

SEPTIEMBRE DE 2019 | N° 8

BOLETÍN



MIGRANTES **JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

INTRODUCCIÓN

El presente boletín tiene como finalidad actualizar la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos de las personas migrantes durante el periodo comprendido entre el año 2017 y 2019. En este sentido, se identificaron 24 sentencias que se presentan divididas por sistemas regionales de protección de derechos humanos. En concreto:

- 10 del TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
- 3 del TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
- 11 del SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS
 - *Comité de Derechos Humanos*
 - *Comité DESC*
 - *Comité Contra la Tortura*
 - *Comité de los Derechos del Niño*
 - *Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes*

Los resúmenes contenidos en este documento destacan los estándares jurídicos más relevantes de cada resolución en materia de migrantes y actualiza aquellos que fueron recogidos en el boletín publicado en [febrero de 2017](#) por la Secretaría General. Por lo demás, cabe destacar que, en la franja temporal analizada, no se emitieron casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que decidieran sobre la violación de derechos de personas migrantes.

Al igual que en los boletines publicados con anterioridad, la jurisprudencia contenida en este documento se encuentran descriptos con voces que aluden a los temas centrales que abordan y se encuentran enlazados a la base de conocimiento del área, donde se puede consultar el texto completo de todos los documentos.

Es posible que existan pronunciamientos referidos a esta temática que no se encuentren comprendidos en este boletín. Si estima que se omitió jurisprudencia cuya incorporación pudiera resultar relevante, por favor, escribanos un correo electrónico a jurisprudencia@mpd.gov.ar.

PRÓLOGO

Esta publicación resulta sumamente importante a la hora de comprender la realidad de una población que atraviesa situaciones críticas en su vida y la de sus familias. El objeto de la obra es aportar al debate las soluciones en los conflictos que los tribunales, en sentido amplio, han dado frente al tema.

Recordemos que en la actualidad hay más de 258 millones de personas en situación de movilidad en el mundo que se ven forzadas a migrar. El hecho de la migración casi siempre es de un modo u otro compulsivo, ya sea por problemas económicos, desastres naturales, violencia, inseguridad o incluso conflictos armados. Todos estos factores tienen siempre un denominador común: la violación a los derechos humanos. Si bien las situaciones de guerra y desastres naturales tienen una mayor intensidad, o por lo menos, requieren de respuestas inmediatas sin dilación alguna, también es preciso remarcar que los Instrumentos Internacionales con jerarquía constitucional en la Argentina, establecen que la falta de acceso a condiciones dignas de vida, salud, educación o incluso trabajo, tienen que ser tenidas en cuenta a la hora de resolver la situación migratoria de una persona. De igual modo, la protección a la vida privada y familiar, los derechos de niños, niñas y adolescentes, la situación especial de la víctimas de tráfico de personas o de explotación, también requieren una respuesta adecuada e inmediata, en especial, porque se encuentra en juego la prohibición de someter a una persona a tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Por su parte, el acto de migrar se ha vuelto con el tiempo cada vez más peligroso, encontrándose serios riesgos tanto en el origen, como el tránsito y destino. Las causas del aumento de las amenazas hacia los derechos de este grupo tienen que ver muchas veces con la mirada sesgada de los Estados frente al problema. Los numerosos controles que existen sobre la migración en general y el asilo en particular lejos de solucionar el problema principal, que es la falta de protección efectiva, terminan generando cada vez mayores complicaciones. Por ello, el desafío consiste en comprender que la manera más efectiva de garantizar la seguridad al interior de la frontera, es elevando el piso de reconocimiento de derechos, ya que su negación sólo produce marginalidad, exclusión y por supuesto más inseguridad. Los derechos humanos se encuentran en constante evolución, encontrando siempre avances y retrocesos. Ahora, el trato desigual, claramente prohibido por las normas superiores, aparece casi siempre desde las políticas públicas como consecuencia frente a la situación migratoria de una persona y en especial bajo las mismas excusas: la seguridad o la falta de recursos. Frente a esta tensión es preciso destacar que la mejor manera de lograr un estándar de seguridad al interior de los Estados viene de la mano precisamente del reconocimiento y efectividad de los derechos humanos. Con todo, la protección de las personas migrantes como asiladas en cualquier condición, pone de manifiesto la necesidad de atender primero a lo más urgente, la necesidad de poner de relieve la plena vigencia del principio de igualdad y no discriminación.

Pablo Asa

Abogado, docente.

*Coordinador de la Clínica de Migración y Asilo CAREF-CELS-UBA y de la Clínica de DDHH UNDAV-UNLa.
Integrante del Programa de Migración y Asilo del Instituto de Justicia y DDHH de la UNLa.*

ÍNDICE

1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1.1. “HAGHILO V. CHIPRE”. 26/6/2019.

1. *Expulsión de extranjeros. Trato cruel, inhumano y degradante. Comisaría. Condiciones de detención.*
2. *Expulsión de extranjeros. Detención de personas. Debida diligencia. Plazo razonable.*
3. *Expulsión de extranjeros. Detención de personas. Principio de legalidad.*
4. *Expulsión de extranjeros. Detención de personas. arbitrariedad.*

1.2. “OSA Y OTROS V. GRECIA”. 21/6/2019.

1. *Expulsión de extranjeros. Condiciones de detención. Control de legalidad. Asistencia jurídica. Derecho de defensa. Recursos. Idioma. Derecho a la información.*

1.3. “SHD Y OTROS V. GRECIA, AUSTRIA, CROACIA, HUNGRÍA, MACEDONIA DEL NORTE, SERBIA Y ESLOVENIA”. 19/6/2019.

1. *Comisaría. Condiciones de detención. Trato Cruel, inhumano y degradante.*
2. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Menores no acompañados. Vulnerabilidad.*
3. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Menores no acompañados. Tutor.*
4. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Menores no acompañados. Vulnerabilidad. Responsabilidad del Estado.*
5. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Menores no acompañados. Detención de personas. Comisaría. Condiciones de detención. Principio de legalidad.*

1.4. “SABER Y BOUGHASSAL V. ESPAÑA”. 18/12/2018.

1. *Migrantes. Derecho a la vida privada y familiar. Familia. Residencia*
2. *Expulsión de extranjeros. Derecho a la vida privada y familiar. Proporcionalidad. Familia. Edad.*
3. *Expulsión de extranjeros. Derecho a la vida privada y familiar. Orden público. Proporcionalidad.*

1.5. “VIZGIRDA V. ESLOVENIA”. 28/8/2018.

1. *Proceso penal. Debido proceso. Derecho de defensa. Traductor.*
2. *Debido proceso. Derecho de defensa. Garantía de imparcialidad. Notificación. Traductor.*

1.6. “HOTI V. CROACIA”. 27/6/2018.

1. *Migrantes. Derecho a la vida privada y familiar. Residencia. Trabajo.*

1.7. “JR Y OTROS V. GRECIA”. 25/1/2018.

1. *Migrantes. Personas privadas de libertad. Debido proceso. Derecho de defensa.*

1.8. “ND Y NT V ESPAÑA”. 3/10/2017.

1. *Expulsión de extranjeros. Expulsiones colectivas. Debido proceso. Migrantes en situación irregular.*
2. *Debido proceso. Derecho de defensa. Recursos. Derecho a un recurso efectivo.*

1.9. “SK V. RUSIA”. 14/5/2017.

1. *Expulsión de extranjeros. Recursos. Efecto suspensivo. Derecho a un recurso efectivo. Tortura. Trato cruel, inhumano o degradante.*
2. *Expulsión de extranjeros. Personas privadas de la libertad. Condiciones de detención.*

1.10. “ILIAS Y AHMED V. HUNGRÍA”. 14/3/2017.

1. *Migrantes. Detención de personas. Tortura. Trato cruel, inhumano o degradante.*
2. *Expulsión de extranjeros. Principio de legalidad. Principio de no devolución. Prueba. Inversión de la carga de la prueba. Derecho a la información.*

2. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1. “C-369/17”. 13/9/2018.

1. *Refugiado. Derecho de asilo. Causas de exclusión. Delitos.*
2. *Refugiado. Derecho de asilo. Causas de exclusión. Delitos. Pena. Prisión.*

2.2. “C-473/16”. 25/1/2018.

PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL

1. *Migrantes. LGTBIQ. Pericia médica. Examen médico forense. Test de personalidad. Derecho a la vida privada y familiar.*
2. *Migrantes. Principio de proporcionalidad. Derecho a la vida privada y familiar.*
3. *Migrantes. Derecho a la vida privada y familiar. Orientación sexual. Identidad de género. Vulnerabilidad. Pericia médica. Examen médico forense.*
4. *Migrantes. Orientación sexual. Prueba.*

SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL

1. *Migrantes. Prueba. Orientación sexual. Identidad de género. Vulnerabilidad.*
2. *Migrantes. Prueba. Apreciación de la prueba. Pericia médica. Examen médico forense. Derecho a la vida privada y familiar.*

2.3. “C-133/15”. 10/5/2017.

PRIMERA Y SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL

1. *Migrantes. Nacionalidad. Derecho de residencia. Familia.*
2. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Libertad de circulación. Derecho de residencia. Familia.*
3. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Relación de dependencia. Guarda de niños. Interés superior del niño. Familia. Derecho a la vida privada y familiar.*

TERCERA CUESTIÓN PREJUDICIAL

1. *Migrantes. Derecho de residencia. Carga de la prueba. Guarda de niños. Interés superior del niño.*

3. SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

3.1. COMITÉ CONTRA LA TORTURA. “MUSTAFA ONDER V. MARRUECOS”. 25/6/2019.

1. *Extradición. Principio de no devolución. Tortura.*
2. *Extradición. Control judicial. Arbitrariedad.*

3.2. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “JAB V. ESPAÑA”. 31/5/2019.

1. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Debido proceso. Determinación de la edad. No discriminación.*
2. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Menores no acompañados. Representación. Interés superior del niño.*
3. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Debido proceso. Derecho a la identidad. Prueba. Asistencia letrada. Vulnerabilidad.*
4. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Medidas provisionales.*
5. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Reparación.*

3.3. RELATOR ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES. “LOS EFECTOS DE LA MIGRACIÓN EN LAS MUJERES Y LAS NIÑAS MIGRANTES: UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO”. 19/4/2019.

1. *Migrantes. Vulnerabilidad.*
2. *Migrantes. Género. Niños, niñas y adolescentes. Familia. Violencia de género. No discriminación.*
3. *Migrantes. Migrantes en situación irregular. Derecho al trabajo. Género.*
4. *Migrantes. Violencia de género. Funcionarios públicos. Trato cruel, inhumano o degradante. No discriminación.*
5. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Reunificación familiar.*

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

6. *Migrantes. Género. Niños, niñas y adolescentes. Derecho a la salud. Derechos sexuales. Maternidad. Aborto. No discriminación.*
7. *Migrantes. Género. Niños, niñas y adolescentes. Educación. No discriminación.*
8. *Migrantes. Migrantes en situación irregular. Acceso a la justicia. Traductor.*
9. *Migrantes. Género. LGBTIQ. No discriminación.*

3.4. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “DD V. ESPAÑA”. 12/2/2019.

1. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Vulnerabilidad. Menores no acompañados.*
2. *Expulsión de extranjeros. Principio de no devolución. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Tortura. Trato cruel, inhumano o degradante.*
3. *Expulsión de extranjeros. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Menores no acompañados.*
4. *Expulsión de extranjeros. Debido proceso. Niños, niñas y adolescentes. Menores no acompañados.*

3.5. COMITÉ DESC. “OBSERVACIONES FINALES SOBRE EL 4º INFORME PERIÓDICO DE ARGENTINA”. 12/10/2018.

1. *DESC. Vulnerabilidad. Aborto. Salud pública. Medio ambiente. Pueblos indígenas. Consentimiento informado. Migrantes. Salud mental. Igualdad. Violencia. Género. No discriminación. Educación. LGTBI. Salud sexual y reproductiva.*

3.6. RELATOR ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES. “ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS MIGRANTES”. 25/9/2018.

1. *Migrantes. Acceso a la justicia. Derecho de defensa. No discriminación. Principio de no devolución.*
2. *Migrantes. Acceso a la justicia. Traductor. Derecho a la información.*
3. *Migrantes. Acceso a la justicia. Asistencia consular. Personas privadas de la libertad.*
4. *Expulsión de extranjeros. Derecho de defensa. Procedimiento administrativo. Revisión judicial. Recursos.*
5. *Migrantes. Barreras cortafuegos. Servicios públicos. Educación. Derecho a la salud.*
6. *Migrantes. Migrantes en situación irregular. Reforma legal. Debido proceso. Asistencia letrada.*
7. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Menores no acompañados.*

3.7. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. “MAALEN V. UZBEKISTÁN”. 4/9/2018.

1. *Expulsión de extranjeros. Familia. Derecho a la vida privada y familiar.*
2. *Expulsión de extranjeros. Arbitrariedad. Principio de proporcionalidad.*
3. *Expulsión de extranjeros. Familia. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño.*
4. *Expulsión de extranjeros. Debido proceso. Recursos.*

3.8. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. “TOUSSAINT V. CANADÁ”. 30/8/2018.

1. *Migrantes. Atención médica. Vida. Salud.*
2. *Migrantes. Migrantes en situación irregular. No discriminación. Igualdad.*

3.9. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “IAM V. DINAMARCA”. 8/3/2018.

1. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Refugiado. Expulsión. Principio de no devolución.*
2. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Familia. Derecho a la salud.*
3. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Expulsión. Principio de no devolución.*

3.10. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “OBSERVACIÓN GENERAL CONJUNTA N° 3 Y N° 22”. 10/8/2017.

1. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes.*
2. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Igualdad. No discriminación. Zona de fronteras.*
3. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Igualdad. No discriminación.*
4. *Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Residencia. Principio de no devolución.*

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

5. *Migrantes. Familia. Niños, niñas y adolescentes. Tutor. Debido proceso. Derecho a ser oído. Traductor.*
6. *Expulsión de migrantes. Expulsiones colectivas. Residencia. Debido proceso. Acceso a la justicia. Principio de no devolución.*

3.11. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. “I ELPIDA Y STYLIANOS KALAMIOTIS V. GRECIA”.
3/1/2017.

1. *Desalojo. Vivienda. Domicilio. Arbitrariedad. Familia. Derecho a la vida privada y familiar. Debido proceso. Derecho de defensa.*
2. *Expulsión de extranjeros. Arbitrariedad. Familia. Derecho a la vida privada y familiar.*
3. *Desalojo. Vivienda. Derecho a la vida privada y familiar.*



1

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1.1. TEDH. “HAGHILO V. CHIPRE”. 26/6/2019.

Voces: Migrantes. Migrantes en situación irregular. Condiciones de detención. Tortura. Trato cruel, inhumano o degradante. Comisaría. Expulsión de extranjeros. Debida diligencia. Arbitrariedad. Plazo razonable. Detención de personas. Condiciones de detención. Principio de legalidad.

▪ HECHOS

Mustafa Haghilo, ciudadano iraní nacido en 1973, residía en Armenia. Abandonó su país de origen en marzo de 2011 y entró de forma ilegal a Chipre, donde fue arrestado en el Aeropuerto Internacional de Larnaca al tratar de tomar un vuelo a Londres con un pasaporte falso. En abril de 2011, el Ministerio del Interior le notificó la decisión de iniciar su deportación. En diciembre de ese mismo año, se celebró en el Tribunal Supremo de Chipre una audiencia en la que fue puesto en libertad al considerar que, desde octubre de 2011, la privación de la libertad era ilegal.

Sin embargo, inmediatamente después de abandonar el tribunal, fue detenido y recluido por los mismos motivos. El peticionario impugnó la legalidad de las órdenes de detención y deportación ante el Tribunal Supremo, que desestimó su recurso. Fue puesto en libertad en octubre de 2012 porque transcurrió el plazo de 18 meses sin que se materializara la deportación. Durante este tiempo estuvo retenido en los centros de inmigrantes de tres comisarías distintas. En 2018, el Tribunal Supremo archivó las actuaciones cuando el peticionario abandonó Chipre para dirigirse a Armenia.

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que Chipre era responsable por haber violado el artículo 3 (prohibición de la tortura) y el artículo 5.1 (derecho a la libertad) del Convenio Europeo.

1. *Expulsión de extranjeros. Trato cruel, inhumano y degradante. Comisaría. Condiciones de detención.*

“En el contexto de una privación de libertad, constantemente el Tribunal ha insistido en que, para que se ajuste al artículo 3, el sufrimiento y la humillación involucrados deben, en cualquier caso, ir más allá de ese elemento inevitable de sufrimiento y humillación relacionado con la detención. El Estado debe garantizar que la persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a la dignidad humana, que la manera y el método de ejecución de la medida no impliquen en la persona angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento que es inherente a la detención y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar están adecuadamente asegurados” (párr. 158).

“El Tribunal ya determinó que las comisarías de policía y otros establecimientos similares que, por su propia naturaleza, son espacios diseñados para alojar a personas por períodos muy cortos, no son lugares adecuados para la detención de personas que esperan la aplicación de una medida administrativa, como la deportación [...]. El CPT (Comité para la Prevención de la Tortura) en su informe de 2012, enfatizó que en los centros de detención policial existentes en Chipre, que incluían estas tres estaciones, solo eran adecuados para alojar a personas detenidas durante un período máximo de unos pocos días” (párr. 160).

“En su informe al Defensor del Pueblo manifestó que dicho centro de detención no era compatible, bien fuese con los principios básicos que rigen el tratamiento de los detenidos o bien con los estándares internacionales. Señaló que, en muchas ocasiones, las condiciones en las que se custodiaban a las personas detenidas habían conllevado un trato degradante y humillante acorde a una violación de sus derechos fundamentales. Recomendó que los detenidos fuesen trasladados a un espacio seguro y que dichas instalaciones dejaran de funcionar. Agregó que si seguían funcionando, Chipre corría el riesgo de quedar expuesto internacionalmente” (párr. 164).

“Teniendo en cuenta (i) el hecho de que el peticionario estuvo detenido durante una cantidad significativa de tiempo en instalaciones que específicamente habían sido diseñadas para dar lugar a personas sólo por un corto periodo de tiempo, y que habrían faltado las comodidades indispensables para una detención prolongada, y (ii) las condiciones físicas de detención específicas en cada lugar, el Tribunal determina que, teniendo en cuenta la totalidad de ellas, se le sometió a dificultades que traspasaban el inevitable nivel de sufrimiento inherente a la detención y que, por lo tanto, constituían un trato degradante prohibido por el artículo 3 del Convenio” (párr. 168).

2. Expulsión de extranjeros. Detención de personas. Debida diligencia. Plazo razonable.

“El artículo 5 del Convenio consagra el derecho humano fundamental a la protección del individuo contra la injerencia arbitraria del Estado en su derecho a la libertad. Los subpárrafos comprendidos entre el a) y f) del artículo 5.1 contienen una exhaustiva lista de motivos aceptados en los que las personas pueden ser privadas de su libertad. Una de esas excepciones, establecidas en el subpárrafo f), permite al Estado controlar la libertad de los extranjeros en el contexto. El artículo 5.1 f) no exige que la detención sea considerada razonablemente necesaria, por ejemplo, para evitar que la persona cometa un delito o huya. Sin embargo, cualquier privación de libertad bajo la segunda parte del Artículo 5.1 f) estará justificada mientras existan procedimientos de deportación o extradición en curso. Si dichos procedimientos no se resolvieran con la debida diligencia, la detención dejará de ser permisible de conformidad con el artículo 5.1 f)” (párr. 200).

3. Expulsión de extranjeros. Detención de personas. Principio de legalidad.

“Al evaluar la ‘legalidad’ de la detención, es posible que el Tribunal tenga que corroborar si el derecho interno es conforme con el Convenio, incluidos los principios generales expresados o implícitos en ella. Sobre este último punto, el Tribunal subraya que, en lo que respecta

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

a la privación de libertad, es particularmente importante que se cumpla el principio general de seguridad jurídica” (párr. 201).

4. Expulsión de extranjeros. Detención de personas. arbitrariedad.

“Además del requisito de ‘legalidad’, el artículo 5.1 requiere igualmente que cualquier privación de libertad sea acorde con el propósito de proteger al individuo de la arbitrariedad [...]. Ninguna detención que sea arbitraria pueda ser compatible con el artículo 5.1 configurándose como un principio fundamental, y la noción de ‘arbitrariedad’ en el artículo 5.1 se extiende más allá de un falta de conformidad con la legislación nacional, por lo que una privación de libertad puede ser legal en términos de derecho interno pero ser arbitraria y, por lo tanto, contraria al Convenio” (párr. 202).

“Con el fin de evitar que la detención sea calificada como arbitraria bajo el artículo 5.1 f) del Convenio, esta debe llevarse a cabo de buena fe; debe estar estrechamente relacionada con el motivo de la detención invocado por el Gobierno; el lugar y las condiciones de detención deben ser apropiados y la duración de la detención no debe exceder la razonabilidad requerida para el propósito perseguido” (párr. 203).

1.2. TEDH. “OSA Y OTROS V. GRECIA”. 21/6/2019.

Voces: Migrantes. Migrantes en situación irregular. Expulsión de extranjeros. Condiciones de detención. Control de legalidad. Asistencia jurídica. Derecho de defensa. Recursos. Idioma. Derecho a la información.

▪ HECHOS

Los peticionarios, nacionales afganos, llegaron a Grecia el 21 de marzo de 2016 con sus respectivas familias. Entonces, fueron detenidos e ingresados al Centro Vial para la Identificación y Registro de Inmigrantes. El 24 de marzo de 2016, el jefe de policía ordenó su expulsión en un plazo máximo de seis meses. Las notificaciones por las que se les informaba de la expulsión fueron redactadas en griego. El 4 de abril del mismo año, los peticionarios expresaron su intención de solicitar asilo. El 7 de abril y el 22 de mayo de 2016, el Director General de la policía decidió paralizar las órdenes de expulsión hasta que se resolviera la solicitud de asilo.

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que Grecia era responsable por haber violado el artículo 5.4 (derecho a una pronta decisión sobre la legalidad de la detención) del Convenio Europeo.

1. *Expulsión de extranjeros. Condiciones de detención. Control de legalidad. Asistencia jurídica. Derecho de defensa. Recursos. Idioma. Derecho a la información.*

“[E]l Tribunal señala, en primer lugar, que con respecto a las objeciones que un extranjero puede presentar contra la decisión que ordena su detención con miras a su expulsión, el cuarto párrafo del artículo 76 de la Ley 3386/2005 disponía, hasta el 1 de enero de 2011, que el tribunal competente podía examinar la decisión sobre la detención solo en el caso de riesgo de fuga o peligro para el orden público. Desde la entrada en vigor de la Ley 3900/2010, desde el 1 de enero de 2011, esta disposición, que ha sido modificada por este texto, dispone que el juez competente ‘también decidirá sobre la legalidad de la detención o su extensión’. Esta nueva redacción muestra que el juez competente puede, en adelante, examinar la legalidad de la expulsión, así como las cuestiones relacionadas con las condiciones materiales de la detención de la persona expulsada, ya que la ley pertinente ahora contempla explícitamente el examen de la legalidad de la detención” (cfr. párr. 50).

“En varios casos contra Grecia, el Tribunal recuerda que ya ha considerado que la modificación del artículo 76 de la Ley 3386/2005 y la existencia de jurisprudencia reciente de los tribunales nacionales, que en algunos casos la legalidad de la detención de extranjeros en procesos de expulsión y, de ser necesario, la de su liberación, está en línea con el fortaleci-

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

miento de las garantías que gozan los detenidos extranjeros deportados [...]. De ello se deduce que, en principio, la legislación nacional proporciona un recurso mediante el cual la detención en espera de la deportación puede ser impugnada de manera efectiva” (cfr. párr. 51).

“No obstante, el Tribunal también debe examinar aquellas circunstancias particulares [...] para evaluar la efectividad y la accesibilidad en la práctica del recurso antes citado. La pregunta que surge en el presente caso es la de si los peticionarios podrían haber presentado sin obstáculos una acción basada en el artículo 76, apartado 3, de la Ley 3386/2005, a partir del 24 de marzo de 2016, fecha en la que se adoptaron las decisiones que ordenaban su expulsión y la prolongación de su detención” (cfr. párr. 52).

