Revista
Temas de Derecho Constitucional

Corte Constitucional

- Migración
- Asilo
- Apatridia

Bogotá

Año 1
Revista 1
Diciembre 2019
ISSN: 2711-1105

1

Revista

Temas de Derecho Constitucional

República de Colombia
Corte Constitucional

Revista Temas de Derecho Constitucional
Migración
Asilo
Apatridia

Corte Constitucional
Gloria Stella Ortiz Delgado
Presidenta

Alberto Rojas Ríos
Vicepresidente

Magistrados
Carlos Bernal Pulido
Diana Fajardo Rivera
Luís Guillermo Guerrero Pérez
Alejandro Linares Cantillo
Antonio José Lizarazo Ocampo
Cristina Pardo Schlesinger
José Fernando Reyes Cuartas

Gloria Stella Ortiz Delgado
Directora

Martha Cecilia Paz
Coordinadora

Paola Zuluaga Montaña
Directora CENDOJ

Juan Francisco Garavito Suárez
Jefe de Publicaciones CENDOJ

Diseño e Impresión
Imprenta Nacional de Colombia
Bogotá, Colombia
2019

Corte Constitucional de Colombia

Presidenta

Gloria Stella Ortiz Delgado

Vicepresidente

Alberto Rojas Ríos

Magistrados

Carlos Bernal Pulido

Diana Fajardo Rivera

Luis Guillermo Guerrero Pérez

Alejandro Linares Cantillo

Antonio Jose Lizarazo Ocampo

Cristina Pardo Schlesinger

José Fernando Reyes Cuartas

Consejo Consultivo Internacional

Robert Alexy (Alemania)

Manuel Atienza (España)

Ernesto Blume Fortini (Perú)

Víctor Castellanos Pizano (República Dominicana)

José Ramón Cossio (México)

Tannia Groppi (Italia)

Eduardo Lludgar (Argentina)

Belén Olmos Giupponi (Inglaterra)

Pablo Pérez Tremps (España)

Francisca Pou Giménez (México)

Consejo Consultivo Colombiano

Manuel José Cepeda Espinosa

Lucy Cruz de Quiñonez

Guillermo Sánchez Luque

Humberto Sierra Porto

Luis Armando Tolosa Villabona

Adriana Zapata Giraldo

Revista
Temas de Derecho Constitucional

ÍNDICE

Presentación 13

LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS DE EXTRANJEROS ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

THE PROHIBITION OF COLLECTIVE EXPULSIONS OF ALIENS BEFORE THE EUROPEAN COURT AND THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Guillem Cano Palomares 15

LA OBLIGATORIEDAD DE LA DEFINICIÓN DE REFUGIADO DE LA DECLARACIÓN DE CARTAGENA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

THE TERM REFUGEE FROM THE DECLARATION OF CARTAGENA IN INTERNATIONAL LAW

Juan Ignacio Mondelli 27

ASILO: ¿DERECHO HUMANO O PRERROGATIVA DEL ESTADO?

ASYLUM: ¿HUMAN RIGHT OR STATE PREROGATIVE?

Elisa Ortega Velazquez 55

EL ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA Y LOS NUDOS CRÍTICOS PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MATERIA DE MOVILIDAD HUMANA

EFFECTIVE ACCESS TO JUSTICE AND CRITICAL ISSUES FOR THE CONVENTIONALITY CONTROL IN THE FIELD OF HUMAN MOBILITY

Romina I. Sijniensky 83

LO STRANIERO COME "OSPITE": RIFLESSIONI A PARTIRE DAL CASO ITALIANO .....

