf

INFORMES, DOCUMENTOS, REPORTES INTERNACIONALES

52. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Segundo Informe de Progreso del Relator Especial sobre los Trabajadores Migrantes, Informe Anual 2000*, (16 de abril de 2001). Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/cap.6a.htm>
53. Comité sobre los Derechos del Niño, *Observación General No. 6: trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.* Recuperado de http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/The%20Protection%20of%20Unaccompanied%20Children/Comite%20-%20Observacion%20General%20No.%206.pdf?view=1
54. Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85, (30 de diciembre de 2002). Recuperado de [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/3ff50c339f54a354c1256cde004bfb8/\\$FILE/G0216255.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/3ff50c339f54a354c1256cde004bfb8/$FILE/G0216255.pdf)

55. Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, Jorge Bustamante, A/65/222, (3 de agosto de 2010). Recuperado de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/474/91/PDF/N1047491.pdf?OpenElement>
56. Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, François Crépeau, A/71/285, (4 de agosto de 2016). Recuperado de: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/285&referer=http://www.ohchr.org/SP/Issues/Migrants/Pages/SRMigrantsIndex.aspx&Lang=S
57. ACNUR, “Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo”. Directriz 10 (Febrero de 1999). Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1929>

SITIOS WEB

58. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2016, octubre 10), *Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes*. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/>