“[L]os solicitantes, nacionales afganos, comprendían solo su lengua madre, farsi. Las decisiones que indicaban la posibilidad de interponer recursos estaban escritas en griego. Además, aun suponiendo que hubieran recibido el folleto informativo mencionado por el Gobierno, no es seguro que los peticionarios, que no fueron asistidos por ningún abogado, tuvieran suficiente conocimiento legal para comprender el contenido de ese folleto y, en particular, todo lo relacionado con los diversos recursos disponibles en virtud de la legislación nacional. El Tribunal señala, en segundo lugar, que el folleto generalmente refiere a un tribunal administrativo sin especificar cuál. Sobre este punto, está claro que no hay un tribunal administrativo en la isla de Chios, donde los peticionarios fueron detenidos, y solo hay uno en la isla de Lesbos” (cfr. párr. 53).

“[L]a información contenida en el folleto en cuestión no se pudo analizar en el sentido de que fueran datos proporcionados en un lenguaje sencillo y accesible para los peticionarios sobre los motivos legales y fácticos de su privación de libertad, capaces de permitirles discutir la legalidad de su detención ante un tribunal, en virtud del Artículo 5.4 de del Convenio” (cfr. párr. 54).

“En consecuencia, incluso si los recursos mencionados anteriormente hubieran sido efectivos, el Tribunal no advierte de qué manera los peticionarios podrían haberlos ejercido. Considera que, en las circunstancias del caso, los peticionarios no tuvieron acceso a los recursos en cuestión” (cfr. párr. 57).

1.3. TEDH. “SHD Y OTROS V. GRECIA, AUSTRIA, CROACIA, HUNGRÍA, MACEDONIA DEL NORTE, SERBIA Y ESLOVENIA”. 19/6/2019.

Voces: Migrantes. Migrantes en situación irregular. Niños, niñas y adolescentes. Menores no acompañados. Refugiados. Condiciones de detención. Comisaría. Tutor. Derecho de asilo. Trato cruel, inhumano y degradante. Vulnerabilidad. Responsabilidad del Estado.

▪ HECHOS

Cinco personas menores de edad nacidas en Afganistán ingresaron a Grecia; huían de su país de origen porque temían por sus vidas. En febrero de 2016 fueron detenidos y se les concedió un mes para abandonar el territorio griego. En marzo de 2016, después de que la policía los arrestara en diversas ocasiones, fueron trasladados al Servicio Central de Asilo de Atenas. Además, uno de ellos intentó suicidarse en la comisaría. En esas circunstancias, se les concedió el estatuto de refugiados.

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que Grecia era responsable por haber violado el artículo 3 (prohibición de la tortura) y el artículo 5.1 (derecho a la libertad) del Convenio Europeo.

1. Comisaría. Condiciones de detención. Trato Cruel, inhumano y degradante.

“El Tribunal recuerda que ya ha tenido la oportunidad, en otras ocasiones, de resolver casos relativos a las condiciones de reclusión bajo custodia policial de las personas en prisión provisional o personas detenidas para ser deportadas, encontrando una violación del artículo 3 de del Convenio[...]. Además de las deficiencias particulares en relación con la detención de los peticionarios, [...], y con especial referencia al hacinamiento, la falta de espacio al aire libre para caminar, a la insalubridad y la calidad de la comida, el Tribunal basó su dictamen de violación del artículo 3, por la naturaleza misma de las estaciones de policía, en que son lugares diseñados para dar lugar a personas por un corto periodo de tiempo. Por lo tanto, los períodos de detención de entre uno y tres meses se consideraron contrarios al artículo 3” (cfr. párr. 49).

“El Tribunal señala que las comisarías poseen características que podrían ocasionar en el detenido una sensación de soledad (falta de un recinto al aire libre para caminar o para realizar ejercicio, los espacios internos destinados a comer, radio o televisión que permita tener con-

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

tacto con el mundo exterior) y que no se encuentran adaptadas a las necesidades de un encarcelamiento prolongado. Por lo tanto, la detención en este tipo de lugares puede hacer surgir entre los peticionarios sentimientos de aislamiento respecto del mundo exterior, con consecuencias potencialmente negativas para su bienestar físico y moral” (cfr. párr. 50).

“Por lo tanto, el Tribunal considera que las condiciones de detención a las que fueron sometidos los peticionarios identificados bajo los números 1, 2 y 4 en las comisarías de policía, equivalen a un trato degradante, encontrando una violación del artículo 3 del Convenio” (cfr. párr. 51).

2. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Menores no acompañados. Vulnerabilidad.

“El Tribunal observa que todos los Estados, al igual que el Estado demandado que es parte en la Convención sobre los Derechos del Niño, están obligados, bajo el artículo 20, a garantizar que todos los niños ‘temporal o permanentemente privados de su medio familiar’ dentro de su jurisdicción tengan un ‘cuidado alternativo de acuerdo con su legislación nacional’; el artículo 20 especifica que dicha obligación se debe imponer sin tener en cuenta ‘el origen o la nacionalidad del menor’. De la misma manera, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal que ‘en virtud de las obligaciones positivas emanadas del artículo 3 de la Convención, los Estados partes se encuentran obligados a proteger y cuidar de los menores extranjeros no acompañados’ (*Khan v. Francia*, N° 12267/16, de 28 de Febrero 2019)” (cfr. párr. 55).

“De manera más específica, en los casos relacionados con la recepción de extranjeros menores, acompañados o no, se debe tener en cuenta que la situación de extrema vulnerabilidad del menor es decisiva y predomina sobre la categorización de extranjero como tal mientras permanezca ilegalmente [...]. Tal y como este Tribunal señaló (*Rahimi v. Grecia*, N° 8687/08, de 5 de abril de 2011), como menor no acompañado en situación irregular, el peticionario se encontraba dentro de la ‘categoría de las personas más vulnerables de la sociedad’ y que, por tanto, correspondía al Estado griego el deber de protegerlo y hacerse cargo de él, adoptando las medidas adecuadas para cumplir con las obligaciones positivas conforme al Artículo 3” (cfr. párr. 56).

“El deber de protección y cuidado de los peticionarios era, por tanto, susceptible de imponerse de oficio a las autoridades nacionales” (cfr. párr. 57).

3. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Menores no acompañados. Tutor.

“[E]n el artículo 19 sobre menores no acompañados, el Decreto 220/2007 establece la obligación inmediata de las autoridades competentes de adoptar las medidas adecuadas para garantizar la protección necesaria de los menores. Entre estas medidas se encuentra la obligación de informar al fiscal responsable de los menores y, en ausencia de dicho fiscal, al fiscal del tribunal de primera instancia territorialmente competente, para que actúe como tutor provisional o se comprometa a dar los pasos necesarios para el nombramiento de un tutor” (cfr. párr. 59).

4. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Menores no acompañados. Vulnerabilidad. Responsabilidad del Estado.

“Los peticionarios vivieron durante un mes en el campamento de Idomeni, en un entorno no apto para su condición de adolescentes, ya sea en términos de seguridad, vivienda, higiene o acceso a alimentos y cuidados, y en una situación precaria no compatible con su corta edad. En vista de lo anterior, el Tribunal no está convencido de que las autoridades hayan hecho todo lo que razonablemente se podría esperar de ellas con el fin de cumplir con la obligación de atención y protección de los peticionarios, particularmente vulnerables debido a su edad” (cfr. párr. 61).

“En consecuencia, se ha producido una violación del artículo 3 del Convenio como consecuencia de las condiciones de vida a las que fueron sometidos” (cfr. párr. 62).

5. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Menores no acompañados. Detención de personas. Comisaría. Condiciones de detención. Principio de legalidad.

“El Tribunal opina que la colocación de los peticionarios [números 1, 2 y 4] en las comisarías de policía equivalía a una privación de libertad. A este respecto, observa que las autoridades aplicaron de manera automática el artículo 118 del Decreto N° 141/1991 que prevé la ‘custodia de protección’. Sin embargo, este texto no fue diseñado para migrantes menores no acompañados y no establece un límite de tiempo, lo que puede llevar a situaciones en las que la privación de libertad de los menores no acompañados pueda prolongarse durante bastante tiempo. Esto es aún más problemático cuando esta privación de libertad tiene lugar en las comisarías de policía, donde las condiciones de detención son incompatibles con largos períodos de detención. Además, el Tribunal recuerda que el artículo 13, apartado 6, letra b), del Decreto N° 114/2010, que transpone a la ley griega 2005/85/CE del Consejo de la Unión Europea, dispone que las autoridades deben evitar la detención de menores. Además, el artículo 32 de la Ley 3907/2011 dispone que los menores no acompañados solo deben ser detenidos como último recurso por el período más breve posible. Finalmente, el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, obliga a los Estados a tener en cuenta el interés superior del niño al adoptar decisiones sobre ellos. Por lo tanto, el Tribunal considera que el Gobierno nunca explicó el por qué las autoridades primero colocaron a los peticionarios antes mencionados en las comisarías de policía y en condiciones degradantes de detención, y no en otros lugares de alojamiento temporal. Por lo tanto, concluye que la detención de los peticionarios no fue ‘legal’ en el sentido del Artículo 5.1 del Convenio y que hubo una violación de esa disposición” (cfr. párr. 69).

1.4. TEDH “SABER Y BOUGHASSAL V. ESPAÑA”. 18/12/2018.

Voces: Migrantes. Derecho a la vida privada y familiar. Expulsión de extranjeros. Familia. Proporcionalidad. Edad. Residencia. Recursos.

▪ HECHOS

En junio de 2008, los marroquíes Aziz Saber y Hamza Boughassal fueron condenados por un juzgado de Girona a las penas de un año de prisión en suspenso y de tres años y un día de prisión, respectivamente, por el delito de tráfico de drogas. Como consecuencia de esto, se iniciaron los procedimientos para expulsarlos. El 11 de noviembre de 2010 y el 1 de agosto de 2011, las Subdelegaciones del Gobierno en Girona y Barcelona decretaron su expulsión administrativa con la prohibición volver a ingresar al territorio durante cuatro y diez años. Ambos peticionarios se opusieron a la expulsión y alegaron que eran titulares de permisos de residencia de larga duración, que vivían en España hacía mucho tiempo y que ambos habían sido escolarizados a temprana edad en ese país. Además, explicaron que sus familias residían allí.

El 22 de junio de 2011, un juez desestimó el recurso de Aziz Saber y confirmó la orden de expulsión. El 9 de julio de 2012, otro magistrado hizo lugar parcialmente a la demanda de Hamza Boughassal y redujo la prohibición de reingresar al territorio a un periodo de tres años, habida cuenta del principio de proporcionalidad y de las circunstancias personales y familiares del interesado. Sin embargo, confirmó la orden de expulsión. Aunque los peticionarios recurrieron las sentencias, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y el Tribunal Constitucional rechazaron sus planteos.

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que España era responsable por haber violado el artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familia) del Convenio Europeo.

1. *Migrantes. Derecho a la vida privada y familiar. Familia. Residencia*

“El Tribunal recuerda que no todas las personas migrantes establecidas, independientemente de la duración de su residencia en el país del que se supone que deben ser expulsadas, tienen necesariamente una ‘vida familiar’ en el sentido del artículo 8 del Convenio. Sin embargo, en tanto en cuanto este artículo también protege el derecho a entablar y mantener relaciones con sus semejantes y con el mundo exterior, y que a veces abarca aspectos de la identidad social de una persona, debe aceptarse que todas las relaciones sociales entre los inmigrantes establecidos y la comunidad en la que viven forman parte integrante del concepto de ‘vida privada’ en el sentido de este artículo. Con independencia de que exista o no una ‘vida familiar’, la expulsión de una persona inmigrante establecida debe ser examinada con relación a

la potencial vulneración de su derecho al respeto a su vida privada. Es en función de las circunstancias del caso que se le plantea que el Tribunal eventualmente considerará si debe primar la eventual afección a ‘vida familiar’ en vez de la eventualmente producida a la ‘vida privada’” (cfr. párr. 38).

“El Tribunal ha establecido con anterioridad que las relaciones entre padres e hijos adultos o entre hermanos adultos no gozan de la protección del artículo 8 del Convenio en el aspecto de ‘vida familiar’ sin que se demuestre la existencia de elementos adicionales de dependencia, distintos de los vínculos emocionales normales [...]. Sin embargo, ha admitido en determinados casos que involucraban a jóvenes adultos que aún no habían fundado su propia familia que los vínculos con sus padres y otros miembros de su familia cercana también se consideraban ‘vida familiar’ [...]. Estima que, en cualquier caso, se pueden tomar en consideración los vínculos entre adultos y padres u otros parientes cercanos bajo el aspecto de ‘vida privada’ en el sentido del artículo 8 del Convenio” (cfr. párr. 39).

2. Expulsión de extranjeros. Derecho a la vida privada y familiar. Proporcionalidad. Familia. Edad.

“Para valorar si una orden de expulsión y/o de prohibición de reentrada en el territorio es necesaria en una sociedad democrática y proporcionada a la finalidad legítima perseguida en virtud del artículo 8.2 del Convenio, el Tribunal ha enumerado, en su jurisprudencia, los criterios que deben utilizarse [...]. Estos criterios son los siguientes: - la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por el peticionario; -la duración de la estancia de la persona en el país del cual va a ser expulsada; -el período de tiempo transcurrido desde la infracción, y el comportamiento del peticionario durante ese período; -la nacionalidad de las distintas personas afectadas; -la situación familiar del peticionario y, en su caso, la duración de su matrimonio en particular, así como otros factores que demuestren la efectividad de la vida familiar en el seno de la pareja; -si el cónyuge tenía conocimiento del delito en el momento en que se creó la relación familiar; -si los hijos son fruto del matrimonio y, en caso afirmativo, su edad; -la gravedad de las dificultades con las que el cónyuge pueda toparse en el país al que el peticionario vaya a ser deportado; -el interés y el bienestar de los hijos, en particular la gravedad de las dificultades con las que se puedan topar los hijos del peticionario en el país al que se va a expulsar al interesado; y -la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país anfitrión y el país de destino” (cfr. párr. 40).

“El Tribunal recuerda que estos criterios se aplican con independencia de que el extranjero haya entrado en el país anfitrión en edad adulta o a una edad muy temprana o si incluso ha nacido en él [...]. Sin embargo, la edad de la persona afectada puede desempeñar un papel en la aplicación de algunos de los criterios antedichos. Por ejemplo, para valorar la naturaleza y la gravedad de la infracción cometida por el peticionario, es necesario examinar si la cometió siendo adolescente o en edad adulta [...]. Además, cuando se examina la duración de la estancia del peticionario en el país del que debe ser expulsado y la solidez de sus relaciones sociales, culturales y familiares con el país anfitrión, es evidente que la situación no es la misma si la persona en cuestión llegó al país en su infancia o en su juventud, incluso si nació allí, o si sólo llegó en edad adulta. El Tribunal ya ha dejado asentado que, en el caso de un

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

inmigrante de larga duración que haya pasado la mayor parte, si no la integralidad, de su infancia y juventud legalmente en el país de acogida, deben alegarse razones muy sólidas para justificar la expulsión” (cfr. párr. 41).

“Por último, el Tribunal recuerda que las autoridades nacionales disponen de un cierto margen de apreciación para pronunciarse, en una sociedad democrática, sobre la necesidad de una injerencia en el ejercicio de un derecho protegido por el artículo 8 del Convenio y sobre si la medida en cuestión es proporcional a la finalidad legítima perseguida. Este margen de apreciación va parejo con la supervisión europea respecto tanto de la ley como de las decisiones que la aplican, incluso si emanan de una jurisdicción independiente. Por lo tanto, el Tribunal es competente para resolver en última instancia si una orden de expulsión se compagina con el artículo 8. Al hacerlo, el Tribunal debe estar convencido de que las autoridades nacionales han aplicado las normas con arreglo a los principios consagrados en el artículo 8 y, por añadidura, fundándose en una valoración satisfactoria de los hechos pertinentes [...]. Recuerda que, si bien el artículo 8 no contiene requisitos procesales explícitos, el proceso de toma de decisiones que lleva a la injerencia no debe por ello ser menos justo y respetar debidamente los intereses de la persona protegida por dicho artículo [...]. Si la ponderación por parte de las autoridades nacionales se ha realizado conforme a los criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal, debe haber razones de peso para que este sustituya la opinión de las jurisdicciones nacionales por la suya” (cfr. párr. 42).

“Habida cuenta de la duración de la estancia de los peticionarios en España, así como de la relación que mantenían con sus familiares cercanos establecidos en dicho Estado, el Tribunal considera que las medidas litigiosas deben ser consideradas como una injerencia en su derecho al respeto a su ‘vida privada’” (cfr. párr. 43).

“El Tribunal no tiene ningún problema en admitir que las medidas incriminadas estaban previstas por la ley y que perseguían los objetivos legítimos que constituyen la defensa del orden, la prevención de los delitos penales y la protección de la salud. Por lo tanto, queda por examinar si las medidas controvertidas eran necesarias en una sociedad democrática” (cfr. párr. 44-45).

“Con carácter preliminar, el Tribunal apunta que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, así como el Juzgado de lo contencioso administrativo en el caso del segundo peticionario, consideraron que no era procedente examinar los vínculos de los peticionarios con España, porque la obligación de tomar en consideración las circunstancias personales y familiares de los residentes de larga duración impuesta por el artículo 57.5 b), de la LOEx no se aplicaba al supuesto a que se refiere el artículo 57.2 de dicha Ley, en base al cual se habían decretado las órdenes de expulsión contra los peticionario. El Tribunal recuerda que no tiene por función interpretar la legislación nacional ni determinar cuál era la interpretación más correcta de dichas disposiciones. Sin embargo, observa, tal como subrayó en su voto particular parcialmente disidente el Juez discordante con las dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que otros Tribunales Superiores de Justicia interpretaron el concepto de ‘sanción’ del artículo 57.5 de la LOEx en sentido amplio, de modo que la ponderación de las

circunstancias personales y familiares del residente extranjero de larga duración se exigiera también en el supuesto previsto en el artículo 57.2, de la Ley. Toma nota, por añadidura, de la posición del Gobierno según la cual, de acuerdo con una sentencia del Tribunal Constitucional de 2013, las jurisdicciones de lo contencioso administrativo deben hacer una interpretación combinada de estas dos disposiciones cuando el derecho a la vida familiar ajena, por ejemplo de un menor, entre en conflicto con una orden de expulsión, incluso en los casos en que esta se decretara en base al artículo 57.2 de la LOEx” (cfr. párr. 46).

“El Tribunal no ve ninguna razón para no aplicar este razonamiento a todas las medidas de expulsión de inmigrantes, independientemente de la existencia o no de los derechos de los terceros afectados, de la vida familiar y de la modalidad o fundamento jurídico de la medida de expulsión en el Derecho nacional. A este respecto, recuerda que deben tomarse en consideración todos los criterios establecidos en su jurisprudencia y orientar a las autoridades nacionales en todos los casos que atañen a inmigrantes establecidos que se supone van a ser expulsados y/o se les va a prohibir la reentrada en el territorio a raíz de una condena penal, ya sea respecto de la ‘vida familiar’ o de la ‘vida privada’, según las circunstancias de cada caso” (cfr. párr. 47).

3. Expulsión de extranjeros. Derecho a la vida privada y familiar. Orden público. Proporcionalidad.

“El Tribunal no puede aceptar el argumento del Gobierno de que la ponderación entre el derecho al respeto a la vida privada y familiar y el respeto del orden público ya ha sido realizada por el legislador con la aprobación del artículo 57.2 de la LOEx, que prevé una medida de expulsión en caso de condena penal por un delito intencional punible con pena de prisión superior a un año. A este respecto, el Tribunal recuerda que la naturaleza y la gravedad de la infracción cometida por el extranjero es sólo uno de los criterios que deben ser ponderados por las autoridades nacionales al valorar la necesidad de una orden de expulsión con respecto a los derechos protegidos por el artículo 8 del Convenio” (cfr. párr. 48).

“Si el Tribunal admite que las condenas penales de los peticionarios por tráfico de drogas [...] así como su comportamiento desde que se cometieron las infracciones [...] no parecían abogar en su favor, no es menos cierto que las autoridades nacionales, en particular en las decisiones litigiosas del Tribunal Superior de Justicia, no analizaron la naturaleza y la gravedad de las infracciones penales cometidas en los casos concretos ni los demás criterios establecidos por su jurisprudencia para valorar la necesidad de adoptar medidas de expulsión y de prohibición de reentrada en el territorio en el presente caso. Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia no ha tomado en consideración en sus resoluciones la duración de la estancia de los peticionarios en España (especialmente el hecho de que estuvieran escolarizados en España al menos desde los 12 años y hubieran pasado gran parte de su adolescencia y juventud en este país), la situación familiar del segundo peticionario o la solidez de las relaciones sociales, culturales y familiares que los interesados mantenían con el país anfitrión, España, y con el país de destino, Marruecos” (cfr. párr. 50).

“Estos elementos bastan para que el Tribunal llegue a la conclusión de que las autoridades

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

nacionales no han ponderado todos los intereses en juego para valorar, en el respeto de los criterios establecidos por su jurisprudencia, si las medidas litigiosas eran proporcionadas a los objetivos legítimos perseguidos y, por tanto, necesarias en una sociedad democrática” (cfr. párr. 51).

1.5. TEDH. “VIZGIRDA V. ESLOVENIA”. 28/8/2018.

Voces: Migrantes. Extranjeros. Traductor. Derecho de defensa. Debido proceso. Acceso a la justicia. Proceso penal. Garantía de imparcialidad. Notificación. Idioma.

▪ HECHOS

El señor Vizgirda, de nacionalidad lituana, realizó un viaje a Eslovenia. Pocos días después, fue arrestado junto a un grupo de personas en el marco de un robo a un banco. A lo largo del proceso, las actuaciones fueron traducidas al idioma ruso. Según el criterio del tribunal local, esto se debía a que gran parte de la población de Lituania hablaba ese idioma con fluidez. La comunicación con su abogado también se llevó a cabo en ruso. El tribunal lo condenó a una pena de ocho años y cuatro meses de prisión. Contra esa decisión, el peticionario interpuso un recurso de apelación. Ante su rechazo, presentó un nuevo recurso redactado en lituano. Entonces, manifestó que tenía un ligero conocimiento del idioma ruso pero no sabía lo suficiente para realizar una presentación escrita. En ese sentido, sostuvo que el tribunal había ignorado su escasa comprensión del idioma, lo que afectaba su derecho al uso de su propia lengua. Tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional rechazaron la impugnación. Para decidir de ese modo, consideraron que no se había manifestado respecto a esta imposibilidad con carácter previo.

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que Eslovenia era responsable por haber violado el artículo 6 (derecho a un proceso equitativo) del Convenio Europeo. En particular, los párrafos 1 (derecho a ser informado sobre la acusación en su contra) y 3 (derecho a contar con un intérprete).

1. Proceso penal. Debido proceso. Derecho de defensa. Traductor.

“De acuerdo con el párrafo 3 (a) del artículo 6 de la Convención, toda persona acusada de un delito penal tiene derecho a ‘ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada en su contra’. Si bien esta disposición no especifica que la información relevante deba ser proporcionada por escrito o traducida por escrito para un acusado extranjero, señala la necesidad de prestar especial atención a la notificación de la acusación a la persona involucrada. Una acusación tiene un papel crucial en el proceso penal, ya que es desde ese momento que el acusado se encuentra formalmente notificado de la base fáctica y legal de la imputación en su contra. Un acusado que no esté familiarizado con el idioma utilizado por el tribunal puede estar ante una desventaja práctica si la acusación no se traduce a un idioma que comprenda” (cfr. párr. 75).

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

“A su vez, el párrafo 3 (e) del artículo 6 establece que cada acusado tiene derecho a la asistencia gratuita de un intérprete. Ese derecho se aplica no sólo a las declaraciones orales hechas en la audiencia del juicio, sino también al material documental y a los procedimientos previos al juicio” (cfr. párr. 76).

“Un acusado que no puede entender o hablar el idioma utilizado por un tribunal tiene, por lo tanto, el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete para la traducción o interpretación de todos los documentos o las declaraciones que consten en los procedimientos iniciados en su contra y que le resulten necesarios a fin de entender o bien para realizar presentaciones en el idioma de la corte y, de ese modo, tener el acceso a un proceso equitativo” (cfr. párr. 77).