THE MIGRANT AS GUEST: CONSIDERATIONS STARTING FROM THE ITALIAN CASE

Emanuele Rossi- Francesca Biondi Dal Monte 105

NIÑOS SIN PATRIA: LA REALIDAD DE LOS HIJOS DE MIGRANTES VENEZOLANOS, NACIDOS EN COLOMBIA

STATELESS CHILDREN: CHILDREN'S REALITY OF VENEZUELAN MIGRANTS, BORN IN COLOMBIA

Ana María Moreno Sáchica 127

THE PROVISION OF ASYLUM AS A PEACE MECHANISM AND RECENT CHALLENGES WITHIN ASYLUM CASE PROCESSING OF VENEZUELAN APPLICANTS IN CANADA AND THE UNITED STATES

LA CONCESIÓN DE ASILO COMO MECANISMO DE PAZ Y DESAFÍOS RECIENTES DENTRO DEL PROCESAMIENTO DE CASOS DE ASILO DE LOS SOLICITANTES VENEZOLANOS EN CANADÁ Y LOS ESTADOS UNIDOS

Cecilia M. Bailliet 145

EL REGISTRO DE NACIMIENTO COMO HERRAMIENTA PARA PREVENIR LA APATRIDIA EN POBLACIONES DE MIGRANTES Y REFUGIADOS. ANÁLISIS DE BUENAS PRÁCTICAS EN AMÉRICA DEL SUR

BIRTH REGISTRATION AS A TOOL TO PREVENT STATELESSNESS IN MIGRANT AND REFUGEE POPULATIONS ANALYSIS OF GOOD PRACTICES IN SOUTH AMERICA

Indira Murillo 161

EL ASILO Y LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS REFUGIADAS EN LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA

ASYLUM AND PROTECTION OF PERSONS REFUGEED IN THE CONSTITUTIONS OF AMERICA

Karlos A. Castilla Juárez..... 185

GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES DE LOS MIGRANTES EN TERRITORIO COLOMBIANO

GUARANTEE OF THE SOCIAL, ECONOMIC AND CULTURAL RIGHTS OF MIGRANTS IN COLOMBIAN TERRITORY

Paula Andrea Sánchez Sarmiento 209

ASYLUM IN THE UNITED KINGDOM: A RESTRICTED RIGHT

ASILO EN EL REINO UNIDO: UN DERECHO RESTRINGIDO

Ximena Vengoechea..... 233

POLÍTICAS PÚBLICAS Y LA NIÑEZ MIGRANTE

PUBLIC POLICIES AND THE MIGRANT CHILDHOOD

Boris Wilson Arias López 253

MIGRACIÓN VENEZOLANA Y ACCESO A LA ATENCIÓN MÉDICA: OBLIGACIONES DE COLOMBIA BAJO LA COBERTURA SANITARIA UNIVERSAL

VENEZUELAN MIGRATION AND ACCESS TO HEALTHCARE: COLOMBIA'S OBLIGATIONS UNDER UNIVERSAL HEALTH COVERAGE

Estefanía Palomino 269

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ¿DECLINACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL O SISTEMA AUTÓNOMO DE "JUSTICIA CONVENCIONAL TRANSNACIONAL"?

THE CONVENTIONALITY CONTROL: A SPECIMEN OF CONSTITUTIONAL JUSTICE OR AN AUTONOMOUS SYSTEM OF "TRANSNATIONAL CONVENTIONAL JUSTICE"?

Silvia Bagni 287

THE ECJ'S PRELIMINARY RULING ON THE "WITHDRAWAL OF THE WITHDRAWAL": STRENGTHENING EU CONSTITUTIONAL LAW

LA CUESTIÓN PRELIMINAR DEL TJUE SOBRE LA REVOCATORIA DEL BREXIT: FORTALECIENDO EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA.

Belen Olmos Giupponi 315

CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE TUTELAS EN SALUD

EFFECTIVENESS OF JUDGMENTS FOR PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH

Sergio Raúl Cardoso González..... 341

LA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A LA SALUD A TRAVÉS DE LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES. EL CASO DE COSTA RICA.

THE PROTECTION OF THE RIGHT TO HEALTH IN STRUCTURAL DECISIONS. ANALYSIS OF COSTA RICA CASE.