“Sin embargo, el párrafo 3 (e) no conlleva el requisito de una traducción por escrito de todos los elementos de prueba escrita o documentos oficiales del procedimiento. En ese sentido, cabe señalar que el texto de las disposiciones relevantes se refiere a un ‘intérprete’ y no a un ‘traductor’. Esto sugiere que la asistencia lingüística –en su aspecto oral– puede satisfacer los requisitos de la Convención” (cfr. párr. 78).

“[L]a asistencia prestada para la interpretación debe ser tal que permita al acusado conocer el caso en su contra y defenderse. En particular, que se encuentre en condiciones de presentar su versión de los hechos ante el tribunal [...]. Sobre este aspecto, el Tribunal considera que la obligación de las autoridades competentes no se encuentra limitada a la designación de un intérprete ya que, si tiene conocimiento de las circunstancias particulares, puede extenderse a un control posterior sobre la idoneidad de la interpretación” (cfr. párr. 79).

2. Debido proceso. Derecho de defensa. Garantía de imparcialidad. Notificación. Traductor.

“[C]orresponde a las autoridades involucradas en el proceso –en particular a los tribunales nacionales– determinar si la imparcialidad del juicio requiere, o ha requerido, el nombramiento de un intérprete para asistir a la persona acusada. En opinión del Tribunal, este deber no se limita a situaciones en las que la persona acusada de nacionalidad extranjera realice explícitamente una solicitud de interpretación. Desde la importancia del derecho a un proceso equitativo dentro de una sociedad democrática [...], esta situación surge cuando existen motivos para sospechar que el acusado no conoce lo suficiente el idioma del proceso, por ejemplo, o si él o ella no es un ciudadano nacional ni residente del país en el que se llevan a cabo. También sucede cuando se prevé utilizar una tercera lengua para la interpretación. En esas circunstancias, la competencia del acusado en el tercer idioma debe determinarse antes de que se tome la decisión de utilizarlo con fines de interpretación” (cfr. párr. 81).

“El Tribunal observa que la importancia de verificar las necesidades de interpretación del acusado para garantizar el derecho a un proceso equitativo se ha reconocido también en la Directiva 2010/64/EU del Parlamento Europeo...” (cfr. párr. 82).

“[E]l hecho de que la persona acusada tenga un dominio básico del lenguaje del proceso o, como en el caso, una tercera lengua en la que interpretación esté disponible, no debe impedir

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

que esa persona se beneficie de la interpretación en un idioma que él o ella entienda lo suficientemente bien como para ejercer plenamente su derecho de defensa [...]. En particular, el considerando 22 de la Directiva establece que la interpretación y traducción debe facilitarse en la lengua materna del acusado o en cualquier otra lengua que entienda o hable, con objeto de permitir el pleno ejercicio del derecho a la defensa y con el objeto de salvaguardar la equidad del proceso” (cfr. párr. 83).

“Por último, el Tribunal destaca la importancia de advertir en el expediente cualquier procedimiento realizado y la decisión tomada respecto de la verificación de las necesidades para la interpretación, la notificación del derecho a un intérprete [...] y la asistencia provista por un intérprete, tanto para la traducción oral como para el resumen oral de los documentos, a fin de evitar cualquier duda posterior en la causa...” (cfr. párr. 85).

[I]ntanto la notificación del derecho a un intérprete como el ejercicio los demás derechos que hacen a la garantía de defensa en juicio [...] deben ser llevados a cabo en un lenguaje que el peticionario entienda...” (cfr. párr. 87).

“[A]lgunas declaraciones básicas del peticionario durante el juicio oral, presumiblemente en ruso [...] no pueden ser consideradas suficientes para demostrar que se encontraba en condiciones de llevar a cabo su defensa efectiva en ese lenguaje” (cfr. párr. 95).

“El Tribunal enfatiza que la notificación del derecho a contar con un intérprete era parte integral del deber de las autoridades de proporcionar al peticionario asistencia adecuada en su idioma a fin de asegurar el derecho a un proceso equitativo...” (cfr. párr. 99).

1.6. TEDH. “HOTI V. CROACIA”. 27/6/2018.

Voces: Migrantes. Refugiado. Derecho a la vida privada y familiar. Protección integral de la familia. Nacionalidad. Apátrida. Trabajo. Residencia.

▪ HECHOS

Dos personas de nacionalidad albana se instalaron en Kosovo como refugiadas políticas y tuvieron un hijo; en ese momento, Kosovo era parte de la ex República Federativa Socialista de Yugoslavia (RFSY). Años más tarde, el joven se estableció en Croacia, también integrante de la RFSY. A partir de la disolución de ese Estado, dejó de tener nacionalidad y tanto Albania como Kosovo rechazaron sus peticiones de ciudadanía. Así, permaneció en Croacia y desempeñó distintos oficios. En reiteradas oportunidades requirió, con resultado negativo, que se le concediera el permiso de residencia permanente y la ciudadanía. Las autoridades sostuvieron, entonces, que no había acreditado tres años de empleo continuo en el país. Contra esta decisión, presentó, sin éxito, diversas impugnaciones.

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que Croacia era responsable por haber violado las disposiciones previstas en el artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

1. Migrantes. Derecho a la vida privada y familiar. Residencia. Trabajo.

“La obligación positiva en virtud del artículo 8 puede interpretarse como una imposición a los Estados de proporcionar medios eficaces y accesibles para proteger el derecho al respeto de la vida privada y/o familiar...” (cfr. párr. 123).

“[D]ada la naturaleza del reclamo del peticionario y el hecho de que, en lo principal, corresponde a las autoridades nacionales garantizar el cumplimiento de la obligación que se deriva del Convenio, el Tribunal considera que la cuestión principal que debe examinarse en el presente caso es si, teniendo en cuenta las circunstancias en su conjunto y de conformidad con el artículo 8, las autoridades croatas proporcionaron un procedimiento efectivo y accesible o una combinación de procedimientos que le haya permitido al peticionario abordar las cuestiones relacionadas con su estadía en Croacia con el debido respeto a los intereses de su vida privada...” (cfr. párr. 124).

“El Tribunal observa que no cabe duda de que el peticionario disfruta de la vida privada en Croacia. Llegó a Novska a los diecisiete años y ha vivido allí desde entonces, es decir, durante casi cuarenta años [...]. Ha trabajado en diferentes trabajos y acumulado lazos sociales en la

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

comunidad local donde vive [...]. Actualmente, tiene cincuenta y cinco años y no tiene vínculos con ningún otro país o lugar de residencia y, mientras tanto, ha perdido el contacto con todos sus familiares...” (cfr. párr. 125).

“[A]unque nominalmente esté disponible para él, la perspectiva del peticionario de encontrar un empleo se ve obstaculizada de facto sin la regularización de su estatus de residencia. Por lo tanto, está desempleado y sobrevive ayudando en las granjas [...], lo que sin duda afecta negativamente la posibilidad de que obtenga un seguro de salud o derechos de seguridad social [...]. En estas circunstancias, especialmente en vista de la edad avanzada del peticionario y del hecho de que ha vivido en Croacia durante casi cuarenta años sin tener ningún vínculo formal o de facto con ningún otro país, el Tribunal acepta que la incertidumbre de su estado de residencia tiene repercusiones adversas en su vida privada” (cfr. párr. 126).

1.7. TEDH “JR Y OTROS V. GRECIA”. 25/1/2018.

Voces: Migrantes. Expulsión de extranjeros. Trato cruel, inhumano o degradante. Condiciones de detención. Personas privadas de libertad. Migrantes en situación irregular. Detención de personas. Idioma.

▪ HECHOS

Tres personas huyeron de su país de origen, Afganistán, hacia la isla de Chios, en Grecia, en marzo de 2016. Arribaron un día después de la entrada en vigor de la “Declaración UE-Turquía”, que establecía, bajo ciertas condiciones, el retorno de migrantes irregulares de Grecia a Turquía. Entonces, fueron arrestados y colocados en un centro de recepción, identificación y registro de migrantes. En ese marco, solicitaron asilo y, luego, fueron liberados.

Sin embargo, en marzo de 2016, el Director de la Policía de Chios ordenó su expulsión y se prorrogó su detención por un período que no debía ser superior a seis meses; dicha decisión se fundó en el peligro de fuga de los peticionarios. En ese momento se les entregó un folleto informativo escrito en un idioma incomprensible para ellos sobre las razones de su detención y sus derechos. La resolución mencionaba la posibilidad de plantear objeciones ante el Presidente del Tribunal Administrativo. Sin embargo, el Gobierno reconoció que las sentencias no fueron notificadas debido a que las autoridades no pudieron ubicar a los implicados dentro del centro.

Después de la entrada en vigor de la “Declaración UE-Turquía”, la cantidad de detenidos en el centro duplicó su capacidad. El hacinamiento hizo que no fuera posible proporcionarles comida a todos los internos, que no hubiera higiene ni, a menudo, agua; además, escaseaba la asistencia médica y los detenidos no eran asesorados por abogados. Todo esto se desprende de diferentes informes de organizaciones de derechos humanos que visitaron el lugar.

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que Grecia era responsable por haber violado las disposiciones previstas en el artículo 5.4 (deber de informar en un idioma comprensible) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, no encontró violación de los artículos 5 (derecho a la libertad y seguridad, expulsión) ni del 3 (prohibición de la tortura).

1. Migrantes. Personas privadas de libertad. Debido proceso. Derecho de defensa.

“El Tribunal reitera que el artículo 5.2 del Convenio ofrece una garantía fundamental: toda persona detenida debe saber por qué se le privó de su libertad. Esta garantía obliga a informar a la persona, en un lenguaje sencillo y accesible, en relación con las razones legales y objetivas de su privación de libertad para que pueda discutir la legalidad ante un tribunal en virtud del

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

Artículo 5.4 del Convenio. La persona debe beneficiarse de esta información ‘tan pronto como sea posible’. Sin embargo, el funcionario que lleva a cabo la detención puede que no la otorgue en su totalidad en ese momento. Para determinar si esta persona la ha obtenido de manera suficientemente pronta, es necesario tener en cuenta las peculiaridades del hecho” (cfr. párr. 121).

“[E]l Tribunal no duda de que, si los peticionarios hubieran podido saber que habían entrado en el territorio griego de manera irregular, era posible por tanto que no tuvieran conocimiento de que estaban dentro del alcance de la “[Declaración UE-Turquía](#)”, que había concluido el día anterior a su detención y en virtud de la cual estaban obligados a regresar a Turquía tras un proceso de detención o restricción de la libertad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la ley N° 4375/2016” (cfr. párr. 122).

“Incluso suponiendo que los peticionarios hubieran recibido un folleto informativo, similar al adjuntado por el Gobierno en sus observaciones, el Tribunal confirma que el contenido de ese folleto no era suficiente para proporcionar la información necesaria respecto de los motivos o sobre las personas afectadas, sobre el arresto o sobre los recursos disponibles. Señala que el folleto indica, de forma particular, que la persona a quien va dirigido no ha ingresado legalmente al país, que puede contratar a un abogado a su cargo previa consulta con las autoridades policiales, que puede comunicarse con un funcionario para obtener más información sobre su situación y, más específicamente, ‘para objetar la decisión de expulsión dentro de las 48 horas’, ‘apelar contra la decisión de expulsión dentro de los cinco días posteriores a la entrega de la orden de expulsión y dirigirla al Secretario General de la Región’ y ‘plantear objeciones sobre [su] detención ante el Presidente del Tribunal Administrativo” (cfr. párr. 123).

“El Tribunal afirma que la información contenida en el folleto en cuestión [sobre los motivos legales y fácticos de su privación de libertad] no puede valorarse como una información dada en un lenguaje sencillo y accesible para los peticionarios. Todo ello con el objetivo de que puedan discutir la legalidad ante un tribunal, en virtud del artículo 5.4 del Convenio. Así pues, considera que ha habido una violación del artículo 5.2 del Convenio” (cfr. párr. 124).

1.8. TEDH. “ND Y NT V ESPAÑA”. 3/10/2017.

Voces: Migrantes. Expulsiones colectivas. Migrantes en situación irregular. Recursos. Derecho a un recurso efectivo. Derecho a la vida privada y familiar. Principio de no devolución. Reparación. Debido proceso. Identificación de personas.

▪ HECHOS

ND y NT, nacionales de Malí, abandonaron su país como consecuencia de un conflicto armado. El 13 de agosto de 2014, trataron de entrar a España a través del puesto fronterizo de Melilla. Entonces, las autoridades marroquíes les arrojaron piedras. El primer peticionario consiguió encaramarse en una de las vallas y permaneció allí sin recibir asistencia médica o jurídica. El segundo peticionario, en su intento de cruzar, fue alcanzado por una piedra después de haber sido hostigado por las fuerzas de seguridad españolas.

Al pisar tierra, fueron detenidos por miembros de la Guardia Civil, que los esposaron y devolvieron a Marruecos. No se los identificó, no tuvieron la posibilidad de exponer sus circunstancias personales y no fueron asistidos por abogados, intérpretes o médicos. Luego, se los condujo a la comisaría, donde les denegaron la posibilidad de recibir atención médica. A continuación, se los trasladó, junto con otras personas que habían sido rechazadas en circunstancias similares, a la ciudad de Fez, donde fueron liberados. Entre setenta y cinco y ochenta inmigrantes subsaharianos fueron rechazados y enviados a Marruecos el 13 de agosto de 2014.

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que España era responsable por haber violado las disposiciones previstas en el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Igualmente, también encontró violación del artículo 4 (expulsión colectiva de extranjeros) del Protocolo N° 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

1. *Expulsión de extranjeros. Expulsiones colectivas. Debido proceso. Migrantes en situación irregular.*

“El Tribunal recuerda que se debe entender por expulsión colectiva toda medida que compele a unos extranjeros, en tanto que grupo, a abandonar un país, salvo en los casos en que tal medida se toma al término y en base a un examen razonable y objetivo de las circunstancias particulares de cada uno de los extranjeros que forman el grupo [[Khlaifia y otros v. Italia](#) [GC], Aplicación N° 16483/12. 15/12/2016, con las referencias que figuran en la misma, para el detalle in extenso de estos principios]. Las circunstancias que rodean la puesta en práctica de decisiones de expulsión juegan sin embargo un papel en la valoración del respeto del artículo 4 del Protocolo N° 4” (párr. 98).

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

“El fin del artículo 4 del Protocolo N° 4 es el de evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente [[Hirsi Jamaa y otros v. Italia](#) [GC], Aplicación N° 27765/09, 23/02/2012 y [Sharifi y otros v. Italia y Grecia](#), Aplicación N° 16643/09, 21/10/2014]. Dicho esto, el hecho de que varios extranjeros sean objeto de decisiones parecidas no es suficiente, por sí mismo, para concluir que existe una expulsión colectiva cuando cada interesado ha podido exponer individualmente ante las autoridades competentes los argumentos que se oponían a su expulsión [...]. Además, el Tribunal ha juzgado que no había violación del artículo 4 del Protocolo N° 4 cuando la ausencia de decisión de expulsión individual era la consecuencia del comportamiento culpable de las personas interesadas [...]” (párr. 99).

“A día de hoy, el Tribunal ha concluido que había violación del artículo 4 del Protocolo N° 4 en solamente seis asuntos. En cuatro de ellos [[Čonka v. Bélgica](#) Aplicación N° 51564/99, [Georgia v. Rusia](#) Aplicación N° 13255/07, [Shioshvili y otros v. Rusia](#) Aplicación N° 19356/07, y [Berdzenishvili y otros v. Rusia](#), Aplicación N° 14594/07], las expulsiones afectaban a individuos con el mismo origen (familias rumanas provenientes de Eslovaquia en el primer asunto y nacionales georgianos en los demás). En los otros dos asuntos (Hirsi Jamaa y otros y Sharifi y otros), la violación que ha sido declarada se refería a la devolución de todo un grupo de personas (inmigrantes y peticionarios de asilo) que se había efectuado en ausencia de una comprobación previa en debida forma de la identidad de cada uno de los miembros del grupo” (párr. 100).

“El Tribunal recuerda sus declaraciones anteriores en lo que respecta a la soberanía de los Estados en materia de política de inmigración y la prohibición de recurrir a prácticas incompatibles con el Convenio o sus Protocolos en la gestión de flujos migratorios. Toma conocimiento de los ‘nuevos retos’ que deben afrontar los Estados europeos en materia de gestión de la inmigración, debidos al contexto de la crisis económica y de las recientes transformaciones sociales y políticas que han afectado muy particularmente determinadas regiones de África y del Medio Oriente” (párr. 101).

“[N]o hay duda de que los peticionarios que se encontraban bajo control continuado y exclusivo de las autoridades españolas, han sido expulsadas y devueltas a Marruecos, contra su voluntad, lo que constituye claramente una ‘expulsión’ con arreglo al artículo 4 del Protocolo N° 4” (párr. 105).

“El Tribunal recuerda que, en su sentencia Čonka, con el fin de evaluar la existencia de una expulsión colectiva, había examinado las circunstancias del caso y comprobado si las decisiones de expulsión habían tomado en consideración las circunstancias particulares de los individuos afectados. Los peticionarios formaban parte de un grupo de entre setenta y cinco y ochenta inmigrantes subsaharianos que intentaron entrar ilegalmente en España por el puesto fronterizo de Melilla. Se les ha aplicado una medida de carácter general consistente en contener y rechazar los intentos de los inmigrantes de rebasar ilegalmente la frontera. El Tribunal constata que en este caso, las medidas de expulsión han sido tomadas en ausencia

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

de cualquier decisión administrativa o judicial previa. En ningún momento han sido objeto los peticionarios de procedimiento alguno. La cuestión de garantías suficientes que acreditan una consideración real y diferenciada de las circunstancias de cada una de las personas afectadas ni siquiera se plantea en este asunto, en ausencia de todo examen de las circunstancias individuales de los peticionarios, al no haber sido estos, objeto de ningún procedimiento de identificación por parte de las autoridades españolas. En estas circunstancias, el Tribunal estima que el procedimiento seguido no permite de ningún modo dudar del carácter colectivo de las expulsiones criticadas” (párr. 107).

“Por cuanto antecede, se descarta la excepción *ratione/materiae* planteada por el Gobierno demandado. El Tribunal concluye que la expulsión de los peticionarios revestía un carácter colectivo contrario al artículo 4 del protocolo N°4. En consecuencia ha habido violación de esta disposición” (párr. 108).

2. Debido proceso. Derecho de defensa. Recursos. Derecho a un recurso efectivo.

“[E]l artículo 13 del Convenio garantiza la existencia en Derecho interno de un recurso que permita alegar los derechos y libertades del Convenio tal como están consagrados en el mismo. Esta disposición tiene por tanto la consecuencia de exigir un recurso interno que permita examinar el contenido de una ‘queja sostenible’ fundada en el Convenio y ofrecer una reparación apropiada. El alcance de la obligación que el artículo 13 representa para los Estados contratantes varía en función de la naturaleza de la queja del peticionario. Sin embargo el recurso exigido por el artículo 13 debe ser ‘efectivo’ en la práctica como en derecho” (párr. 114).

“Sobre la cuestión de la exigencia del carácter suspensivo del recurso, el Tribunal ha alcanzado soluciones distintas teniendo en cuenta el riesgo potencialmente irreversible incurrido por los peticionarios en el país de destino en caso de expulsión del territorio del Estado demandado. Ha estimado que un tal perjuicio no existía, cuando, por ejemplo, el interesado sostenía que su expulsión vulneraría su derecho al respeto de su vida privada y familiar [[De Souza Ribeiro v. Francia](#) [GC], Aplicación N° 22689/07, párrafo 83], si bien ha concluido que hubo violación del artículo 13 del Convenio puesto en relación con el artículo 8 por otras razones. En la sentencia *Khlaifia y otros*, el Tribunal ha estimado que, cuando un peticionario alegaba que el procedimiento seguido para ordenar su expulsión había tenido un carácter ‘colectivo’ sin alegar de forma concomitante que le había expuesto a un perjuicio irreversible resultante de una violación de los artículos 2 o 3 del Convenio, el Convenio no imponía a los Estados la obligación absoluta de garantizar un remedio con pleno Derecho suspensivo, pero que se limitaba a exigir que la persona afectada tuviera una posibilidad efectiva de impugnar la decisión de expulsión obteniendo un examen lo suficientemente detenido de sus reclamaciones por parte de una instancia interna independiente e imparcial. El Tribunal ha concluido por tanto en la sentencia *Khlaifia y otros* que la ausencia de efecto suspensivo de un recurso contra una decisión de expulsión no era por sí misma constitutiva de una vulneración del artículo 13 del Convenio cuando, como en este caso, los peticionarios no alegaban un riesgo real de violación de los derechos amparados por los artículos 2 y 3 en el país de destino”

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

(párr. 115).

“Los peticionarios se quejan de la ausencia de un recurso efectivo que les permitiera impugnar su expulsión desde la perspectiva del carácter ‘colectivo’” (párr. 116).

“[L]a cuestión del carácter suspensivo de pleno derecho del recurso ni siquiera se plantea al no haber tenido acceso los peticionarios, antes de su expulsión a Marruecos, a ningún procedimiento tendente a su identificación y a la comprobación de sus circunstancias personales. El Gobierno no se pronuncia sobre la falta de identificación de los peticionarios por los agentes de la Guardia Civil, limitándose a indicar que no tiene conocimiento de la identidad de los interesados. Sostiene sin embargo que los peticionarios no han conseguido probar su identidad ante el TEDH” (párr. 118).

“Ya ha apuntado anteriormente, en el ámbito del artículo 4 del Protocolo N° 4, que los peticionarios han sido rechazados inmediatamente por las autoridades fronterizas y que no han tenido acceso ni a un intérprete ni a agentes que pudieran aportarles las mínimas informaciones necesarias sobre el derecho de asilo y/o el procedimiento pertinente contra su expulsión. Ya hay, en este caso, un vínculo evidente entre las expulsiones colectivas de las que han sido objeto los peticionario en la valla de Melilla y el hecho de que se les ha concretamente impedido acceder a ningún procedimiento nacional que cumpliera las exigencias del artículo 13 del Convenio” (párr. 120).

“Habida cuenta de las circunstancias del presente caso y del carácter inmediato de su expulsión de facto, el TEDH estima que a los peticionarios se les ha privado de toda vía de recurso que les hubiera permitido presentar ante una autoridad competente su queja respecto del artículo 4 del Protocolo N° 4 y obtener un control atento y riguroso de su solicitud antes de su devolución” (párr. 121).

1.9. TEDH. “SK V. RUSÍA”. 14/5/2017.

Voces: Migrantes. Derecho de defensa. Expulsión de extranjeros. Tortura. Trato cruel, inhumano o degradante. Condiciones de detención. Zonas de frontera. Libertad. Recursos. Efecto suspensivo. Derecho a un recurso efectivo.

▪ HECHOS

El señor SK, de nacionalidad siria, arribó a Rusia con una visa de negocios. Tras el vencimiento de la visa, el nombrado permaneció en territorio ruso. En febrero de 2013, fue declarado culpable por infringir el Código de Ofensas Administrativas, que sanciona al extranjero que realice actividades laborales ilegales en Rusia. Asimismo, en febrero de 2015 fue condenado por haber permanecido en territorio ruso con la visa vencida. En el marco de ese proceso, fue sentenciado a una pena de multa y de “remoción administrativa forzosa”. Por esa razón, fue trasladado a un establecimiento de detención para extranjeros hasta que se cumpliera la medida. La decisión fue confirmada por la Corte Suprema de la República de Dagestan. Sin embargo, la orden de remoción no fue ejecutada debido a que solicitó asilo. En su aplicación, SK refirió al conflicto armado en Siria y expresó que, por su edad, el gobierno sirio lo incorporaría al servicio militar y pondría en riesgo su vida y su integridad física. En 2015, la petición fue desestimada. A ese efecto, se argumentó que, en el año 2012, al vencer la visa, en Siria no había operaciones militares a gran escala. La decisión fue confirmada por la Corte de Distrito y por la Corte de Moscú.