Haideer Miranda..... 357

CONFLICTOS ENTRE LAS PRÁCTICAS DE LA DIAN EN MATERIA DE DERECHO TRIBUTARIO SANCIONATORIO Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES BÁSICAS: TRES ESTUDIOS DE CASO.

CONFLICTS BETWEEN DIAN'S PRACTICES CONCERNING TAX PENALTIES AND BASIC CONSTITUTIONAL GUARANTEES: THREE CASE STUDIES

Diego Quiñones Cruz..... 377

Presentación

La Corte Constitucional Colombiana, entrega por primera vez a la sociedad y en especial a la comunidad académica, el primer número de la **Revista Temas de Derecho Constitucional**, bajo la dirección de la doctora Gloria Stella Ortiz Delgado, editada con la colaboración del Consejo Superior de la Judicatura y el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). Se trata de una edición temática de periodicidad anual, estructurada en dos partes, con formato impreso, que se distribuirá gratuitamente entre sus colaboradores y las principales instituciones académicas y jurisdiccionales, tanto nacionales como extranjeras.

En esta primera ocasión se eligieron los temas de Migración, Asilo y Apatridia y se recibieron para la primera parte trece colaboraciones -dos en idioma extranjero- que reflejan el trabajo serio de expertos en el tema, centrados principalmente en la problemática del fenómeno migratorio en el mundo, las distintas regulaciones legales y jurisprudenciales, de cara al respeto del valor inalienable de la persona humana y la custodia del cumplimiento de los derechos fundamentales de la población migrante. Igualmente para la Sección Miscelánea, se aceptaron cinco artículos, uno en idioma extranjero, en diversos temas de doctrina y jurisprudencia constitucional comparada.

Los Comités consultivos, tanto el nacional como el extranjero, están conformados por personas de reconocida trayectoria en el campo constitucional y por Magistrados de Altas Cortes, nacionales y extranjeras, que amablemente aceptaron colaborar con este proyecto, que redunda en beneficio de la Corte Constitucional y enriquece su consideración y aprecio en la comunidad académica.

Martha Cecilia Paz
Coordinadora
Revista Temas de Derecho Constitucional

La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros ante el tribunal europeo y la corte interamericana de derechos humanos

The prohibition of collective expulsions of aliens before the european court and the inter-american court of human rights

Guillem Cano Palomares[1]

RESUMEN

El presente artículo analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, y la compara con la praxis jurisprudencial de su homóloga americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre la base de este análisis se identifican los puntos coincidentes y las diferencias entre ambos sistemas regionales de protección de derechos humanos en la materia, así como los posibles retos que las crisis migratorias que afectan a ambos continentes plantean en la actualidad.

SUMMARY

The present article analyses the case-law of the European Court of Human Rights concerning the prohibition of collective expulsions of aliens, and compares it with the case-law of its American counterpart, the Inter-American Court of Human Rights. On the basis of this analysis, the article aims at identifying the similarities and the differences between both regional systems for the protection of human rights in this field, as well as the possible challenges that the migration crisis affecting both continents currently pose.

PALABRAS CLAVE

Tribunal Europeo de Derechos Humanos Convenio Europeo de Derechos Humanos

1 Letrado Tribunal Europeo de Derechos Humanos.(Estrasburgo). Licenciado en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra (UPF) de Barcelona. Especializado en Derecho Internacional en la Universidad de Ginebra y en Derechos Humanos por la Université Robert Schuman de Estrasburgo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Convención Americana de Derechos Humanos Expulsiones colectivas de extranjeros Asilo Migrantes