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

El TEDH sostuvo que Rusia había violado los artículos 13 (derecho a un recurso efectivo), en relación con los artículos 2 (derecho a la vida) y 3 (prohibición de la tortura), así como las disposiciones contenidas en los artículos 5.1 y 5.4 (derecho a la libertad y la seguridad) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

1. *Expulsión de extranjeros. Recursos. Efecto suspensivo. Derecho a un recurso efectivo. Tortura. Trato cruel, inhumano o degradante.*

“[L]a ‘instancia’ a la que se refiere [el artículo 13] no necesariamente debe ser una instancia judicial. Sin perjuicio de ello, su competencia y las garantías procesales que ostente resultan relevantes a fin de determinar si el remedio es efectivo. [Cuando la ‘instancia’ referida no se trata de una instancia judicial,] el Tribunal debe verificar su independencia [...] y las garantías procesales que ofrece a los peticionarios” (cfr. párr. 71).

“[Cuando] en el planteo se alega que la expulsión expondría [a la persona] al riesgo real de sufrir un tratamiento contrario al artículo 3 del Convenio, en vista a la importancia que el Tribunal otorga a esa norma y dada la naturaleza irreversible del daño que podría ocurrir si se materializara el riesgo de tortura o maltrato, la efectividad del remedio a los fines del artículo 13 requiere de manera imperativa que la petición se sometida a un examen riguroso

por la autoridad nacional [...]. Cualquier denuncia sobre la existencia de motivos sustanciales para temer que existe un riesgo real de tratos contrarios al artículo 3, también exige un examen riguroso e independiente” (cfr. párr. 74).

“[Un] ‘examen riguroso e independiente’ también implica que el remedio sea capaz de ofrecer protección contra el extrañamiento donde aquel examen revele motivos sustanciales para creer que el peticionario corre un riesgo real de sufrir maltratos en caso de que se imponga y ejecute la expulsión” (cfr. párr. 83).

“[D]ada la importancia fundamental de los derechos que se encuentran en juego en este tipo de casos y dada la naturaleza irreversible de que el daño pueda ocurrir, es indispensable que para que el remedio doméstico sea efectivo en los términos del artículo 13, las leyes nacionales deben prever que el remedio doméstico tenga un efecto suspensivo en forma automática con respecto a la medida o decisión impugnada...” (cfr. párr. 87).

2. Expulsión de extranjeros. Personas privadas de la libertad. Condiciones de detención.

“Ni el COA ni ninguna otra legislación aplicable proveía un proceso para que el peticionario ‘iniciara procedimientos’ relativos la revisión de su detención y eventual soltura. [El TEDH recordó que en el caso ‘Kim’ había indicado a Rusia que debía asegurar, en su ordenamiento legal doméstico] un mecanismo que permita a los individuos iniciar procedimientos de revisión acerca de la legalidad de su detención a la espera de ser expulsados...” (cfr. párrs. 106 y 108).

“[L]a detención debe ser llevada de buena fe; debe guardar relación con los motivos invocados por el gobierno, el lugar y condiciones de detención deben ser apropiadas y la duración del encierro no deben exceder aquellas razonablemente requeridas para el fin que se persigue” (cfr. párr. 111).

En el entendimiento que la expulsión de SK resultaba impracticable en vista a que el conflicto armado en Siria empeoraba, “...las autoridades nacionales debieron haber considerado medidas alternativas” (cfr. párr. 115).

1.10. TEDH. “ILIAS Y AHMED V. HUNGRÍA”. 14/3/2017.

Voces: Migrantes. Expulsión de extranjeros. Condiciones de detención. Detención de personas. Debido proceso. Derecho de defensa. Zonas de frontera. Libertad. Inversión de la carga de la prueba. Principio de legalidad. Principio de no devolución. Derecho a la información.

▪ HECHOS

Dos personas de Bangladesh emigraron de su país; una de ellas había perdido a toda su familia debido a las graves inundaciones ocurridas. La otra había sido perseguida y lesionada por negarse a afiliarse a dos partidos políticos. Ambas transitaron por diversos países hasta ingresar al territorio de la Unión Europea a través de Grecia. Desde allí arribaron a la ciudad húngara de Rozske, situada en la frontera con Serbia. El mismo día de su llegada, solicitaron asilo.

La autoridad de inmigración y ciudadanía húngara rechazó el requerimiento de asilo y ordenó que los peticionarios fueran expulsados del país. Al recurrir la decisión, argumentaron que se los exponía a situaciones de trato inhumano y degradantes resultantes del riesgo de la “devolución en cadena”. Además, adujeron que las autoridades húngaras les exigían pruebas cuya obtención resultaba abrumadora e ilusoria, dada la dificultad que tenían para reunirse con sus abogados. No obstante, la decisión fue confirmada por los tribunales locales y debieron abandonar la zona de tránsito y trasladarse a Serbia.

Durante la sustanciación del procedimiento, los peticionarios fueron encerrados por veintitrés días en un área de unos 110 metros cuadrados, rodeada de cercas y custodiada por agentes de seguridad. No tuvieron acceso a asistencia legal, social o médica ni a medios de comunicación. Ambos eran analfabetos; a uno de ellos, además, la información sobre procedimientos de asilo le fue transmitida a través de un folleto escrito en un idioma que no comprendía y participó en una entrevista en la misma lengua. Ambos fueron diagnosticados con diversos problemas psicológicos, los cuales podían verse agravados debido al encierro en la zona de tránsito.

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

El TEDH declaró que Hungría era responsable por la violación de los artículos 3 (prohibición de tortura), 5, incisos 1 y 4 (derecho a la libertad y a la seguridad) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

1. *Migrantes. Detención de personas. Tortura. Trato cruel, inhumano o degradante.*

“[L]a detención de extranjeros en una zona internacional entraña una restricción de la libertad que [sólo es aceptable si] va acompañada de salvaguardias para las personas afectadas y no se

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

prolonga excesivamente. De lo contrario, una mera restricción de la libertad se convierte en una privación de libertad. [El] hecho de que [las víctimas] pudieran abandonar voluntariamente su solicitud y regresar a Serbia no descarta una violación del derecho a la libertad, [puesto que, dadas las circunstancias,] los peticionarios no podían abandonar la zona de tránsito [...] sin consecuencias graves y no deseadas, es decir, sin renunciar a sus solicitudes de asilo y correr el riesgo de devolución [...]. De lo contrario, se [hubiera obligado] a los peticionarios a elegir entre la libertad y el ejercicio de un procedimiento destinado a protegerlos del riesgo de sufrir un trato violatorio del artículo 3 del Convenio” (párr. 52-56).

2. Expulsión de extranjeros. Principio de legalidad. Principio de no devolución. Prueba. Inversión de la carga de la prueba. Derecho a la información.

“[L]a expulsión de un extranjero [...] puede dar lugar a [la violación del] artículo 3 y, por lo tanto, comprometer la responsabilidad de ese Estado en virtud del Convenio, cuando se demuestren motivos fundados para creer que la persona [...] tendría un riesgo real de ser sometida a un trato contrario [a esa norma] en el país de destino. En estas condiciones, el artículo 3 implica la obligación de no expulsar a la persona en cuestión a ese país” (párr. 112).

“[L]a persona que solicita protección internacional [...] debe presentar [...] su solicitud de asilo con las razones que la justifican y aportar pruebas que demuestren que existen motivos fundados para creer que la deportación a su país de origen supondría un riesgo real y concreto. [Por esa razón], la falta de acceso a la información es un obstáculo importante para acceder a los procedimientos de asilo y [resulta importante] garantizar a toda persona sujeta a una medida de expulsión, cuyas consecuencias sean potencialmente irreversibles, el derecho a obtener información suficiente que les permita acceder de manera efectiva a los procedimientos pertinentes y a fundamentar sus quejas” (párr. 115-116).

“[L]os peticionarios fueron expulsados de Hungría por el decreto gubernamental que enumera a Serbia como un tercer país seguro y que establece una presunción a este respecto. La evaluación individualizada de su situación con respecto a cualquier riesgo que pudieron correr si volvían a Serbia tuvo lugar en estas circunstancias legales. De hecho, suponía una inversión de la carga de la prueba en detrimento de los peticionarios, incluida la carga de probar el riesgo real de trato inhumano y degradante en una situación de devolución en cadena [...]. Sin embargo, incumbe a las autoridades nacionales realizar una evaluación de ese riesgo de oficio cuando la información sobre dicho riesgo pueda determinarse a partir de un gran número de fuentes. No sólo las autoridades húngaras no realizaron esta evaluación en la determinación de los riesgos individuales, sino que se negaron incluso a considerar los méritos de la información proporcionada por el abogado, limitando su argumento a la decreto gubernamental...” (párr. 118).

“[B]asaron su decisión en una lista de países terceros seguros establecida por el Gobierno [...] sin tener en cuenta los informes [...] presentados por los peticionarios, a quienes les impusieron una carga de prueba excesiva y desleal. Por otra parte, el Tribunal [...] observa que las posibilidades de las víctimas de participar activamente en los procedimientos y de

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

explicar los detalles de su huida desde su país de origen eran extremadamente limitadas. Los solicitantes son analfabetos, no obstante toda la información que recibieron sobre el procedimiento de asilo figuraba en un folleto. Por lo tanto, las autoridades no facilitaron a los peticionarios información suficiente sobre el procedimiento, lo que se vio agravado por el hecho de que no podían reunirse con su abogado...” (párr. 124).

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA



2.1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. “C-369/17”. 13/9/2018.

Voces: Migrantes. Cuestión prejudicial. Delitos. Causas de exclusión. Principio de no devolución. Refugiado. Pena. Prisión. Igualdad. Derecho de asilo.

▪ **HECHOS**

En el año 2000, Ahmed obtuvo el estatuto de refugiado en Hungría por el riesgo de persecución que corría en su país de origen debido a que su padre había sido un oficial de alto rango del régimen Najibullah, en Afganistán. Posteriormente, se inició un procedimiento penal contra Ahmed, quien solicitó que se informara su situación al consulado de la República Islámica de Afganistán. Entonces, se consideró que el hecho de que hubiera requerido voluntariamente esa protección daba cuenta de que el peligro de persecución había desaparecido. Por tal razón, se inició un procedimiento de revisión de su estatuto de refugiado.

El 21 de mayo de 2014, el Tribunal Superior de Hungría condenó a Ahmed a penas de prisión por los delitos de homicidio en grado de tentativa y extorsión en grado de tentativa. Además, mediante una resolución del 4 de noviembre de 2014 se le retiró el estatuto de refugiado con arreglo al artículo 11, apartado 3, de la Ley sobre el Derecho de Asilo. El 30 de junio de 2015, Ahmed pidió que se le concediera nuevamente el estatuto de refugiado y el de protección subsidiaria. Estos requerimientos fueron desestimados. Esa decisión fue impugnada y revertida por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social, que ordenó que se iniciara un nuevo procedimiento.

En este nuevo procedimiento, aunque se le volvieron a denegar sus peticiones debido a que había cometido un crimen para el que el derecho húngaro prevé una pena privativa de libertad de cinco o más años. Frente al recurso de Ahmed relativo a la negativa a concederle la protección subsidiaria, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

¿Se desprende de la expresión “han cometido un delito grave”, recogida en el artículo 17, apartado 1, letra b), de la [Directiva 2011/95], que la pena prevista legalmente para un delito concreto conforme al Derecho de un Estado miembro concreto puede constituir el único criterio para determinar si el peticionario ha cometido un delito que puede excluirle del derecho a la protección subsidiaria?

▪ **DECISIÓN Y ARGUMENTOS**

“[E]l Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara: El artículo 17, apartado 1, letra b), de la

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de un Estado miembro en virtud de la cual se considera que el peticionario de protección subsidiaria ha «cometido un delito grave» en el sentido de dicha disposición, lo que permite excluirle de dicha protección, basándose únicamente en la pena prevista para un delito determinado según el Derecho de dicho Estado miembro. Incumbe a la autoridad o al tribunal nacional competente para resolver sobre la solicitud de protección subsidiaria apreciar la gravedad de la infracción de que se trate, realizando un examen completo de todas las circunstancias específicas del caso concreto” (párr. 59).

1. Refugiado. Derecho de asilo. Causas de exclusión. Delitos.

“En lo que respecta a las causas de exclusión del estatuto de protección subsidiaria, procede señalar que el legislador de la Unión se inspiró en las normas aplicables a los refugiados para extenderlas, en la medida de lo posible, a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria. En efecto, el contenido y la estructura del artículo 17, apartado 1, letras a) a c), de la Directiva 2011/95, relativo a la exclusión de la protección subsidiaria, presentan similitudes con el artículo 12, apartado 2, letras a) a c), de esta Directiva, relativo a la exclusión de la condición de refugiado, el cual retoma, en esencia, el contenido del artículo 1, sección F, letras a) a c), de la Convención de Ginebra” (párr. 42-43).

“No obstante, aunque estas causas de exclusión se articulan alrededor del concepto de «delito grave», el ámbito de aplicación de la causa de exclusión prevista en el 17, apartado 1, letra b), de la Directiva 2011/95 es más amplio que el de la causa de exclusión del estatuto de refugiado prevista en el artículo 1, sección F, letra b), de la Convención de Ginebra y en el artículo 12, apartado 2, letra b), de la Directiva 2011/95. En efecto, mientras que la causa de exclusión del estatuto de refugiado prevista en esa última disposición se refiere a un grave delito común cometido fuera del país de refugio antes de la admisión del interesado como refugiado, la causa de exclusión de la protección subsidiaria prevista en el artículo 17, apartado 1, letra b), de la Directiva 2011/95 se refiere con carácter más general a un delito grave y, por tanto, no está limitada ni geográficamente ni en el tiempo ni en cuanto a la naturaleza de los delitos en cuestión” (párr. 46-47).

“Es preciso recordar que, [...] del tenor literal del artículo 12, apartado 2, letras b) y c), de la Directiva 2004/83, convertido en el artículo 12, apartado 2, letras b) y c), de la Directiva 2011/95, se desprende que la autoridad competente del Estado miembro interesado solo puede aplicar esta disposición tras haber procedido, en cada caso individual, a una evaluación de los hechos concretos de los que ha tenido conocimiento con el fin de determinar si existen motivos fundados para pensar que los actos cometidos por el interesado –que por otra parte reúne los requisitos para obtener el estatuto de refugiado– están comprendidos en uno de los dos supuestos de exclusión contemplados en dicha disposición. De ello se deduce que

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

cualquier decisión de excluir a una persona del estatuto de refugiado debe ir precedida de un examen completo de todas las circunstancias específicas de su caso individual y no puede adoptarse de manera automática. Tal exigencia debe aplicarse a las decisiones de exclusión de la protección subsidiaria” (párr. 48-50).

“En efecto, al igual que las causas de exclusión del estatuto de refugiado, la finalidad de las causas de exclusión de la protección subsidiaria es excluir del estatuto que estas conceden a las personas consideradas indignas de la protección inherente a ellas y preservar la credibilidad del sistema del régimen de asilo europeo común, lo que supone tanto la aproximación de normas sobre el reconocimiento de los refugiados y sobre el contenido del estatuto de refugiado como medidas sobre formas subsidiarias de protección, que ofrezcan un estatuto apropiado a cualquier persona necesitada de tal protección” (párr. 51).

“Es preciso señalar que el artículo 17, apartado 1, letra b), de la Directiva 2011/95 solo permite excluir a una persona del estatuto de protección subsidiaria si existen «motivos fundados» para considerar que ha cometido un delito grave. Esta disposición enuncia una causa de exclusión que constituye una excepción a la regla general establecida en el artículo 18 de la Directiva 2011/95 y, por tanto, requiere una interpretación estricta” (párr. 52).

2. Refugiado. Derecho de asilo. Causas de exclusión. Delitos. Pena. Prisión.

“Según el tribunal remitente, la Ley sobre el derecho de asilo conduce, no obstante, a calificar automáticamente de delito grave toda infracción penal que puede ser sancionada, en virtud del Derecho húngaro, a una pena privativa de libertad de cinco años o más” (párr. 53).

“[E]s necesario que la autoridad o el tribunal nacional competente que se pronuncie sobre la solicitud de protección subsidiaria puedan examinar, sobre la base de criterios distintos al de la pena prevista, si la infracción cometida por el peticionario –que por otra parte reúne los requisitos para obtener el estatuto de protección subsidiaria– reviste tal gravedad que deba dar lugar a la denegación de su solicitud de protección internacional” (párr. 54).

“A este respecto, es necesario subrayar que, aunque el criterio de la pena prevista en virtud de la normativa penal del Estado miembro de que se trate reviste una importancia particular para apreciar la gravedad del delito que justifica la exclusión de la protección subsidiaria con arreglo al artículo 17, apartado 1, letra b), de la Directiva 2011/95, la autoridad competente del Estado miembro de que se trate únicamente puede invocar la causa de exclusión prevista en esa disposición tras haber procedido, en cada caso individual, a una evaluación de los hechos concretos de los que ha tenido conocimiento con el fin de determinar si existen motivos fundados para pensar que los actos cometidos por el interesado –que por otra parte reúne los requisitos para obtener el estatuto solicitado– están comprendidos en esta causa de exclusión...” (párr. 55).

2.2. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. “C-473/16”. 25/1/2018.

Voces: Migrantes. Cuestión prejudicial. No discriminación. Examen médico forense. LGTBIQ. Orientación sexual. Pericia médica. Vulnerabilidad. Igualdad. Identidad de género. Derecho de asilo. Derecho a la vida privada y familiar. Recursos. Prueba. Apreciación de la prueba. Debido proceso. Test de personalidad.

▪ HECHOS

En abril de 2015, F presentó una solicitud de asilo ante las autoridades húngaras. Entonces, alegó que tenía fundados temores a ser perseguido en su país de origen por su homosexualidad. En octubre de 2015 la Oficina rechazó la petición. A este respecto, consideró, a partir de un informe psicológico, que las declaraciones de F no eran creíbles. En ese sentido, se tomó en cuenta que el psicólogo concluyó que los exámenes efectuados sobre F no corroboraban sus afirmaciones relativas a su orientación sexual. La decisión fue impugnada por el peticionario.

En este marco, el Instituto de Peritos e Investigadores Forenses húngaro presentó un dictamen pericial del que se desprendía que los métodos empleados en examen no vulneraban la dignidad humana y eran adecuados para describir la orientación sexual de una persona, así como, en su caso, para cuestionar sus declaraciones a este respecto. Ante estas circunstancias, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

¿Debe interpretarse el artículo 4 de la Directiva 2011/95, a la luz del artículo 1 [Carta], en el sentido de que no se opone a que, en relación con solicitantes de asilo pertenecientes al colectivo “LGBTI”, se recabe y evalúe el dictamen pericial de un psicólogo forense, basado en tests de personalidad proyectivos, cuando para su elaboración no se planteen preguntas sobre los hábitos sexuales del solicitante de asilo ni se someta a este a un examen físico?

En el caso de que el dictamen pericial a que se refiere la primera cuestión no pueda utilizarse como prueba, ¿debe interpretarse el artículo 4 de la Directiva 2011/95, a la luz del artículo 1 de la [Carta], en el sentido de que, cuando la solicitud de asilo se base en la persecución por razón de la orientación sexual, ni las autoridades administrativas nacionales ni los tribunales tienen ninguna posibilidad de examinar, por métodos periciales, la veracidad de lo alegado por el solicitante de asilo, con independencia de las características particulares de dichos métodos?»

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL

“[P]rocede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 4 de la Directiva 2011/95, a la luz del artículo 7 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, para valorar la credibilidad de la orientación sexual alegada por un solicitante de protección internacional, se realice y se utilice un examen psicológico, como el controvertido en el litigio principal, que tiene por objeto proporcionar una imagen de la orientación sexual de dicho solicitante, basándose en tests de personalidad proyectivos” (párr. 71).

1. Migrantes. LGTBIQ. Pericia médica. Examen médico forense. Test de personalidad. Derecho a la vida privada y familiar.

“Entre los derechos fundamentales con mayor relevancia para la evaluación de las declaraciones del solicitante de protección internacional sobre su orientación sexual se encuentran, en concreto, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, consagrado en el artículo 7 de la Carta” (párr. 49).

“[Q]uien ordena un informe pericial psicológico, como el controvertido en el litigio principal, es la autoridad decisoria en el marco de un examen de la solicitud de protección internacional presentada por la persona interesada” (párr. 51).

“De ello se deduce que este informe se realiza en un contexto en el que la persona que debe someterse a los tests de personalidad proyectivos se encuentra en una situación en la que su futuro está fuertemente condicionado por la decisión que tome esa autoridad respecto de su solicitud de protección internacional, y un potencial rechazo a someterse a dichos tests puede considerarse un factor importante sobre el que se basará la autoridad cuando determine si la persona ha realizado un auténtico esfuerzo para fundamentar su solicitud” (párr. 52).

“Por tanto, incluso cuando la realización de los tests psicológicos del informe pericial, como el que es objeto del litigio principal, está subordinada a la expresión del consentimiento por parte del solicitante, cabe considerar que dicho consentimiento no se presta necesariamente con libertad, dado que, de facto, viene impuesto por la presión de las circunstancias en las que se encuentran los solicitantes de protección internacional” (párr. 53).

“Por consiguiente, como ha señalado el Abogado General [...], realizar y utilizar exámenes psicológicos, como el que es objeto del litigio principal, constituye una injerencia en el derecho de esta persona al respeto de su vida privada” (párr. 54).

2. Migrantes. Principio de proporcionalidad. Derecho a la vida privada y familiar.

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 52, apartado 1, de la Carta, cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por ésta deberá ser establecida por ley y respetar su contenido esencial. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones al ejercicio de estos derechos y libertades cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la

Unión Europea o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” (párr. 55).

“En particular, en lo que atañe a la proporcionalidad de la injerencia constatada, cabe recordar que el principio de proporcionalidad exige, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que las medidas adoptadas no rebasen los límites de lo que resulta adecuado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos” (párr. 56).

“En este contexto, si una injerencia en la vida privada de un solicitante puede justificarse por su utilidad para encontrar elementos que permitan apreciar sus necesidades reales de protección internacional, corresponde a la autoridad decisoria valorar, bajo control del órgano jurisdiccional, el carácter apropiado y necesario del examen psicológico que pretende ordenar o tomar en consideración” (párr. 57).

“A este respecto, procede señalar que el carácter apropiado de un examen como el que es objeto del litigio principal sólo puede admitirse si ese examen se basa en métodos y principios suficientemente fiables según las normas admitidas por la comunidad científica internacional. Procede destacar que, si bien no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre este aspecto, sino, en tanto que valoración fáctica, al órgano jurisdiccional nacional, la fiabilidad de un examen de este tipo ha sido muy cuestionada por los Gobiernos francés y neerlandés, así como por la Comisión” (párr. 58).

3. Migrantes. Derecho a la vida privada y familiar. Orientación sexual. Identidad de género. Vulnerabilidad. Pericia médica. Examen médico forense.

“[L]a injerencia en la vida privada del solicitante de protección internacional que se produce con la realización y utilización de un informe pericial, como el controvertido en el litigio principal, presenta, en cuanto a su naturaleza y objeto, una especial gravedad. Un informe de este tipo se basa particularmente en el hecho de que la persona de que se trate se someta a una serie de tests psicológicos que pretenden determinar un factor relevante de la identidad de esa persona que concierne a la esfera personal, dado que recae sobre aspectos íntimos de la vida de dicha persona” (párr. 59-61).

“Asimismo, para poder valorar la gravedad de la injerencia de la realización y utilización de un examen psicológico como el controvertido en el litigio principal, debe tenerse en cuenta el principio 18 de los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, al que han hecho referencia los Gobiernos francés y neerlandés, que señala, en concreto, que ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de examen psicológico por motivo de su orientación sexual o identidad de género” (párr. 62).

“De la interpretación conjunta de todos estos elementos se deduce que la gravedad de la

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

injerencia en la vida privada que resulta de la realización y utilización de un dictamen pericial, como el que es objeto del litigio principal, va más allá de la que supondría evaluar las declaraciones del solicitante de protección internacional sobre el temor a ser perseguido por su orientación sexual o recurrir a un informe pericial que tenga un objetivo distinto de determinar la orientación sexual de dicho solicitante” (párr. 63).

“[U]n examen de tal tipo no puede considerarse indispensable para confirmar las declaraciones de un solicitante de protección internacional relativas a su orientación sexual con el fin de pronunciarse sobre una solicitud de protección internacional basada en el temor a ser perseguido por razón de dicha orientación” (párr. 65).

“[E]l artículo 4, apartado 1, de esta última Directiva establece que los Estados miembros garantizarán que dicha autoridad cuente con los medios apropiados, incluido personal competente en número suficiente, para llevar a cabo sus tareas. De ello se desprende que el personal de esta autoridad debe contar con las competencias adecuadas para valorar las solicitudes de protección internacional que estén fundadas en un temor a ser perseguido por razón de la orientación sexual” (párr. 67).

4. Migrantes. Orientación sexual. Prueba.

“[D]el artículo 4, apartado 5, de la Directiva 2011/95 se deduce que, cuando los Estados miembros aplican el principio según el cual corresponde al solicitante fundamentar su solicitud, las declaraciones de éste relativas a su orientación sexual que no estén avaladas por pruebas documentales o de otra naturaleza no requieren ulterior confirmación en caso de que se cumplan los requisitos enunciados en esta disposición, que se refieren, en particular, a la coherencia y la credibilidad de dichas declaraciones, y en ningún caso a la realización o utilización de un dictamen pericial” (párr. 68).

“Por otra parte, incluso suponiendo que un examen basado en tests de personalidad proyectivos, como el controvertido en el litigio principal, pueda contribuir a determinar con cierta fiabilidad la orientación sexual de la persona de que se trate, se desprende de las afirmaciones del órgano jurisdiccional remitente que las conclusiones de tal examen sólo podrían ofrecer una imagen de esta orientación sexual. Por lo tanto, dichas conclusiones tienen, en cualquier caso, carácter aproximativo y tienen, por tanto, un interés limitado en la valoración de las declaraciones del solicitante de protección internacional, en particular si, como ocurre en el litigio principal, estas declaraciones no adolecen de contradicción alguna” (párr. 69).

SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL

“[P]rocede responder a la segunda cuestión que el artículo 4 de la Directiva 2011/95 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la autoridad responsable del examen de las solicitudes de protección internacional o los órganos jurisdiccionales que conozcan, en su caso, de un recurso contra una resolución de dicha autoridad, ordenen un dictamen pericial para la valoración de los hechos y las circunstancias relativas a la orientación sexual alegada

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

por un solicitante, siempre y cuando los métodos empleados en dicho dictamen pericial respeten los derechos fundamentales garantizados por la Carta y que la autoridad decisoria y los órganos jurisdiccionales no fundamenten su decisión únicamente en las conclusiones de dicho informe al valorar las declaraciones del solicitante relativas a su orientación sexual” (párr. 46).

1. Migrantes. Prueba. Orientación sexual. Identidad de género. Vulnerabilidad.

“Debe subrayarse que las declaraciones de un solicitante de protección internacional sobre su orientación sexual, teniendo en cuenta el contexto particular en el que se inscriben las solicitudes de protección internacional, solo constituyen el punto de partida en el proceso de examen de los hechos y circunstancias previsto en el artículo 4 de la Directiva 2011/95” (párr. 28).

“De lo anterior resulta que, aun cuando corresponde al solicitante de protección internacional identificar tal orientación, que constituye un factor importante de su ámbito personal, las solicitudes de protección internacional motivadas por un temor a ser perseguido por dicha orientación, al igual que las solicitudes basadas en otros motivos de persecución, pueden ser objeto de un proceso de valoración, previsto en el artículo 4 de la misma Directiva” (párr. 29).

A este respecto, cabe recordar que la orientación sexual constituye una característica que permite acreditar la pertenencia de un solicitante a un determinado grupo social, con arreglo al artículo 2, letra d), de la Directiva 2011/95, cuando la sociedad que rodea al grupo de personas que comparten la misma orientación sexual lo percibe como diferente” (párr. 30).

“No obstante, del artículo 10, apartado 2, de esta Directiva resulta que, cuando los Estados miembros evalúan si los temores a ser perseguido del solicitante son fundados, es indiferente el hecho de que posea realmente la característica que lo identifica como perteneciente a un determinado grupo social, siempre que el agente de persecución atribuya al solicitante tal característica. Por lo tanto, no siempre es necesario evaluar la credibilidad de la orientación sexual del solicitante, en el marco de la valoración de hechos y circunstancias establecida en el artículo 4 de dicha Directiva, para pronunciarse sobre una solicitud de protección internacional fundada en un temor a ser perseguido por razón de la orientación sexual” (párr. 31-32).

Dicho esto, procede constatar que el artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2011/95 enumera los elementos que las autoridades competentes deben tener en cuenta en la evaluación individual de una solicitud de protección internacional, y que el artículo 4, apartado 5, de la misma Directiva especifica los requisitos que han de cumplirse para que un Estado miembro deba considerar que, al aplicar el principio según el cual el solicitante ha de fundamentar su solicitud, ciertos aspectos de las declaraciones del peticionario no necesitan confirmación. Entre dichos requisitos se exige, en particular, que las declaraciones del solicitante se consideren

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible pertinente para su solicitud, y que se compruebe la credibilidad general del solicitante” (párr. 33).

2. Migrantes. Prueba. Apreciación de la prueba. Pericia médica. Examen médico forense. Derecho a la vida privada y familiar.

“[E]s preciso observar que las citadas disposiciones no limitan los medios de que pueden valerse las autoridades y, en concreto, no excluyen recurrir a informes periciales durante el proceso de valoración de hechos y circunstancias para poder determinar con mayor precisión las necesidades reales de protección internacional del solicitante” (párr. 34).

“En cualquier caso, los métodos de un posible informe pericial, en este contexto, deben respetar el resto de disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión Europea, especialmente, los derechos fundamentales garantizados en la Carta, como el derecho a la dignidad humana, consagrado en el artículo 1 de la Carta, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, establecido en el artículo 7 de dicha Carta” (párr. 35).

“Aun cuando lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva 2011/95 es aplicable a todas las solicitudes de protección internacional, cualesquiera que sean los motivos de persecución invocados para apoyarlas, no es menos cierto que corresponde a las autoridades competentes adaptar sus métodos de apreciación de las declaraciones y de las pruebas documentales o de otro tipo en función de las características propias de cada categoría de solicitud de protección internacional, respetando los derechos garantizados por la Carta. No puede excluirse que, en el contexto particular de la apreciación de las declaraciones relativas a su orientación sexual del solicitante de protección internacional, sean útiles algunos métodos periciales para la valoración de hechos y circunstancias y que éstos puedan llevarse a cabo sin vulnerar los derechos fundamentales de dicho solicitante” (párr. 36-37).

“[L]a autoridad decisoria no debe fundamentar su decisión sólo en las conclusiones de un informe pericial ni puede, a fortiori, quedar vinculada por dichas conclusiones en su apreciación de las declaraciones del solicitante relativas a su orientación sexual” (párr. 42).

2.3. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. “C-133/15”. 10/5/2017.

Voces: Migrantes. Cuestión prejudicial. Familia. Seguridad Social. Prestaciones. Protección integral de la familia. Derecho de residencia. Ciudadanía y naturalización. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Prueba. Carga de la prueba. Derecho a la vida privada y familiar. Guarda de niños. Libertad de circulación.

▪ HECHOS

En Países Bajos se habían desarrollado ocho procesos judiciales vinculados con solicitudes de prestación de asistencia social y familiar ante las autoridades competentes por madres migrantes –sin permiso de residencia– de uno o varios niños de nacionalidad neerlandesa de padre neerlandés. Aunque todos los niños fueron reconocidos por sus padres, vivían con sus madres. Dependiendo del caso, el vínculo entre padres e hijos era escaso o, incluso, inexistente. Algunas de las madres se encontraban en situación de residencia legal, pero esperaban que la resolución de su permiso de residencia; otras, en cambio, residían en los Países Bajos en situación ilegal; las peticionarias tampoco tenían permiso de trabajo.

Los pedidos de prestación de asistencia social y familiar fueron rechazados por las autoridades competentes basándose en que, al carecer de permiso de residencia, no tenían derecho a percibir las prestaciones. Las decisiones fueron impugnadas y los procesos llegaron a conocimiento del Tribunal Central de Apelación. En estas circunstancias, se decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) ¿Debe interpretarse el artículo 20 TFUE en el sentido de que se opone a que un Estado miembro prive del derecho de residencia en dicho Estado miembro a un nacional de un país tercero encargado del cuidado diario y efectivo de su hijo menor de edad, que es nacional de dicho Estado miembro?
- 2) ¿Resulta relevante para responder a esta cuestión el hecho de que la carga legal, económica o afectiva no recaiga por completo en este progenitor y, además, no se excluya que el otro progenitor, nacional del referido Estado miembro, pueda estar efectivamente en condiciones de hacerse cargo del menor?
- 3) En este supuesto, ¿deberá acreditar el progenitor nacional de un país tercero que el otro progenitor no puede asumir la guarda y custodia del hijo, de suerte que éste se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si se denegara el derecho de residencia al progenitor nacional de un país tercero?

▪ **DECISIÓN Y ARGUMENTOS**

PRIMERA Y SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL

“[P]rocede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de apreciar si un menor, ciudadano de la Unión, se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, privándosele de este modo del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que le confiere dicho artículo si a su progenitor, nacional de un país tercero, se le denegase el reconocimiento del derecho de residencia en el Estado miembro de que se trate, el hecho de que el otro progenitor, ciudadano de la Unión, sea realmente capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y esté dispuesto a ello es un elemento pertinente pero no suficiente para poder declarar que no existe entre el progenitor nacional de un país tercero y el menor una relación de dependencia tal que diese lugar a que este último se viese obligado a abandonar el territorio de la Unión en caso de que se produjese esa denegación. Tal apreciación debe basarse en la toma en consideración, respetando el interés superior del niño, del conjunto de circunstancias del caso concreto y, en particular, de su edad, de su desarrollo físico y emocional, de la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de la Unión y con el progenitor nacional de un país tercero y del riesgo que separarlo de éste último entrañaría para el equilibrio del niño” (párr. 72).

1. Migrantes. Nacionalidad. Derecho de residencia. Familia.

“[E]l Tribunal de Justicia ha declarado que la Directiva 2004/38 pretende únicamente regular los requisitos de entrada y residencia de un ciudadano de la Unión en Estados miembros distintos del de su nacionalidad. Por lo tanto, las disposiciones de esta Directiva no pueden dar soporte a un derecho de residencia derivado en favor de los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro del que éste es nacional” (párr. 53).

“No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en el momento del regreso de un ciudadano de la Unión al Estado miembro del que es nacional, los requisitos de concesión de un derecho de residencia derivado sobre la base del artículo 21 TFUE, apartado 1, a un nacional de un tercer país, miembro de la familia de este ciudadano de la Unión, con el que este último ha residido, únicamente en su condición de ciudadano de la Unión, en el Estado miembro de acogida, no deberían, en principio, ser más estrictos que los establecidos por la Directiva 2004/38 para la concesión de tal derecho de residencia a un nacional de un tercer país, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, que ha ejercido su derecho de libre circulación estableciéndose en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad” (párr. 54).

“En efecto, aunque la Directiva 2004/38 no contempla el mencionado supuesto de regreso, debe aplicarse por analogía en lo que respecta a los requisitos de residencia del ciudadano de la Unión en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad, dado que en los dos casos

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

es el ciudadano de la Unión el que constituye la persona de referencia para que pueda concederse un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer país, miembro de la familia de este ciudadano de la Unión” (párr. 55).

2. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Libertad de circulación. Derecho de residencia. Familia.

“Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los niños afectados por los litigios principales pueden, en su condición de nacionales de un Estado miembro, invocar, también frente al Estado miembro cuya nacionalidad poseen, los derechos correspondientes a su estatuto de ciudadanos de la Unión, que les confiere el artículo 20 TFUE” (párr. 60).

“El Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales, incluidas las decisiones que deniegan el derecho de residencia a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto” (párr. 61).

“[E]xisten situaciones muy específicas en las que, pese a no ser aplicable el Derecho derivado en materia de derecho de residencia de los nacionales de terceros países y pese a que el ciudadano de la Unión de que se trate no haya ejercido su libertad de circulación, debe reconocerse sin embargo un derecho de residencia a un nacional de un tercer país, miembro de la familia de dicho ciudadano, pues de lo contrario se vulneraría el efecto útil de la ciudadanía de la Unión, si, a consecuencia de la denegación de ese derecho, dicho ciudadano se viera obligado de hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, lo que le privaría del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto” (párr. 63).

“[E]n el supuesto de que la denegación de la residencia a los nacionales de terceros países de que se trata en los litigios principales obligase a los interesados a abandonar el territorio de la Unión, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente, de ello podría derivarse una restricción de los derechos que confiere a sus hijos menores el estatuto de ciudadano de la Unión y, en particular, del derecho de residencia, puesto que dichos hijos menores podrían verse obligados a acompañar a su madre y, por tanto, a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto. De este modo, la eventual obligación de sus madres de abandonar el territorio de la Unión privaría a sus hijos menores del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que, sin embargo, les confiere su estatuto de ciudadano de la Unión” (párr. 65).

A este respecto, debe recordarse que, [...] el Tribunal de Justicia consideró elementos pertinentes, a efectos de determinar si la negativa a reconocer un derecho de residencia al progenitor, nacional de un país tercero, de un niño, ciudadano de la Unión, provoca, para éste, la privación del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que le confiere su estatuto, la cuestión de la guarda y custodia del menor y la cuestión de si la carga legal, económica o afectiva de dicho menor es asumida por el progenitor nacional de un país tercero” (párr. 68).

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

3. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Relación de dependencia. Guardad de niños. Interés superior del niño. Familia. Derecho a la vida privada y familiar.

“[E]s la relación de dependencia entre el ciudadano de la Unión de corta edad y el nacional de un tercer país al que se deniega el derecho de residencia la que puede desvirtuar el efecto útil de la ciudadanía de la Unión, dado que es esta dependencia la que llevaría a que el ciudadano de la Unión se viese obligado, de hecho, a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también el de la Unión en su conjunto, como consecuencia de tal decisión denegatoria” (párr. 69).

“[P]ara apreciar el riesgo de que el menor de que se trate, ciudadano de la Unión, se vea obligado a abandonar el territorio de la Unión y quede, de este modo, privado del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que le confiere el artículo 20 TFUE si a su progenitor, nacional de un país tercero, se le deniega el derecho de residencia en el Estado miembro en cuestión, es preciso determinar, en cada uno de los litigios principales, cuál es el progenitor que asume la guarda y custodia efectiva del menor y si existe una relación de dependencia efectiva entre éste y el progenitor nacional de un país tercero. Al examinar estos extremos, las autoridades competentes deben tener en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar, tal como se reconoce en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que debe interpretarse en relación con la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la referida Carta” (párr. 70).

“A efectos de esa apreciación, la circunstancia de que el otro progenitor, ciudadano de la Unión, sea realmente capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y esté dispuesto a ello constituye un elemento pertinente, pero no suficiente por sí mismo para poder declarar que no existe entre el progenitor de un país tercero y el menor una relación de dependencia tal que diese lugar a que este último se viese obligado a abandonar el territorio de la Unión si a ese nacional de un país tercero se le denegase el derecho de residencia. En efecto, una declaración de esas características debe basarse en la toma en consideración, respetando el interés superior del niño, del conjunto de circunstancias del caso concreto y, en particular, de su edad, de su desarrollo físico y emocional, de la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de la Unión y con el progenitor nacional de un país tercero y del riesgo que separarlo de éste entrañaría para el equilibrio del menor” (párr. 71).

TERCERA CUESTIÓN PREJUDICIAL

“[P]rocede responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro supedite el derecho de residencia en su territorio de un nacional de un país tercero, progenitor de un menor que posee la nacionalidad de dicho Estado miembro, y que se encarga de su cuidado diario y efectivo, a la obligación de que ese nacional aporte los datos que permitan acreditar que una decisión que deniegue el derecho de residencia al progenitor de un país tercero privaría al menor del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados al estatuto de

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

ciudadano de la Unión, obligándole a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto. Corresponde, no obstante, a las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate proceder, basándose en los datos aportados por el nacional de un país tercero, a las investigaciones necesarias para poder apreciar, a la luz del conjunto de circunstancias del caso concreto, si una decisión denegatoria tendría esas consecuencias” (párr. 78).

1. Migrantes. Derecho de residencia. Carga de la prueba. Guarda de niños. Interés superior del niño.

“[E]n caso de que un nacional de un país tercero, progenitor de un menor nacional de un Estado miembro, de cuyo cuidado se encarga diaria y efectivamente, quiera obtener de las autoridades competentes de dicho Estado miembro el reconocimiento de un derecho de residencia derivado basado en el artículo 20 TFUE, le incumbe al referido progenitor aportar los datos que permitan apreciar si se cumplen los requisitos de aplicación del antedicho artículo, en particular, los que acrediten que una decisión que deniegue el derecho de residencia al progenitor nacional de un país tercero privaría al menor del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión, obligándole a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto” (párr. 75).

“[C]omo ha señalado la Comisión Europea, aunque, en principio, corresponde al progenitor nacional de un país tercero aportar los datos que demuestren que del artículo 20 TFUE se deriva un derecho de residencia en su favor y, en particular, que acrediten que, en caso de denegación de la residencia, el niño se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión, no es menos cierto que, al apreciar los requisitos necesarios para que dicho nacional pueda gozar de ese derecho de residencia, las autoridades nacionales competentes deben garantizar que la aplicación de una normativa nacional relativa a la carga de la prueba, como la aplicable en los litigios principales, no pueda poner en peligro el efecto útil del artículo 20 TFUE” (párr. 76).

“Por tanto, la aplicación de una normativa nacional relativa a la carga de la prueba de esas características no dispensa a las autoridades del Estado miembro de que se trate de proceder, basándose en los elementos aportados por el nacional de un país tercero, a las investigaciones necesarias para determinar dónde reside el progenitor nacional de dicho Estado miembro y para examinar, por una parte, si éste es o no realmente capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y está dispuesto a ello, y, por otra parte, si existe o no, una relación de dependencia tal entre el menor y el progenitor nacional de un país tercero que una decisión que deniegue el derecho de residencia a éste privaría al menor del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados a su estatuto de ciudadano de la Unión obligándole a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto” (párr. 77).



SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

3.1. COMITÉ CONTRA LA TORTURA. “MUSTAFA ONDER V. MARRUECOS”. 25/6/2019.

Voces: Migrantes. Asilo. Refugiado. Extradición. Tortura. Principio de no devolución. Control judicial. Arbitrariedad.

▪ HECHOS

Una persona de origen turco había viajado a Marruecos con su familia. Durante los primeros años de permanencia en el país, presentó una solicitud de asilo ante la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A su vez, la Embajada de Turquía en Marruecos hizo saber al Estado la existencia de una orden de detención contra esta persona por pertenecer a una organización terrorista armada considerada responsable del intento de golpe de Estado en Turquía en 2016. Entonces, requirió su extradición. La persona fue detenida y puesta a disposición de la Corte de Casación marroquí. Al momento de presentarse ante el tribunal local, el detenido sostuvo que, de ser extraditado, correría el riesgo de ser torturado por las autoridades turcas. Entre sus argumentos, señaló que existía una persecución política en el país y que por ese motivo había solicitado asilo. Sin embargo, el tribunal local se pronunció en favor de la extradición a Turquía. Por su parte, la solicitud de asilo presentada ante las Naciones Unidas permanecía sin respuesta al momento de la intervención del Comité contra la Tortura.

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

El Comité contra la Tortura consideró que la extradición del autor a Turquía constituiría una vulneración del artículo 3 de la Convención.

1. Extradición. Principio de no devolución. Tortura.

“El Comité recuerda ante todo que la prohibición de la tortura es absoluta e imperativa y que los Estados partes en ningún caso podrán invocar circunstancias excepcionales para justificar actos de tortura [hay nota]. El principio de no devolución de personas a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que correrían el riesgo de ser sometidas a tortura, enunciado en el artículo 3 de la Convención, también es absoluto [hay nota]” (párr. 7.2).

“A los efectos de determinar si existen motivos fundados para creer que la presunta víctima correría el riesgo de ser torturada, el Comité recuerda que, con arreglo al artículo 3, párrafo 2, de la Convención, los Estados partes deben tener en cuenta todas las consideraciones del caso, incluida la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos en el país al que sería expulsada. En este caso, el Comité

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

debe, no obstante, dilucidar si el autor correría personalmente un riesgo de ser sometido a tortura de ser extraditado a Turquía. De ahí que la existencia en un país de un cuadro de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos no constituya de por sí un motivo suficiente para establecer que el autor estaría en peligro de ser sometido a tortura al ser devuelto a ese país; deben aducirse otros motivos que permitan considerar que el interesado estaría personalmente en peligro [hay nota]. La inexistencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas de los derechos humanos tampoco significa que deba excluirse la posibilidad de que una persona esté en peligro de ser sometida a tortura en su situación particular [hay nota]” (párr. 7.3).

“[L]a obligación de no devolución existe siempre que haya ‘razones fundadas’ para creer que la persona estaría en peligro de ser sometida a tortura en el Estado al que vaya a ser expulsada, a título individual o en calidad de miembro de un grupo que corra el riesgo de ser sometido a tortura en el Estado de destino. En tales circunstancias, la práctica del Comité ha sido determinar que existen ‘razones fundadas’ siempre que el riesgo de tortura sea ‘previsible, personal, presente y real’ [hay nota]. Entre los indicios de riesgo personal figuran, en concreto, la afiliación o actividades políticas del autor o de sus familiares y la existencia de un auto de detención sin garantías de un trato justo y un juicio imparcial [hay nota]” (párr. 7.4).

“En el presente caso, el Comité toma nota del argumento del autor, según el cual su extradición le haría correr un considerable riesgo de ser torturado durante su detención en Turquía, en razón de su presunta pertenencia al movimiento Hizmet. En este sentido, el Comité observa que se dictó auto de detención contra el autor por pertenencia a ese movimiento, pese a negar ser miembro de él, y que, según se desprende de los informes adjuntados al expediente, es común el recurso a la tortura y los malos tratos en el caso de personas de su perfil durante su detención. El Comité observa asimismo que, según el Estado parte, no se extradita a ninguna persona si corre el riesgo de ser perseguida por motivo de su raza, religión, condición política o por su situación personal, ni siquiera si puede estar en peligro por alguno de esos motivos” (párr. 7.5).

2. Extradición. Control judicial. Arbitrariedad.

“[E]l Comité observa que, al autorizar la extradición, la Corte de Casación de Rabat no evaluó el riesgo de tortura que implicaría para el autor esa extradición, habida cuenta de la situación imperante en Turquía desde el intento de golpe de estado en julio de 2016, en particular para las personas a las que, como al autor, se les atribuye una pertenencia, presunta o real, al grupo Hizmet. El Comité observa que, según el Estado parte, Turquía presentó garantías de que se respetarían los derechos del autor, de conformidad con los instrumentos internacionales ratificados por este país. No obstante, no se ha explicado en modo alguno la manera en que se evaluó el riesgo de tortura para el autor a fin de garantizar que este no se viese expuesto a un riesgo de tratos que contraviniesen al artículo 3 de la Convención a su regreso a Turquía” (párr. 7.10).

“En el presente caso, de acuerdo con las consideraciones de la Corte de Casación, en cuanto

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

órgano jurisdiccional que conoce de las extradiciones, el Comité no puede concluir que la Corte haya examinado los argumentos sobre la existencia para el autor de un riesgo presente, previsible, real y personal de ser sometido a tortura en caso de extradición a Turquía. Habida cuenta del perfil del autor en cuanto miembro, presunto o real, del movimiento Hizmet, el Comité llega a la conclusión de que, en el presente caso, las seguridades no bastan para descartar los argumentos, según los cuales puede afirmarse que el autor de la queja corre un riesgo previsible, real y personal de ser sometido a tortura de ser extraditado a Turquía, lo que constituiría, por consiguiente, una vulneración del artículo 3 de la Convención” (párr. 7.11).

3.2. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “JAB V. ESPAÑA”. 31/5/2019.

Voces: Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Derecho a la identidad. Mayoría de edad. No discriminación. Debido proceso. Pasaporte. Documento nacional de identidad. Medidas cautelares. Derecho a ser oído. Representación. Prueba. Vulnerabilidad. Tutor. Asistencia letrada. Menores no acompañados. Reparación.

▪ HECHOS

JAB, nacional de Camerún, dejó su país para llegar a Ceuta (enclave español en el continente africano); arribó el 23 de abril de 2016, con 16 años. Al declarar ser menor de edad no acompañado, las autoridades le aconsejaron que manifestase ser mayor de edad, ya que sería más fácil cruzar a la península de este modo. Entonces, se lo trasladó a la comisaría y, posteriormente, al Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI) de Ceuta, donde permaneció cinco meses y no fue asistido por un abogado ni por un traductor. Después de eso, se lo llevó a un centro para adultos en Madrid que abandonó al poco tiempo.

En octubre de 2016, JAB recibió de su familia el acta original de nacimiento camerunés en la que constaba que había nacido el 1 de diciembre de 2000. Con ese instrumento, acudió a su embajada para solicitar la expedición de un pasaporte. Un mes más tarde, obtuvo su tarjeta de identidad consular y, el 30 de noviembre de 2016, su certificado de inscripción consular. A finales de 2016, fue asesorado de la importancia de comunicar su minoría de edad a efectos de ser debidamente protegido por las autoridades españolas. Pese a la exigencia del Estado, JAB se negó a someterse a pruebas médicas para determinar su edad; esta posición era respaldada por distintos precedentes de la Sala Civil del Tribunal Supremo español (sentencias 453/2013 y 452/2014). De tal forma, requirió: a) que se reconociera su minoría de edad, b) que se lo trasladara al Centro de Acogida de Menores, c) que se declarara su situación de desamparo y d) que la entidad de Protección de Menores asumiera su tutela. Paralelamente, se le diagnosticó tuberculosis, esquistosomiasis, estrongiloidiasis y malaria.

El 23 de enero de 2017, fue citado por la Fiscalía de Menores de Madrid. A pesar de su petición de ser acompañado, compareció sin tutor ni abogado. Allí, se le requirió que se sometiera a las pruebas para determinar su edad. Es que, según se alegaba, su apariencia física no se correspondía con la edad que manifestaba. Además, se le informó que si se negaba a la realización de estos estudios, sería considerado mayor de edad. Dada la negativa a proceder de esta forma, la Fiscalía emitió un decreto mediante el cual se declaró la mayoría de edad y se dispuso su expulsión por resolución administrativa. El decreto consideró que el acta de nacimiento no podía ser valorada por tratarse de una fotocopia. Sin embargo, no consideró

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

que el original se encontraba en la Embajada para la emisión del pasaporte. Ante esa situación, el peticionario interpuso un recurso de oposición y solicitó medidas cautelares. De la misma manera, peticionó la revisión del decreto de la Fiscalía y aportó su pasaporte como documentación nueva. A su vez, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la orden de expulsión.

▪ **DECISIÓN Y ARGUMENTOS**

El Comité de los Derechos del Niño consideró que España era responsable por haber infringido los derechos del peticionario en virtud del artículo 3 (interés superior del niño), 8 (preservación de la identidad), 12 (derecho del menor a expresar opinión), 20.1 (protección de los niños no acompañados privados de su medio familiar) y 24 (derecho a la salud y servicios médicos) de la Convención sobre los Derechos del Niño y del artículo 6 del Protocolo Facultativo (deber de adoptar medidas).

1. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Debido proceso. Determinación de la edad. No discriminación.

“La cuestión ante el Comité consiste en determinar si [...] el proceso de determinación de la edad al que fue sometido el peticionario violó sus derechos reconocidos por la Convención. En particular, el peticionario ha alegado haber sido víctima de discriminación por no haberse considerado los documentos originales y oficiales emitidos por las autoridades de su país de origen; que el proceso de determinación de su edad en ningún momento tomó en consideración el interés superior del niño; que no se ha respetado su derecho a ser oído; que no se ha respetado su identidad; y que los tratamientos que requiere no le pueden ser administrados al haber sido expulsado del sistema de protección y al no tener representante legal” (párr. 13.2).

“[L]a determinación de la edad de una persona joven que alega ser menor de edad tiene una importancia fundamental, dado que el resultado determina si dicha persona tendrá derecho a la protección nacional como niño o será excluido de dicha protección. Del mismo modo, y de vital importancia para el Comité, el disfrute de los derechos contenidos en la Convención fluye de dicha determinación. Por ello, es imperativo la existencia de un debido proceso para determinar la edad, así como para cuestionar el resultado mediante procesos de apelación. En consecuencia, el Comité considera que el mejor interés del niño debería ser una consideración primordial durante todo el procedimiento de determinación de la edad” (párr. 13.3).

“El Comité recuerda la [Observación General conjunta N° 4](#) [del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Observación núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño, sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno], en el sentido de que los documentos de identidad deben de considerarse auténticos salvo que se pruebe lo contrario. Igualmente, no se debe declarar la mayoría de edad exclusivamente con base en la negativa de la persona de someterse a pruebas médicas” (párr. 13.4).

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

2. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Menores no acompañados. Representación. Interés superior del niño.

“El Comité recuerda su [Observación General N° 6](#) [sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen] en el sentido de que no solo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo sino también su maduración psicológica, que la evaluación debe basarse en criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, y en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal” (párr. 13.6).

“[L]os Estados partes deben designar a un representante legal cualificado y con capacidades lingüísticas adecuadas para todas las personas jóvenes que alegan ser menores de edad, o bien reconocer los representantes designados por ellos. El Comité considera que facilitar representación para estas personas durante el proceso de determinación de su edad constituye una garantía esencial para el respeto de su interés superior y para asegurar su derecho a ser oído. Al contrario, la falta de representación oportuna puede resultar en una injusticia sustancial” (párr. 13.7).

“A la luz de todo lo anterior, [...] el proceso de determinación de la edad al que fue sometido el peticionario, quien alegaba ser un niño, no contó con las garantías necesarias para proteger sus derechos reconocidos en la Convención. En las circunstancias del presente caso, y en particular la falta de consideración de los documentos de identidad oficiales y originales del peticionario emitidos por un país soberano, la declaratoria de mayoría de edad frente a la negativa de someterse a pruebas de determinación de la edad, y el rechazo de su representante para acompañarlo durante dicho procedimiento, el Comité considera que no se tomó el interés superior del niño como consideración primordial en el procedimiento de determinación de la edad al que fue sometido el peticionario, en violación de los artículos 3 y 12 de la Convención” (párr. 13.19).

3. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Debido proceso. Derecho a la identidad. Prueba. Asistencia letrada. Vulnerabilidad.

“[L]a edad y fecha de nacimiento de un niño forman parte de su identidad y [...] los Estados parte tienen la obligación de respetar el derecho del niño a preservarla sin privarlo de ninguno de sus elementos. En el presente caso, el Comité observa que el Estado parte no respetó la identidad del peticionario al negarle cualquier tipo de valor probatorio a todos los documentos oficiales aportados que acreditaban su minoría de edad, sin tan solo analizar su validez y sin haber cotejado los datos de dichos documentos con las autoridades del país de origen del peticionario. En consecuencia, el Comité concluye que el Estado parte violó el artículo 8 de la Convención” (párr. 13.10).

“[E]l Comité [consideró la] ausencia de protección del Estado frente a [la] situación de desamparo con grado de vulnerabilidad muy elevado, al ser menor, migrante, no acompañado y enfermo, así como la contradicción al reconocer al peticionario mayor de edad, pero al

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

mismo tiempo exigirle un tutor para dispensarle tratamientos y vacunas. El Comité observa que esta falta de protección se produjo incluso después de que el peticionario presentara a las autoridades españolas documentos de identidad que confirmaban que era un niño. El Comité considera que lo anterior constituye una violación de los artículos 20 (1) y 24 de la Convención” (párr. 13.11).

4. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Medidas provisionales.

“[A]l ratificar el Protocolo Facultativo, los Estados partes se comprometen a respetar las medidas provisionales dictadas de conformidad con el artículo 6 de dicho Protocolo, medidas que previenen la producción de un daño irreparable mientras una comunicación se encuentra pendiente de examen, asegurando así la efectividad del procedimiento de comunicaciones individuales. En consecuencia, el Comité considera que la falta de cumplimiento de las medidas provisionales solicitadas constituye en sí misma una violación del artículo 6 del Protocolo Facultativo” (párr. 13.13).

5. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Reparación.

“[E]l Estado parte debe proporcionar al peticionario una reparación efectiva por las violaciones sufridas, incluido ofreciéndole la oportunidad de que regularice su situación administrativa en el Estado parte. Asimismo, el Estado parte tiene la obligación de evitar que se cometan violaciones similares en el futuro, asegurando que todo proceso de determinación de la edad de posibles niños no acompañados sea acorde a la Convención y, en particular, que durante dichos procedimientos se tome en consideración la documentación aportada por las personas sometidas a los mismos y que se les designe rápidamente una representación calificada y gratuita o se les tengan por designados los letrados libremente elegidos por ellas” (párr. 14).

3.3. RELATOR ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES. “LOS EFECTOS DE LA MIGRACIÓN EN LAS MUJERES Y LAS NIÑAS MIGRANTES: UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO”. 19/4/2019.

Voces: Migrantes. Género. Niños, niñas y adolescentes. Migrantes en situación irregular. No discriminación. Tratados internacionales. Familia. Reunificación familiar. Derecho al trabajo. Educación. Vulnerabilidad. Violencia de género. Derechos sexuales. Maternidad. Aborto. Acceso a la justicia. Traductor. Funcionarios públicos. Trato cruel, inhumano o degradante. LGBTIQ.

▪ HECHOS

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de las personas migrantes llevó a cabo un estudio sobre los efectos de la migración en las mujeres y las niñas migrantes desde una perspectiva de género. El objetivo del informe es contribuir a profundizar la comprensión de que la migración es un fenómeno influido por las cuestiones de género y de sus efectos en los derechos humanos. El Relator Especial tuvo en cuenta que, si bien las mujeres y los hombres deciden migrar por razones similares, las normas sociales y culturales específicas de cada género también desempeñan papeles decisivos en el proceso de migración y, por lo tanto, afectan a la experiencia de las mujeres y las niñas migrantes.

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

Entre otras cosas, el Relator Especial recomendó a los Estados que promovieran la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, y garantizaran la prestación de los servicios básicos consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos a fin de que no tuvieran que depender de las remesas. A su vez, consideró que los Estados debían velar por que las mujeres migrantes tuvieran acceso, en condiciones de igualdad, a recursos legales y mecanismos de denuncia; y, además, tenían que prestarles asistencia jurídica.

1. Migrantes. Vulnerabilidad.

“[E]l marco jurídico y normativo para proteger a los migrantes internacionales no se encuentra en un único tratado o mecanismo; en cambio, está distribuido en un variado conjunto de instrumentos y de principios y normas conexos. Se espera que los Estados respeten las normas que se aplican a determinados grupos (como los migrantes, los niños y las víctimas de la

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

trata de personas) de manera coordinada y con la debida consideración del derecho internacional de los derechos humanos, que es aplicable a todos. No obstante, al poner en práctica esos regímenes debe tenerse cuidado de no crear jerarquías de vulnerabilidad sobre la base de una categorización [hay nota]. Si bien, en principio, los refugiados, solicitantes de asilo y migrantes (incluso migrantes irregulares) son colocados en distintas categorías jurídicas desde el punto de vista normativo, suelen trasladarse e instalarse en espacios físicos similares y es probable que tengan necesidades de protección semejantes, como las relacionadas con el derecho a la salud o a no ser objeto de detención arbitraria o prolongada. También es probable que los migrantes pasen por distintas categorías jurídicas durante el viaje, en particular cuando se trata de viajes migratorios largos y peligrosos” (párr. 16).

2. Migrantes. Género. Niños, niñas y adolescentes. Familia. Violencia de género. No discriminación.

“[C]ada vez es más evidente que la migración es un fenómeno influido por las cuestiones de género. Las normas específicas de género que rigen la sociedad son factores decisivos, al igual que las expectativas de género y las relaciones de poder diferenciadas por género. El impacto diferenciado de la desigualdad económica determina las razones por las que las mujeres y las niñas migran. Esos motivos varían considerablemente respecto de las razones por las que deciden migrar los hombres y los niños [hay nota]. Es igualmente importante señalar que las mujeres y las niñas migrantes son un grupo muy heterogéneo, con diferentes perfiles y características socioeconómicas” (párr. 31).

“Un factor importante que provoca la migración de las mujeres y las niñas es la expectativa en relación con el género [hay nota], ya que las familias podrían enviar a sus hijas al exterior, y no a sus hijos, si consideran que es más probable que ellas envíen remesas a sus hogares [hay nota]. [E]n lugar de tratar de cambiar completamente la jerarquía de género dentro de sus familias, las mujeres y las niñas se apropian del discurso de género prevaleciente para convencer a interesados poderosos. Por lo tanto, las mujeres plantean sus aspiraciones de migración en términos de género, presentándose como hijas que cumplen su deber y madres devotas y prometiendo remitir la mayoría de sus ingresos en el extranjero para garantizar el futuro bienestar de los familiares que se quedan [hay nota]. Las aspirantes a mujeres migrantes no son las únicas que aprovechan las expectativas y normas de género, también lo hacen los hombres, que utilizan las imágenes de género bien establecidas de ‘hombre sostén de la familia’ o de ‘autoridad’ cuando desean migrar, empleándolas para superar la resistencia” (párr. 32).

“Las altas tasas de violencia sexual y discriminación por razón de género, las prácticas nocivas como el matrimonio infantil, precoz y forzado, la violencia y el acceso desigual a los derechos y recursos son motivos decisivos por los que las mujeres y las niñas emigran. Por ello, el deseo de la mujer de migrar puede estar motivado por la esperanza de eludir el control de familia o la discriminación arraigada que limita su acceso a los recursos, la educación y la participación política” (párr. 33).

3. Migrantes. Migrantes en situación irregular. Derecho al trabajo. Género.

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

“Las normas sociales y la discriminación por razón de género no son los únicos factores que pueden influir en la migración de las mujeres y las niñas. Las políticas laborales de los países de destino también pueden contribuir mucho a la migración de las mujeres y las niñas y no a la de los hombres y los niños. Las leyes de inmigración en algunos países hacen que sea extremadamente difícil entrar de forma regular y obtener una condición jurídica permanente. La residencia legal a menudo se basa en tener un empleo en la economía formal. Si uno de los pocos medios para entrar en un país de forma regular es mediante cuotas anuales establecidas en los sectores de la economía que tienen una aparente escasez de mano de obra, esto influye en quiénes migrarán a ese país” (párr. 36).

“Algunos de los sectores que ofrecen oportunidades de empleo formal abiertas a los migrantes están segmentados por género, clase y etnia (por ejemplo, el trabajo doméstico y los sectores de la salud y de cuidados). La demanda de mujeres migrantes en los sectores en que predominan las mujeres se ve facilitada por el ingreso de un gran número de mujeres en el mercado de trabajo de los países de destino. Dado que las sociedades siguen esperando que las tareas domésticas sean realizadas por mujeres, a menudo son atendidas por trabajadoras migratorias” (párr. 37).

“Hasta hace poco se pensaba que las mujeres migraban principalmente para unirse a su pareja o con fines de reagrupación familiar. En la actualidad, un número cada vez mayor de mujeres se desplazan solas [hay nota], principalmente para encontrar trabajo, lo cual está provocando lo que se denomina la feminización de la migración. Si bien la forma en que las mujeres migran está cambiando, hay cada vez más mujeres que encabezan la migración, es decir, son el primer miembro de la familia que migra. Es más probable que las mujeres altamente cualificadas migren solas respecto de las mujeres poco cualificadas [hay nota]. Sin embargo, algunas mujeres siguen enfrentando dificultades para abandonar sus países debido a leyes prohibitivas y discriminatorias por razón de género o normas sociales restrictivas” (párr. 39).

4. Migrantes. Violencia de género. Funcionarios públicos. Trato cruel, inhumano o degradante. No discriminación.

“Ya sea si migran de forma regular o irregular, los datos indican que las mujeres migrantes corren un gran riesgo de ser víctimas de actos de violencia, incluida la violencia de género, la explotación, la trata, la esclavitud y la detención, durante el viaje o al llegar, y por funcionarios públicos, particulares o bandas de delincuentes [...]. La falta de condiciones de acogida adecuadas en algunos países tiene graves consecuencias para la salud, la dignidad y la integridad física de las mujeres [hay nota]. Algunas condiciones y prácticas pueden equivaler a tratos crueles, inhumanos o degradantes o a tortura” (párr. 43).

“En los países de destino, independientemente de su situación migratoria, las mujeres migrantes se enfrentan a formas múltiples e interseccionales de discriminación, no solo como mujeres y como migrantes, sino también por otros motivos, como la edad, la raza y el origen étnico, la nacionalidad, la religión, el estado civil y la situación familiar, la orientación sexual

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

y la identidad de género. En consecuencia, **corren riesgo de ser objeto de abuso y explotación**” (párr. 44).

5. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Reunificación familiar.

“**Ante la falta de políticas de reunificación familiar, la migración de las mujeres puede dar lugar a la separación de la familia, lo que tiene repercusiones en los niños, que crecen sin la presencia de por lo menos uno de sus cuidadores principales [hay nota]. Sin embargo, ello no significa que todas esas repercusiones sean negativas. La edad del niño en el momento en que se produce la migración es un factor importante, ya que afecta a la forma en que responde a la ausencia de uno de los progenitores [hay nota]. Hay datos que indican que la migración de una madre también puede tener un efecto positivo sobre sus hijos [...]. Este efecto positivo de la migración de mujeres en el desarrollo de los niños también puede atribuirse a una combinación de empoderamiento en el hogar asociado con mayores contribuciones a los ingresos del hogar por las mujeres y la capacidad de los miembros de la familia extensa para cuidar a los hijos mientras su madre está ausente. En ese sentido, los cambios en la asignación de recursos y las negociaciones en los hogares pueden tener un impacto en las inversiones en capital humano y, en consecuencia, promover la equidad de género intergeneracional [hay nota]**” (párr. 46).

6. Migrantes. Género. Niños, niñas y adolescentes. Derecho a la salud. Derechos sexuales. Maternidad. Aborto. No discriminación.

“**Las mujeres y las niñas migrantes a menudo no tienen acceso fiable a atención de la salud o a servicios de salud reproductiva en los países de tránsito y de destino. Esa falta de acceso se debe a factores como la falta de información o de educación relativa a la salud, el aislamiento o la imposibilidad de acceder a los servicios a causa de su condición jurídica, por temor a la deportación u otras consecuencias, en particular en el caso de las migrantes en situación irregular. El Relator Especial ha afirmado en numerosas ocasiones que los Estados deben asegurarse de que haya una separación estricta (protección con “cortafuegos”) entre los servicios públicos y las autoridades de inmigración, para que los migrantes puedan ejercer y disfrutar sus derechos sin temor a ser denunciados a las autoridades de inmigración**” (párr. 60).

“**Como afirmó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general núm. 22 (2016) [...] las personas migrantes pueden verse desproporcionadamente afectadas por una discriminación interseccional en el contexto de la salud sexual y reproductiva. Por lo tanto, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas específicas para garantizar que las personas migrantes tengan acceso a información, bienes y servicios sobre salud sexual y reproductiva, y velar por que las personas no sean objeto de hostigamiento por ejercer su derecho a la salud sexual y reproductiva**” (párr. 61).

“**En algunos países, las mujeres migrantes son objeto de discriminación por razón de embarazo o maternidad. Pueden ser obligadas a someterse a pruebas de embarazo en el momento**

de la llegada; si el resultado es positivo, se desestima su solicitud o se las expulsa. Ese temor, junto con el miedo a perder su empleo, puede inducir a las mujeres migrantes embarazadas a tratar de interrumpir su embarazo, a veces utilizando medios peligrosos, especialmente en los países que penalizan la interrupción inducida del embarazo” (párr. 63).

7. Migrantes. Género. Niños, niñas y adolescentes. Educación. No discriminación.

“El acceso a la educación es un derecho humano básico de los niños y las niñas, en particular también de las niñas migrantes. Los obstáculos con que se enfrentan las niñas migrantes en el ejercicio de su derecho a la educación incluyen las barreras de idioma, la evaluación y el reconocimiento de la educación anterior, y la transferencia de las cualificaciones. Hacen frente a las dificultades adicionales por obstáculos jurídicos que dificultan la matriculación en la enseñanza debido a su situación migratoria o la de sus progenitores o a su situación de residencia” (párr. 64).

8. Migrantes. Migrantes en situación irregular. Acceso a la justicia. Traductor.

“Un aspecto importante de la protección de los derechos humanos de las mujeres y las niñas migrantes es garantizar su acceso a la justicia, un desafío particular para ellas, especialmente las que se encuentran en situación irregular. Más concretamente, su acceso a la justicia también puede verse obstaculizado por barreras lingüísticas, la falta de información sobre sus derechos humanos y laborales, y el hecho de no confiar en la policía” (párr. 65).

“[L]os cortafuegos, es decir la separación estricta y efectiva entre las autoridades de inmigración y los servicios públicos, son fundamentales para que las personas migrantes puedan ejercer y disfrutar sus derechos humanos sin temor a ser denunciadas a las autoridades de inmigración. De esta forma los cortafuegos permitirán que las mujeres y las niñas migrantes que pueden ser víctimas de cualquier forma de violencia o abuso, incluida la violencia de género y el abuso sexual, denuncien los delitos, obtengan asistencia letrada y tengan acceso a los tribunales para defender sus derechos” (párr. 66).

9. Migrantes. Género. LGBTIQ. No discriminación.

“[L]os migrantes que son personas lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales muchas veces son objeto de discriminación y estigmatización, tanto por sus propias comunidades como por la cultura prevalente, en los países de origen como los de destino, y a lo largo de la ruta migratoria. Esas experiencias negativas pueden verse agravadas en el caso de las personas transgénero. Por ejemplo, durante su detención por la entrada y permanencia irregular en un país, las mujeres transgénero pueden verse expuestas al aislamiento social y ser objeto de violencia física y sexual, ya que normalmente se las recluye con los hombres. Este enfoque refleja en parte el alcance restringido de la definición de violencia sexual y la limitante visión binaria de ‘víctimas mujeres y autores hombres’, que no tiene en cuenta las complejas realidades de la violencia sexual ni a las víctimas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales [hay nota]” (párr. 71).

3.4. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “DD V. ESPAÑA”. 12/2/2019.

Voces: Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Menores no acompañados. Principio de no devolución. Expulsión de extranjeros. Trato cruel, inhumano o degradante. Privación de libertad. Vulnerabilidad. Debido proceso. Tortura. Trato cruel, inhumano o degradante.

▪ **HECHOS**

En 2013, un niño abandonó Mali a causa de un conflicto armado. En febrero de 2014, llegó a Marruecos, donde vivió cerca de un año en los campamentos informales para migrantes en los alrededores del enclave español de Melilla. En diciembre de ese año, tras varios intentos previos de cruzar el puesto fronterizo, se encaramó a la valla y, por temor a ser deportado y sujeto a un eventual maltrato y violencia de las fuerzas marroquíes, permaneció varias horas allí. Durante ese período, no se le ofreció ningún tipo de asistencia. Tampoco pudo comunicarse con la Guardia Civil, pues no hablaba español y no había intérpretes presentes.

Apenas puso sus pies en el suelo, fue detenido y esposado por la Guardia Civil, entregado a las fuerzas marroquíes y deportado a Marruecos de forma sumaria. Esta persona no fue sometida a un procedimiento de identificación; no se le dio la oportunidad de explicar sus circunstancias personales, objetar su deportación inminente o reclamar protección como niño no acompañado. Tampoco fue asistido por abogados, intérpretes o médicos. Finalmente, la deportación fue ejecutada sin notificárselo de una decisión formal de expulsión. En diciembre de 2014, ingresó a España y se alojó en el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI).

A finales de julio de 2015, gracias a la asistencia de una ONG y a la tarjeta de registro consular expedida por el consulado de Mali en Madrid, donde constaba su fecha de nacimiento, obtuvo protección como niño no acompañado y fue alojado en una residencia de niños y niñas bajo la guarda de las autoridades españolas.

▪ **DECISIÓN Y ARGUMENTOS**

El Comité de los Derechos del Niño consideró que España era responsable por haber infringido los derechos del peticionario en virtud del artículo 3 (interés superior del niño), 20 (protección de los niños no acompañados privados de su medio familiar) y 37 (no devolución, tortura y privación de libertad) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

“La cuestión ante el Comité consiste en determinar si, en las circunstancias del presente caso, la devolución del peticionario por la Guardia Civil española a Marruecos el 2 de diciembre de 2014 violó sus derechos reconocidos en la Convención...” (párr. 14.2).

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

1. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Vulnerabilidad. Menores no acompañados.

“El Comité considera que las obligaciones del Estado de proveer protección y asistencia especiales a niños no acompañados, de acuerdo con el artículo 20 de la Convención, ‘se aplican incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional’. Del mismo modo, el Comité considera que ‘el aspecto positivo de estos deberes de protección incluye también que los Estados han de tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados lo antes posible, particularmente en la frontera’. Por lo anterior, es imperativo y necesario que, para cumplir con sus obligaciones bajo el artículo 20 de la Convención y para respetar el interés superior del niño, el Estado conduzca un proceso de evaluación inicial, previo a cualquier traslado o devolución, que comprenda las siguientes etapas: a) la determinación, con carácter prioritario, de la condición de menor no acompañado de la persona en cuestión y, en caso de incertidumbre, se otorgue al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal; b) la identificación del menor tras una entrevista inicial y c) el entendimiento de la situación concreta del menor y la evaluación de aspectos particulares de vulnerabilidad si los hubiere” (párr. 14.3).

2. Expulsión de extranjeros. Principio de no devolución. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Tortura. Trato cruel, inhumano o degradante.

“[E]n cumplimiento de las obligaciones resultantes del artículo 37 de la Convención, para velar porque ningún niño sea sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, el Estado no deberá trasladar a un menor ‘a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor’. Por lo anterior, el Comité considera que, de acuerdo con el artículo 37 de la Convención y a la luz del principio de no devolución, el Estado tiene la obligación de realizar una evaluación previa sobre la existencia de un riesgo de daño irreparable para el menor y de violaciones graves de sus derechos en el país al que será trasladado o devuelto, tomando en consideración el interés superior del niño, incluyendo, por ejemplo, ‘las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios’. En particular, el Comité recuerda que ‘en el contexto de la evaluación de su interés superior y en los procedimientos de determinación de este interés superior, debe garantizarse a los niños el derecho de: a) acceder al territorio, cualquiera que sea la documentación que posean o de la que carezcan, y ser remitidos a las autoridades encargadas de evaluar las necesidades de protección de sus derechos, sin merma de las garantías procesales’...” (párr. 14.4).

3. Expulsión de extranjeros. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Menores no acompañados.

“El Comité considera que, a la luz de la situación de violencia contra migrantes en la zona de frontera con Marruecos y del maltrato al cual fue sometido el peticionario, no haber realizado una evaluación sobre el eventual riesgo de daño irreparable para el peticionario, antes de su

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

deportación y no haber tenido en cuenta el interés superior del peticionario viola los artículos 3 y 37 de la Convención...” (párr. 14.6).

“[A] la luz de las circunstancias del caso, el no haber sometido al peticionario, en su condición de niño no acompañado, a un proceso de identificación y evaluación de su situación previo a su deportación, y no haberle dado oportunidad de presentar objeciones a su eventual deportación, viola sus derechos contemplados en los artículos 3 y 20 de la Convención” (párr. 14.7).

4. Expulsión de extranjeros. Debido proceso. Niños, niñas y adolescentes. Menores no acompañados.

“[L]a forma en que se llevó a cabo la deportación del peticionario, en su condición de niño no acompañado privado de su medio familiar, en un contexto de migración internacional, habiendo sido detenido y esposado, sin haber sido escuchado, recibido asistencia legal o de un intérprete o tenido en cuenta sus necesidades, constituye tratos prohibidos por el artículo 37 de la Convención” (párr. 14.8).

3.5. COMITÉ DESC. “OBSERVACIONES FINALES SOBRE EL 4º INFORME PERIÓDICO DE ARGENTINA”. 12/10/2018.

Voces: DESC. Vulnerabilidad. Aborto. Salud pública. Medio ambiente. Pueblos indígenas. Consentimiento informado. Migrantes. Salud mental. Igualdad. Violencia. Género. No discriminación. Educación. LGTBI. Salud sexual y reproductiva.

- **HECHOS**

El Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitió las observaciones finales correspondientes al cuarto informe periódico de Argentina sobre la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el país. Entonces, examinó el [informe nacional](#) presentado por el Estado argentino. Durante el procedimiento, las/los expertos/as también recibieron información de organizaciones de la sociedad civil, del Instituto Nacional de Derechos Humanos y de otras agrupaciones de derechos humanos.

- **DECISIÓN Y ARGUMENTOS**

En el presente informe, el Comité DESC planteó sus principales preocupaciones y recomendaciones en diferentes materias. Entre ellas, sostuvo que el país debía eliminar las barreras legales y administrativas que impiden el acceso de los migrantes a políticas sociales, facilitar su regularización y garantizar ayuda humanitaria en casos de vulnerabilidad (cfr. párr. 26-27).

3.6. RELATOR ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES. “ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS MIGRANTES”. 25/9/2018.

Voces: Migrantes. Refugiado. Acceso a la justicia. Debido proceso. Vulnerabilidad. Traductor. Derecho a la información. Migrantes en situación irregular. Asistencia consular. Asistencia letrada. No discriminación. Principio de no devolución. Personas privadas de la libertad. Expulsión de extranjeros. Procedimiento administrativo. Revisión judicial. Recursos. Barreras cortafuegos. Servicios públicos. Educación. Derecho a la salud. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Menores no acompañados.

▪ HECHOS

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de las personas migrantes realizó un informe sobre el acceso a la justicia de las personas migrantes. Entre los temas abordados en su estudio, analizó el nivel de acceso a la información e interpretación, la asistencia jurídica y representación legal, la asistencia consular y el acceso a recursos. Asimismo, el Relator Especial tuvo en cuenta los obstáculos a los que se enfrentan las personas migrantes en el acceso a la justicia.

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

Entre sus recomendaciones, el Relator Especial concluyó que los Estados tienen el deber de proteger a las personas migrantes en todas las etapas del proceso migratorio y de proporcionarles acceso a la justicia para obtener reparación por cualquier trato discriminatorio o violación de los derechos humanos. Asimismo, señaló que el acceso efectivo a la justicia incluye como garantías de un debido proceso el derecho a la asistencia jurídica y representación legal, el derecho a la información y a contar con un intérprete, el derecho a la asistencia consular y el acceso a recursos y reparación. Además, afirmó que las barreras cortafuegos constituyen mecanismos esenciales que permiten que las personas migrantes ejerzan sus derechos humanos sin temor a ser denunciadas a las autoridades migratorias.

1. *Migrantes. Acceso a la justicia. Derecho de defensa. No discriminación. Principio de no devolución.*

“El acceso efectivo a la justicia es el derecho que tiene toda persona, sin discriminación, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y de restitución de los derechos. El acceso a la justicia cumple una doble función, al ser un derecho fundamental inherente a toda persona y un principio que establece obligaciones para los Estados, particularmente el garan-

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

tizar que toda persona pueda acudir ante los tribunales a reclamar que se protejan sus derechos. Los Estados, en aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, tienen la obligación de garantizar los derechos humanos de todas las personas que estén bajo su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad o situación migratoria, entre los cuales se encuentra el derecho de acceso a la justicia y a un debido proceso” (párr. 7).

“La representación legal de las personas deriva del concepto de debido proceso, ambos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los artículos 7, 8 y 11 establecen que todas las personas son iguales ante la ley y que tienen derecho a igual protección de la ley [...]. Del artículo 10 se desprende que para ello es necesario contar con asistencia jurídica y representación legal especializada, así como gratuita para quienes no pueden acceder a ella. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que la persona migrante en situación regular solo podrá ser expulsada en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley, por lo que esta podrá exponer las razones que la asistan en contra de su expulsión y hacerse representar ante la autoridad competente (art. 13) [...]. El Relator Especial subraya que las personas migrantes gozan de un derecho a contar con asistencia jurídica técnica, la cual debe ser proveída por el Estado gratuitamente a aquellas personas que no puedan pagarla, haciendo verdaderamente operativo el derecho a un debido proceso” (párr. 10).

“La garantía del acceso a la justicia y su relación con el debido proceso es especialmente relevante en casos de desplazamiento forzado y en la determinación de la calidad de refugiado. El riesgo de una persona de ser devuelta al lugar donde su vida o su libertad se encuentran amenazadas implica que los Estados deben tener especial consideración de estas garantías, en particular el principio de no devolución, para evitar la violación de sus derechos humanos. Aunque la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 no establece expresamente un derecho al debido proceso en los procesos de reconocimiento de la calidad de refugiado, son aplicables los estándares internacionales de derechos humanos en materia de garantías procedimentales” (párr. 16).

2. Migrantes. Acceso a la justicia. Traductor. Derecho a la información.

“El derecho a la información es fundamental para poder ejercer otros derechos como el acceso a la justicia [...]. A menudo las personas migrantes tampoco son debidamente informadas de aspectos relacionados con el procesamiento de sus datos y tienen dificultades para entender la información que reciben” (párr. 17).

“Para el efectivo acceso a la justicia de las personas migrantes, es primordial que los Estados pongan a disposición los recursos económicos y humanos necesarios para proveerles información en un idioma que puedan comprender cabalmente sobre los procedimientos y las garantías procesales que pueden incoar frente a la vulneración de sus derechos humanos. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares reconoce el derecho de las personas migrantes a ser asistidas

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

gratuitamente por intérprete en caso de detención (art. 16) o de ser acusadas de haber cometido un delito (art. 18)” (párr. 18).

3. Migrantes. Acceso a la justicia. Asistencia consular. Personas privadas de la libertad.

“La asistencia consular también es esencial para hacer efectivo el acceso a la justicia de las personas migrantes. Ella resulta especialmente acuciante cuando se trata de personas privadas de libertad, indistintamente de que lo sean en virtud de motivos penales o migratorios, ya que a menudo incide de manera decisiva en el respeto a las garantías procesales [...]. La asistencia consular también es muy importante en el ámbito laboral, ya que con frecuencia las personas migrantes son víctimas de graves abusos en materia laboral, pudiendo alcanzar la trata y explotación. De allí la relevancia de que los Estados proporcionen asistencia consular al respecto, mediante la creación de agregadurías laborales u otros mecanismos” (párr. 21).

“El derecho a la asistencia consular constituye primordialmente un derecho de la persona migrante y solo condicionadamente del Estado de origen, ya que la persona puede preferir no contactar a su Estado por temor de persecución u otras razones. La obligación del Estado receptor incluye el informar sin dilación a la persona migrante detenida bajo su jurisdicción acerca de su derecho a ser asistida por funcionarios consulares del país de la que es nacional y de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares de su país, así como a recibir de forma efectiva la asistencia consular” (párr. 22).

4. Expulsión de extranjeros. Derecho de defensa. Procedimiento administrativo. Revisión judicial. Recursos.

“El tipo de autoridad a la que se tiene acceso en las relaciones migratorias con el Estado incide directamente en el ejercicio del acceso efectivo a la justicia. En situaciones de denegación de entrada, solicitudes de refugio y deportación, en algunos Estados el acceso es confiado solamente a una autoridad administrativa. En otras, a una autoridad administrativa y a una judicial por la vía de los recursos procesales” (párr. 24).

“El acceso a una revisión judicial de la detención de migrantes y solicitantes de asilo también se ve impedida por la eliminación de garantías procesales como la revisión judicial de oficio de las órdenes de detención y las escasas probabilidades de recurrir de manera exitosa contra las mismas mientras la persona afectada se encuentra en un centro de detención previo a la devolución” (párr. 31).

“En los últimos años algunos Estados han adoptado reformas que afectan a la independencia y efectividad de los órganos de revisión de las decisiones de denegación de asilo [...]. Asimismo, derogaciones de las reglas generales de procedimientos administrativos también se dan en las instancias de revisión de solicitudes de asilo, en detrimento de las personas solicitantes. En particular, varios países han limitado el número de instancias de revisión disponibles para las personas demandantes de asilo con el fin de agilizar los procedimientos” (párr. 32).

5. Migrantes. Barreras cortafuegos. Servicios públicos. Educación. Derecho a la salud.

“Las barreras cortafuegos consisten en la separación real y estricta entre el control migratorio y otros servicios públicos e implican que las autoridades migratorias no puedan acceder a la información acerca del estatus migratorio de las personas que acuden a los servicios públicos y que las instituciones encargadas de la prestación de estos no tengan la obligación de indagar ni de compartir la información acerca del estatus migratorio de los usuarios [hay nota]. Entre estas últimas se hallan las instituciones prestadoras de servicios en materia de educación, sanidad, seguridad y asistencia social, protección laboral, policía y sistema judicial. Al ser el único mecanismo que permite que las personas migrantes ejerzan y disfruten de sus derechos humanos sin temor a ser denunciadas a las autoridades migratorias, las barreras cortafuegos constituyen una consecuencia ineludible de las obligaciones que tienen los Estados de proteger frente a la discriminación a todas las personas bajo su jurisdicción, de acuerdo a las normas y estándares internacionales de derechos humanos” (párr. 33).

“El establecimiento de barreras cortafuegos es fundamental para garantizar el acceso de las personas migrantes a la justicia, ya que una de las causas de su dificultad para acceder a un recurso efectivo ante los tribunales es su temor a que en el procedimiento se revele su estatus migratorio y, en su caso, ser detenidas y posteriormente deportadas [hay nota]. En este sentido, las barreras cortafuegos permiten que quienes están en situación migratoria irregular y temen ser descubiertos y expulsados, o que se encuentran en situaciones jurídicas precarias y temen quedar en situación irregular, puedan efectivamente denunciar los delitos de los que son víctimas o testigos, conseguir asistencia letrada y acudir a los tribunales en defensa de sus derechos, lo cual, además, permite luchar contra la impunidad” (párr. 34).

6. Migrantes. Migrantes en situación irregular. Reforma legal. Debido proceso. Asistencia letrada.

“Las personas solicitantes de asilo se enfrentan a dificultades específicas para acceder a la justicia, tales como procedimientos de asilo expeditivos con menos garantías y limitaciones al recurso de apelación respecto de a denegaciones de asilo [...]. Además, existen procedimientos especiales que se aplican dependiendo del perfil de la persona solicitante, su ruta migratoria y el punto de entrada, con garantías inferiores a los ofrecidos en los procedimientos ordinarios (es decir, plazos inferiores para recurrir contra una decisión negativa de concesión de asilo, aplicación de la detención mientras se resuelve el recurso de apelación, falta de acceso a asistencia legal). En algunos países, las derogaciones de reglas generales aplicables a las personas solicitantes de asilo han sido declaradas inconstitucionales” (párr. 45).

“La suspensión automática de la ejecución de una denegación de asilo en primera instancia y el consiguiente procedimiento de devolución, así como el derecho a permanecer en el país durante el tiempo necesario para presentar recurso de apelación y obtener una decisión sobre el mismo, constituyen una garantía fundamental para las personas solicitantes de asilo” (párr. 46).

7. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Menores no acompañados.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

“Los niños, niñas y adolescentes son uno de los eslabones más débiles dentro de un flujo migratorio, en especial si no están acompañados por sus padres, familiares, o un adulto responsable y de confianza que los proteja de abusos, violencia y explotación, entre otros riesgos. Si a esto se suma la falta de información que pueden tener los niños, niñas y adolescentes respecto a los mecanismos de denuncia y las instituciones a las cuales acudir en caso de sufrir una vulneración, el no saber leer ni escribir, o incluso encontrarse en una sociedad que no valora sus opiniones debido a su corta edad, el derecho de acceso a la justicia y su protección por parte de los Estados adquiere especial relevancia” (párr. 58).

“Cuando se trata de los niños, niñas y adolescentes, el acceso a la justicia debe entenderse bajo la óptica del interés superior, lo que obliga a remover los obstáculos que tienen para acceder a la justicia como la falta de mecanismos de denuncia asequibles y adaptados, el lenguaje técnico, la desconfianza en las personas adultas, o el no saber escribir o leer, entre muchos otros” (párr. 59).

“Los niños migrantes no acompañados se enfrentan a numerosas dificultades a la hora de acceder a la justicia, tales como la falta de acceso a guardianes, asistencia y asesoramiento legal, así como acceso a la información, la falta de procedimientos para la determinación del interés superior del niño, y problemas relacionados con los procedimientos de determinación de edad” (párr. 61).

3.7. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. “MAALEN V. UZBEKISTÁN”. 4/9/2018.

Voces: Migrantes. Expulsión de extranjeros. Familia. Derecho a la vida privada y familiar. Arbitrariedad. Principio de proporcionalidad. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Debido proceso. Recursos.

▪ HECHOS

Noureddine y Maalem, nacionales de Argelia, contrajeron matrimonio en Uzbekistán y tuvieron cinco hijos, todos ellos nacidos en Taskent y ciudadanos de Uzbekistán. En 1993 se le concedió a Maalem un permiso de residencia, que fue renovado en 2002. Sin embargo, nunca obtuvo la nacionalidad uzbeqa. A principios de 2009 fue acusado de cometer el delito de trata de personas. El 19 de mayo de 2009, el Tribunal del Distrito de Taskent lo condenó a la pena de ocho años de prisión. El 11 de junio de 2010, se confirmó el fallo de primera instancia.

El 24 de febrero de 2014, el Tribunal Municipal de la región de Taskent lo amnistió al peticionario cuando cumplió cinco años de condena. Aunque fue puesto en libertad, la policía no devolvió el pasaporte. Más allá de esto, su pasaporte había caducado en 2011 mientras cumplía la pena que se le impuso. Entonces, denunció este hecho ante las autoridades policiales encargadas de tramitar los visados y los permisos de residencia, que le informaron que, al ser amnistiado, el tribunal había ordenado su expulsión de Uzbekistán; esta circunstancia no se le había notificado. Aunque recurrió la decisión, el Tribunal de Taskent ratificó la expulsión.

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

El Comité de Derechos Humanos consideró que Uzbekistán era responsable por haber infringido los derechos de los peticionarios en virtud de los artículos 17 (derecho a la vida privada y familiar), 23 (protección de la familia) y 24 (protección del menor) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

1. Expulsión de extranjeros. Familia. Derecho a la vida privada y familiar.

“El Comité reitera su jurisprudencia según la cual puede haber casos en los que la negativa de un Estado parte a permitir que un miembro de una familia permanezca en su territorio implique una injerencia en la vida familiar de esa persona. Sin embargo, el simple hecho de que un miembro de una familia tenga derecho a permanecer en el territorio de un Estado parte no significa necesariamente que exigir a otros miembros de la familia que abandonen el Estado suponga tal injerencia” (párr. 11.2).

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

“[E]l Comité considera que la decisión del Estado parte de expulsar al padre de cinco hijos, algunos de ellos menores de edad, y prohibirle volver a entrar al país constituye una ‘injerencia’ en la familia, en particular en circunstancias en que, como en este caso, ello conllevaría cambios sustanciales en la vida familiar. A este respecto, el Comité observa que, aunque la vida familiar del señor Maalem se ha visto afectada por importantes restricciones durante su encarcelamiento entre 2009 y 2014, este ha sido capaz de preservar y mantener una relación estrecha con su familia” (párr. 11.3).

2. Expulsión de extranjeros. Arbitrariedad. Principio de proporcionalidad.

“[R]ecuerda que el concepto de arbitrariedad incluye consideraciones relacionadas con la inadecuación, la injusticia, la imprevisibilidad y las debidas garantías procesales, además de consideraciones relacionadas con la razonabilidad, la necesidad y la proporcionalidad. El Comité también recuerda que, en los casos en que una parte de una familia ha de abandonar el territorio del Estado parte mientras que la otra tiene derecho a permanecer en él, los criterios pertinentes para determinar si se puede justificar objetivamente dicha injerencia en la vida familiar se deben examinar a la luz, por un lado, de la importancia de las razones aducidas por el Estado parte para expulsar al interesado y, por otro, del perjuicio a que se expondría a la familia y a sus miembros a consecuencia de la expulsión” (párr. 11.4).

3. Expulsión de extranjeros. Familia. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño.

“[E]n en todas las decisiones que afecten a niños, el interés superior del niño ha de ser la consideración primordial. Estima que, en el presente caso, el interés superior de los hijos de los peticionarios no ha sido una consideración primordial para el Estado parte y que, en consecuencia, la injerencia de este en la vida familiar de los peticionarios y la consiguiente falta de protección suficiente de la familia perjudicaron excesivamente a los peticionarios y sus hijos. La emisión de una orden de expulsión contra el señor Maalem puso a los peticionarios ante la disyuntiva de abandonar el Estado parte manteniendo la unidad familiar, y exponer a sus hijos a dificultades imprevisibles, o romper la unidad familiar. En ninguna de las alternativas entre las que se debatía la familia se habría atendido al interés superior de los niños. Es incuestionable que el señor Maalem salió de Argelia siendo joven, que lleva más de 30 años en Uzbekistán y que tiene vínculos con el Estado parte. El Estado parte no ha explicado debidamente por qué el objetivo legítimo que persigue al mantener su política penal con respecto a los extranjeros que se hallan en su territorio, y, en particular, al aplicar retroactivamente una versión más restrictiva de la reglamentación, que prevé la expulsión automática, sin excepción, de los extranjeros que han cometido un delito y cumplido condena por ello, debería haber prevalecido sobre el interés superior de los hijos de los peticionarios. A la luz de todas las circunstancias del presente caso, el Comité considera que la orden de expulsión dictada contra el señor Maalem constituyó una injerencia desproporcionada en la vida familiar de los peticionarios y de sus hijos, que no se puede justificar por las razones invocadas por el Estado parte para expulsarlo a Argelia. El Comité concluye que la orden de expulsión del señor Maalem dio lugar a una injerencia arbitraria en el derecho a la vida familiar, en contravención del artículo 17, párrafo 1, leído por separado y conjuntamente con el

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

artículo 23, párrafo 1, del Pacto, en relación con los peticionarios y sus hijos” (párr. 11.7).

“Por lo que respecta a la reclamación formulada al amparo del artículo 24, el Comité reitera que el principio del interés superior del niño es un elemento esencial del derecho de todo niño a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado, como se dispone en el artículo 24, párrafo 1, del Pacto. A la luz de sus conclusiones en relación con los artículos 17 y 23, el Comité considera que la orden de expulsión dictada contra el señor Maalem ha infringido el artículo 24 debido a que el Estado parte no ofreció a sus hijos menores de edad la protección necesaria a la que tienen derecho como niños” (párr. 11.8).

4. Expulsión de extranjeros. Debido proceso. Recursos.

“De conformidad con el artículo 2, párrafo 3 a), del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar un recurso efectivo a las personas cuyos derechos reconocidos en el Pacto hayan sido vulnerados. Por consiguiente, el Estado parte tiene la obligación, entre otras, de adoptar las disposiciones necesarias para revisar la decisión de expulsar al señor Maalem y restringir su regreso, teniendo en cuenta las obligaciones que incumben al Estado parte en virtud del Pacto. El Estado parte tiene también la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro” (párr. 13).

3.8. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. “TOUSSAINT V. CANADÁ”. 30/8/2018.

Voces: Migrantes. Migrantes en situación irregular. Derecho a la vida. Derecho a la salud. Asistencia médica. Igualdad. No Discriminación.

▪ HECHOS

Nell Toussaint, nacido en Granada, ingresó a Canadá como visitante legal en 1999. Sin embargo, decidió quedarse a vivir y trabajar en ese país sin haber gestionado la habilitación correspondiente. En 2005 comenzó el proceso para regularizar su estatus migratorio. Dicha tramitación se retrasó debido a que no podía pagar las tarifas que se le exigían. Mientras este proceso estaba pendiente, su salud se deterioró a punto de tal de encontrarse en peligro su vida. Entonces, se le diagnosticó una embolia pulmonar y sufrió complicaciones de una disfunción renal y diabetes. Aunque estas enfermedades requerían de tratamiento médico, tuvo acceso limitado a la atención médica de emergencia y se le negó el acceso al Programa Federal de Salud Interino de Canadá. Esto, debido a su estatus migratorio irregular. Después de impugnar sin éxito la decisión de limitar el acceso al sistema de salud, la peticionaria recurrió al Comité de Derechos Humanos.

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

El Comité de Derechos Humanos consideró que Canadá era responsable por haber infringido los derechos de la peticionaria en virtud de los artículos 6 (derecho a la vida) y 26 (derecho a la igualdad y no discriminación) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

1. Migrantes. Atención médica. Vida. Salud.

“El Comité recuerda que en su [Observación General N° 6](#) señaló que el derecho a la vida había sido con mucha frecuencia interpretado en forma restrictiva y que no podía entenderse correctamente de esa manera y que la protección de ese derecho exigía que los Estados adoptasen medidas positivas. El Comité considera que el derecho a la vida se refiere al derecho de las personas a no ser objeto de actos u omisiones cuya intención o expectativa sea causar su muerte prematura o no natural, así como a disfrutar de una vida con dignidad. Además, la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar el derecho a la vida abarca toda amenaza y situación de amenaza que pueda tener por resultado la pérdida de la vida. Los Estados partes pueden estar infringiendo el artículo 6 del Pacto incluso cuando esas amenazas y situaciones no se hayan traducido en la pérdida de vidas. En particular, como mínimo, los Estados partes tienen la obligación de proporcionar acceso a los servicios existentes de atención de la salud razonablemente disponibles y accesibles, toda vez que la falta de acceso

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

a esos servicios expondría a la persona a un riesgo razonablemente previsible que podría acarrear la pérdida de la vida” (párr. 11.3).

“[E]l Comité observa que tanto el Tribunal Federal como el Tribunal Federal de Apelación reconocieron que, pese a la atención que recibió la peticionaria, esta estuvo expuesta a una grave amenaza para su vida y su salud por haber sido excluida de la cobertura del Programa Federal...” (párr. 11.4).

“A la luz de las graves consecuencias que sufrió la peticionaria al denegársele la cobertura de atención de la salud ofrecida en el marco del Programa Federal desde julio de 2009 hasta abril de 2013, de las que se dan pruebas en su comunicación y que fueron examinadas exhaustivamente por los Tribunales Federales, el Comité concluye que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación de los derechos que asisten a la peticionaria en virtud del artículo 6” (párr. 11.5).

2. Migrantes. Migrantes en situación irregular. No discriminación. Igualdad.

“El Comité recuerda su [Observación General N° 18](#) (1989), relativa a la no discriminación, en la que reafirmó que, en virtud del artículo 26, se reconocía a todas las personas la igualdad ante la ley y el derecho a igual protección de la ley, se prohibía cualquier discriminación en virtud de la ley y se garantizaba a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Si bien el artículo 2 limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la discriminación a los previstos en el Pacto, el artículo 26 no establece dicha limitación y prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. El Comité recuerda asimismo que en su Observación General núm. 15 (1986), relativa a la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, señaló que la norma general era que se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros. Si bien el Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado parte ni de residir en él, el Comité también afirmó que los extranjeros tenían un ‘derecho inherente a la vida’. Por consiguiente, los Estados no pueden hacer una distinción, a los fines de respetar y proteger el derecho a la vida, entre los migrantes regulares y no regulares [Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva N° [OC-18/03](#), de 17 de septiembre de 2003]. En términos más generales, el Comité también recuerda que no toda diferenciación fundada en los motivos enunciados en el artículo 26 supone discriminación, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos y que con ella se persiga un fin legítimo con arreglo al Pacto” (párr. 11.7).

“[E]n las circunstancias particulares del caso en que, tal como alega la peticionaria, admiten los tribunales nacionales y no refuta el Estado parte, la exclusión de la peticionaria de la atención ofrecida en el marco del Programa Federal podía conducir a la pérdida de la vida o

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

a consecuencias negativas irreversibles para su salud, la distinción establecida por el Estado parte a los efectos de la admisión al Programa Federal entre quienes se encontraban en situación legal en el país y quienes no habían sido admitidos plenamente en el Canadá no se basa en criterios razonables y objetivos y, por consiguiente, constituye una discriminación con arreglo al artículo 26” (párr. 11.8).

3.9. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “IAM V. DINAMARCA”. 8/3/2018.

Voces: Niños, niñas Y adolescentes. Derecho a la salud. Interés superior del niño. Migrantes. Refugiado. Expulsión de extranjeros. Principio de no devolución. Vulnerabilidad. Convención sobre los derechos del Niño.

▪ HECHOS

Una mujer nacional de Somalia se había casado en contra de la voluntad de su familia. Años más tarde, mientras estaba embarazada, viajó a Dinamarca y solicitó asilo. El servicio de inmigración del país rechazó su requerimiento. La mujer impugnó la decisión. Entre sus argumentos, señaló que temía ser asesinada por haberse casado en contra de la voluntad familiar. A su vez, sostuvo que eventualmente su hija correría riesgo de ser sometida a mutilación genital femenina en su país de origen. La apelación fue desestimada y se ordenó su expulsión a Somalia. Para decidir de ese modo, la Junta de Apelaciones tuvo en cuenta los años que vivió en Somalia luego de contraer matrimonio y antes de emigrar. A su vez, respecto de la mutilación genital femenina forzada, consideró un informe en el que se detallaba la prohibición legal de esa práctica en el país.

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

El Comité de los Derechos del Niño consideró que Dinamarca era responsable por haber violado las disposiciones previstas en los artículos 3 (interés superior del niño) y 19 (adopción de medidas para la protección del niño) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

1. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Refugiado. Expulsión. Principio de no devolución.

“[E]l Comité recuerda su [Observación General N° 6](#), en la que establece que los Estados no devolverán a un niño a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el niño, por ejemplo, pero no solo, del tipo de los contemplados en los artículos 6 y 37 de la Convención; y que la obligación antedicha de no devolución es aplicable con independencia de que las violaciones graves de los derechos garantizados por la Convención sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean una consecuencia indirecta de la acción o inacción [...]. En este sentido, el Comité aconseja que ‘al examinar las solicitudes de asilo [...] los Estados tendrán en cuenta la evolución y la interrelación entre las normas internacionales en materia de derechos humanos y el derecho de los refugiados, con inclusión de las normas elaboradas por el ACNUR [...]. En particular, la definición de refugiado que figura en la misma debe interpretarse teniendo presentes la edad y el género y a la luz de los motivos

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

concretos, las formas y manifestaciones de la persecución sufrida por los menores. La persecución por razones de parentesco, el reclutamiento de menores en las fuerzas armadas, el trato de menores con fines de prostitución, la explotación sexual de los menores o la mutilación genital de las hembras, constituyen todas ellas formas y manifestaciones de persecución específicamente infantil, que pueden justificar la concesión de la condición de refugiado si esos actos son subsumibles en uno de los motivos estipulados en la Convención de 1951” (párr. 11.3).

2. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Familia. Derecho a la salud.

“En la [Recomendación General N° 31](#) del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la [Observación General N° 18](#) del Comité de los Derechos del Niño, adoptadas de manera conjunta, los Comités observaron que la mutilación genital femenina puede tener diversas consecuencias inmediatas o a largo plazo para la salud [hay cita]. Recomendaron que la legislación y las políticas relativas a la inmigración y el asilo debían reconocer el riesgo de verse sometido a prácticas nocivas o perseguido a consecuencia de esas prácticas como un motivo para la concesión de asilo y que debe considerarse también la posibilidad de ofrecer protección a un familiar que acompañe a la niña o la mujer [hay cita]” (párr. 11.4).

“El Comité observa que, si bien la prevalencia de la mutilación genital femenina parece haber disminuido en Puntlandia, según los informes presentados por las partes [hay nota], como consecuencia, entre otras cosas, de la Ley de 2014 que la prohíbe en la región, así como de la fetua de 2013 contra todas las formas de mutilación genital femenina y de la política de 2014 contra dicha práctica [hay nota], esta sigue profundamente arraigada en la sociedad somalí” (párr. 11.6).

3. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Expulsión. Principio de no devolución.

“El Comité recuerda que el interés superior del niño debería ser una consideración primordial en las decisiones relativas a la expulsión de un niño y que esas decisiones han de asegurar – en el marco de un procedimiento con las debidas garantías– que el niño estará a salvo y en las debidas condiciones de atención y disfrute de sus derechos [hay cita]. [E]l Comité observa que: a) La valoración de la Junta de Apelaciones para Asuntos de Refugiados se limitó a una referencia general a un informe sobre el centro y el sur de Somalia, sin evaluar el contexto específico y personal al que se expulsaría a la peticionaria y su hija y sin tener en cuenta el interés superior del niño, en particular habida cuenta de que la prevalencia de la mutilación genital femenina en Puntlandia seguía siendo persistentemente elevada [...]; b) [E]l Comité considera que los derechos del niño amparados en el artículo 19 de la Convención no pueden depender de la capacidad de la madre para resistir la presión familiar y social, y que los Estados partes deben adoptar medidas para proteger al niño contra toda forma de violencia, perjuicio o maltrato, de carácter físico o psíquico, en cualquier circunstancia, aun cuando el progenitor o tutor sea incapaz de resistir la presión social; c) La evaluación del riesgo que corre un niño de ser sometido a una práctica nociva irreversible como la mutilación genital

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

femenina en el país al que se le expulsa debe hacerse siguiendo el principio de precaución y, cuando existan dudas razonables de que el Estado receptor no pueda proteger al niño frente a dichas prácticas, los Estados partes deben evitar expulsar al niño” (párr. 11.8).

“[E]l Comité concluye que el Estado parte no tuvo en cuenta el interés superior del niño al evaluar el supuesto riesgo al que se exponía la hija de la peticionaria de ser sometida a la mutilación genital femenina en caso de ser expulsada” (párr. 11.9).

3.10. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “OBSERVACIÓN GENERAL CONJUNTA N° 3 Y N° 22”. 10/8/2017.

Voces: Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Migrantes. Convención sobre los derechos del niño. No discriminación. Vulnerabilidad. Expulsión de extranjeros. Expulsiones colectivas. Abandono de los hijos. Igualdad. Zona de fronteras. Principio de no devolución. Debido proceso. Derecho a ser oído. Traductor. Familia. Tutor. Residencia. Acceso a la justicia.

▪ HECHOS

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y el Comité de los Derechos del Niño de la ONU emitieron en forma conjunta la presente Observación General, con el fin de brindar orientación a los Estados respecto de las medidas legislativas y políticas públicas que deben adoptarse con el fin de proteger los derechos de los niños en el contexto de la migración internacional. El documento se debe leer junto con la “Observación General Conjunta N° 4 y N° 23”, emitida por los mismos comités.

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

1. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes.

“Los Estados deben velar por que en el contexto de la migración internacional, los niños sean tratados ante todo como niños. Los Estados partes en las Convenciones tienen el deber de cumplir las obligaciones establecidas en ellas de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos de los niños en el contexto de la migración internacional, con independencia de su situación de residencia o la de sus padres o tutores” (párr. 11).

Los Estados partes deben elaborar una política sistemática basada en derechos con respecto a la reunión y difusión pública de datos cualitativos y cuantitativos sobre todos los niños en el contexto de la migración internacional a fin de que fundamenten una política global encaminada a proteger los derechos de los niños. [...] Los Comités destacan la importancia de elaborar indicadores que midan la observancia de los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional, entre otras cosas aplicando un enfoque basado en los derechos humanos a la reunión y el análisis de datos sobre las causas de la migración en condiciones no seguras de los niños o las familias” (párr. 16).

“Los Estados partes en la Convención sobre los Derechos del Niño tienen el deber de garantizar que los principios y disposiciones que figuran en ella queden plenamente reflejados

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

y surtan pleno efecto jurídico en la legislación, las políticas y las prácticas nacionales pertinentes (art. 4). En todas las medidas concernientes a los niños, los Estados deben guiarse por los principios dominantes de la no discriminación (art. 2); el interés superior del niño (art. 3); el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (art. 6); y el derecho del niño a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten y a que sea tenida debidamente en cuenta (art. 12)” (párr. 19).

“[C]uando las normas difieran, se aplicarán las disposiciones de la legislación nacional e internacional que sean más conducentes al logro de la plena efectividad de los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional” (párr. 20).

2. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Igualdad. No discriminación. Zona de fronteras.

“El principio de no discriminación será el centro de todas las políticas y procedimientos de migración, incluidas las medidas de control de fronteras, e independientemente de la situación de residencia de los niños o de sus padres. Toda diferencia de trato que se aplique a los migrantes será conforme a derecho y proporcionada, en busca de un fin legítimo y ajustada al interés superior del niño y las normas y estándares internacionales de derechos humanos. Del mismo modo, los Estados partes deben velar por que los niños migrantes y sus familias se integren en las sociedades de acogida mediante la observancia efectiva de sus derechos humanos y el acceso a los servicios en igualdad de condiciones con los nacionales” (párr. 22).

2. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Igualdad. No discriminación.

“[S]i solo se lucha contra la discriminación de iure no se garantizará necesariamente la igualdad de facto. Por consiguiente, los Estados partes harán efectivos los derechos reconocidos en las Convenciones para los niños en el contexto de la migración internacional adoptando medidas positivas para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que causen o perpetúen la discriminación de facto contra ellos. Deben registrar sistemáticamente los casos de discriminación contra niños o sus familias en el contexto de la migración internacional, e investigar y sancionar esas conductas de manera adecuada y eficaz” (párr. 26).

3. Migrantes. Niños, niñas y adolescentes. Interés superior del niño. Residencia. Principio de devolución.

“Reconociendo que el interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres) y que los posibles conflictos tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado, el Comité destaca en el párrafo 39 de su [Observación General N° 14](#) que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño” (párr. 28).

“[L]os Estados partes deben: a) Conceder la máxima prioridad al interés superior del niño en

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

su legislación, políticas y prácticas; b) Velar por que el principio del interés superior del niño se integre debidamente, se interprete de forma coherente y se aplique por conducto de procedimientos sólidos e individualizados en todas las actuaciones y decisiones legislativas, administrativas y judiciales, y en todas las políticas y programas migratorios pertinentes para los niños y que tienen efectos sobre ellos, con inclusión de las políticas y los servicios de protección consular. [Igualmente, e]valuar y determinar el interés superior del niño en las distintas etapas de los procedimientos de migración y asilo que podrían dar lugar a la detención o la expulsión de los padres debido a su situación de residencia” (párr. 32).

“No pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior otras consideraciones como las relativas al control general de la migración” (párr. 33).

4. Migrantes. Familia. Niños, niñas y adolescentes. Tutor. Debido proceso. Derecho a ser oído. Traductor.

“[E]s fundamental aplicar medidas para hacer plenamente efectivo su derecho a expresar sus opiniones sobre todos los aspectos que afectan a sus vidas, especialmente como parte esencial de los procedimientos de inmigración y asilo, y que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta. Los niños pueden tener sus propios proyectos de migración y factores que los impulsan a migrar, y las políticas y decisiones no pueden ser eficaces ni adecuadas sin su participación.” (párr. 35).

“Los Estados partes deben designar a un representante legal cualificado para todos los niños, incluidos los que están bajo cuidado parental, y un tutor capacitado para los niños no acompañados y separados, tan pronto como sea posible a su llegada, a título gratuito. Deben garantizarse mecanismos de denuncia accesibles para los niños. A lo largo de todo el proceso, debe ofrecerse a los niños la posibilidad de contar con un traductor para que puedan expresarse plenamente en su idioma materno o recibir apoyo de una persona familiarizada con el origen étnico y el contexto religioso y cultural del niño. Esos profesionales deben recibir capacitación sobre las necesidades específicas de los niños en el contexto de la migración internacional; entre otros, sobre los aspectos de género, culturales, religiosos y otros aspectos concomitantes” (párr. 36).

“Los Estados partes deben adoptar todas las medidas apropiadas para promover y facilitar plenamente la participación de los niños, entre otras cosas brindándoles la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento administrativo o judicial relacionado con su caso o el de sus familias, incluida toda decisión sobre la atención, el alojamiento o la situación de residencia. Los niños deben ser escuchados con independencia de sus padres y sus circunstancias particulares deben incluirse en el examen de los casos de la familia. En esos procedimientos deben llevarse a cabo evaluaciones específicas del interés superior y se deben tener en cuenta las razones concretas del niño para migrar. En cuanto a la importante relación entre el derecho a ser escuchado y el interés superior del niño, el Comité de los Derechos del Niño ya ha señalado que no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo

Boletín
Jurisprudencia internacional
Migrantes

12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida” (párr. 37).

“[L]a falta de canales regulares y seguros para que migren los niños y las familias contribuye a que los niños emprendan viajes migratorios que ponen en riesgo sus vidas y son sumamente peligrosos. Lo mismo cabe decir de las medidas de control y vigilancia de fronteras que se centran en la represión en lugar de facilitar, regular y gestionar la movilidad, especialmente las prácticas en materia de detención y expulsión, la falta de oportunidades de reunificación familiar en tiempo oportuno y la falta de vías de regularización” (párr. 41).

“Los Comités subrayan la interrelación entre los artículos 2, 6 y 27, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño; los Estados partes deben velar por que los niños en el contexto de la migración internacional, independientemente de su situación o la de sus padres, tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual y moral” (párr. 43).

“Preocupa a los Comités el hecho de que las políticas o prácticas que deniegan o restringen derechos básicos, como los derechos laborales y otros derechos sociales, a los migrantes adultos debido a su nacionalidad, apatridia, origen étnico o situación de residencia, pueden afectar directa o indirectamente al derecho de los niños a la vida, a la supervivencia y al desarrollo. Esas políticas también obstaculizarían la concepción de políticas migratorias globales y los esfuerzos realizados para integrar sistemáticamente la migración en las políticas de desarrollo. Por lo tanto, en consonancia con el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados partes deben velar por que el desarrollo del niño, y su interés superior, se tomen plenamente en cuenta en las políticas y decisiones encaminadas a regular el acceso de sus padres a los derechos sociales, con independencia de su situación de residencia” (párr. 44).

5. Expulsión de extranjeros. Expulsiones colectivas. Residencia. Debido proceso. Acceso a la justicia. Principio de no devolución.

“Los Estados partes deben respetar las obligaciones de no devolución resultantes del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario, el derecho de los refugiados y el derecho internacional consuetudinario [hay nota]. Los Comités resaltan que el principio de no devolución ha sido interpretado por órganos internacionales de derechos humanos, tribunales regionales de derechos humanos y tribunales nacionales como una garantía implícita derivada de las obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos. Prohíbe a los Estados expulsar de su jurisdicción a las personas, con independencia de su situación de residencia o en materia de nacionalidad, asilo u otra condición, cuando correrían el riesgo de sufrir un daño irreparable al regresar, como persecución, tortura, violaciones graves de los derechos humanos u otro daño irreparable” (párr. 45).

“Los Comités recuerdan que artículo 22, párrafo 1, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos prohíben las expulsiones colectivas y exigen que cada caso que a la larga pueda terminar con la expulsión sea examinado y decidido individualmente, velando por el cumplimiento efectivo de todas las debidas garantías procesales y el derecho de acceso a la justicia. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para impedir las expulsiones colectivas de niños y familias migrantes” (párr. 47).

3.11. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. “I ELPIDA Y STYLIANOS KALAMIOS V. GRECIA”. 3/1/2017.

Voces: Migrantes. Expulsión de extranjeros. Debido proceso. Derecho de defensa. Arbitrariedad. Familia. Derecho a la vida privada y familiar. Desalojo. Vivienda. Domicilio.

▪ HECHOS

En 1995 y 1996, el Departamento de Planificación Urbana de la entonces Prefectura de Atenas decidió que el asentamiento de viviendas romaníes ubicadas en el municipio de Halandri, situado en el área metropolitana de Atenas, era ilegal y debía ser demolido. La decisión se intentó ejecutar en 1999; sin embargo, se suspendió después de que intervinieran las autoridades municipales y se declarara que el Estado debía, primero, encontrarles una ubicación alternativa a las personas que residían en esa zona. Posteriormente, el Ministerio del Interior respondió que el Estado no podía financiar proyectos de vivienda para los romaníes debido a una crisis financiera. Los peticionarios no desocuparon sus viviendas debido a que carecían de recursos económicos y esperaron que el Estado los reubicara. Las autoridades declararon repetidamente que sus hogares no cumplían las normas de vivienda adecuada porque no tenían electricidad ni agua corriente.

▪ DECISIÓN Y ARGUMENTOS

El Comité de Derechos Humanos determinó que Grecia vulneraría los derechos reconocidos en los artículos 17 y 23 del Pacto, leídos por separado y en conjunción con el artículo 2, párrafo 3, si ejecutaba las órdenes de desalojo y demolición contra los peticionarios.

1. Desalojo. Vivienda. Domicilio. Arbitrariedad. Familia. Derecho a la vida privada y familiar. Debido proceso. Derecho de defensa.

“[E]l concepto ‘domicilio’ utilizado en el artículo 17 del Pacto se relaciona con el lugar en que la persona reside o ejerce su ocupación habitual. En la presente comunicación, es indiscutible que el asentamiento de Halandri es el lugar donde están ubicadas las casas de los peticionarios y donde estos han residido de manera continua, sin que las autoridades del Estado parte se hayan opuesto a ello, durante más de 20 años. En esas circunstancias, el Comité considera que las casas de los peticionarios en el asentamiento de Halandri son su ‘domicilio’ en el sentido del artículo 17 del Pacto, con independencia del hecho de que los peticionarios no sean los dueños legítimos del terreno en que están construidas” (cf. párr. 12.3).

“[N]o hay duda de que la orden de desalojo, de llegar a ejecutarse, daría lugar a que los peticionarios perdieran su vivienda y de que, por tanto, habría una injerencia en su domicilio. El

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Comité recuerda que, en virtud del artículo 17 del Pacto, es necesario que cualquier injerencia en el domicilio no solo sea legal, sino que, además, no sea arbitraria. El Comité considera que, de conformidad con su Observación General N° 16 (1988) sobre el derecho al respeto de la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, así como de la honra y reputación, el concepto de arbitrariedad a que se refiere el artículo 17 del Pacto pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso. También considera que los Estados partes deberían limitar el recurso al desalojo forzoso adoptando todas las alternativas viables a los desalojos y deberían garantizar siempre otra vivienda a las familias afectadas” (cf. párr. 12.4).

2. Expulsión de extranjeros. Arbitrariedad. Familia. Derecho a la vida privada y familiar.

“[C]on independencia de que, en un principio, las autoridades del Estado parte tienen derecho a expulsar a los peticionarios que ocupan ilegalmente terrenos privados, la falta de derechos de propiedad de los peticionarios sobre el terreno en cuestión fue la única justificación que se dio para emitir la orden de desalojo contra la comunidad, y que el Estado parte no ha señalado ninguna razón urgente para desalojar por la fuerza de sus casas a los peticionarios antes de proporcionarles viviendas alternativas adecuadas. Además, las órdenes de desalojo se adoptaron y se confirmaron sobre la base de una decisión de las autoridades de planificación urbana según la cual las viviendas de los romaníes en la zona eran ilegales y debían ser demolidas, con independencia de las circunstancias específicas, como una vida comunitaria de varios decenios, o de cualquier consecuencia posible, como quedarse sin hogar, y aunque no existiera ninguna necesidad apremiante de cambiar la situación existente. En otras palabras, las autoridades del Estado parte no concedieron suficiente importancia a los diferentes intereses en juego ni a la protección de los peticionarios contra la amenaza de desalojo inmediato” (cf. párr. 12.5).

3. Desalojo. Vivienda. Derecho a la vida privada y familiar.

“[S]iguen estando en riesgo permanente de desalojo forzoso, sin opciones seguras ni adecuadas de reubicación y sin ninguna certidumbre acerca de sus perspectivas de vivienda, lo que equivale a una injerencia clara en su vida familiar” (cf. párr. 12.7).

“[A]l no tener en cuenta, debidamente, las consecuencias del desalojo de los peticionarios, como el riesgo de dejarlos sin hogar, en una situación en que no podrían disponer inmediatamente de una vivienda sustitutiva adecuada, el Estado parte, si ejecutara la orden de desalojo, cometería una injerencia arbitraria en el domicilio de los peticionarios y, en consecuencia, vulneraría los derechos que los asisten en virtud del artículo 17 del Pacto” (cf. párr. 12.8).