KEYWORDS

European Court of Human Rights European Convention on Human Rights

Inter-American Court of Human Rights American Convention on Human Rights

Collective expulsions of aliens

1. INTRODUCCIÓN

La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) recoge expresamente derechos en materia de inmigración, derecho de asilo y apatridia que no encuentran equivalente en el texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). Así, por ejemplo, el artículo 20 CADH garantiza el derecho a la nacionalidad; y el artículo 22 CADH recoge una lista de derechos sobre circulación y residencia entre los que se encuentra el derecho de buscar y recibir asilo, el derecho a no ser expulsado a un Estado en el que la vida o la libertad corran peligro y la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros. En cambio, el CEDH de 1950 no reconoce ningún derecho específico sobre extranjería y asilo, más allá de la prohibición general de discriminación, entre otras razones, por origen nacional. El CEDH prevé explícitamente la privación de libertad de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición (artículo 5.1 f) CEDH) e incluso contiene una cláusula (art. 16 CEDH) que permite a los Estados restringir la actividad política de los extranjeros por el solo hecho de ser extranjeros, aunque la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) haya limitado en la práctica la operatividad de la misma (TEDH, Perinçek c. Suiza, de 15 de enero de 2015, párrafos 118-123).

Fueron los Protocolos adicionales núms. 4 y 7 al CEDH, firmados respectivamente en 1963 y 1984, y no necesariamente ratificados por todos los 47 Estados Partes en el CEDH (43 y 44 ratificaciones respectivamente), los que introdujeron derechos sustantivos cuyo ámbito de aplicación personal se refiere explícita, o implícitamente, a los nacionales extranjeros. Entre ellos encontramos: la libertad de circulación y de residencia de quienes se encuentran legalmente en un Estado (artículo 2 del Protocolo núm. 4); la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros (artículo 4 del Protocolo núm. 4); y la garantías procesales en caso de expulsión de extranjeros que residen legalmente en el territorio de un Estado (artículo 1 del Protocolo núm. 7).

A pesar de las diferencias entre los textos normativos fundacionales de ambos sistemas de protección de derechos humanos, que convierten a la CADH en un texto con un punto de partida más garantista, la jurisprudencia evolutiva del TEDH ha ido incorporando progresivamente derechos de los migrantes extranjeros en el elenco de derechos convencionales a través de su jurisprudencia sobre derechos del CEDH de aplicación general. Entre estos últimos cabe señalar la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH), el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH) y el derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH). Así pues, el TEDH, aun sin reconocer el derecho al asilo como hace su homóloga americana, ha incorporado el principio de no devolución o de non-refoulement a través del artículo 3

CEDH, en supuestos en los que se aprecia riesgo para la vida o la integridad del extranjero en el país de origen (TEDH, Saadi contra Italia, de 28 de febrero de 2008, párrafos 124-127, con la jurisprudencia anterior citada). A su vez, a pesar de no reconocer el derecho a la nacionalidad como derecho propio del CEDH (TEDH, Petropavlovskis contra Letonia, de 13 de enero de 2015, párrafo 81), el TEDH se ha pronunciado en ocasiones sobre las consecuencias de la apatridia y de afectaciones derivadas en el derecho al respeto de la vida privada y familiar de personas sin estatuto migratorio regularizado que residen desde hace años en el territorio de un Estado (TEDH, Kúric y otros contra Eslovenia, de 26 de junio de 2012).

El presente artículo analizará la jurisprudencia del TEDH en materia de prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros, y la comparará con la praxis jurisprudencial de su homóloga americana, más reducida por el menor número de casos planteados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CorteIDH). Sobre la base de este análisis se identificarán los puntos coincidentes y las diferencias entre ambos sistemas, así como los posibles retos que las crisis migratorias que afectan a ambos continentes plantean en la actualidad.

2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL Y TERRITORIAL DE LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS DE EXTRANJEROS

La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros se aplica a todo "extranjero" independientemente de si se encuentra o reside legalmente en el territorio del Estado. En este sentido, la protección que ofrece el artículo 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH y el artículo 22.9 CADH es más amplia que la de otros artículos que solo protegen a los extranjeros que se hallan legalmente en el territorio del Estado (por ejemplo, el artículo 1 del Protocolo núm. 7 al CEDH o el artículo 22.6 CADH). Así lo han entendido ambas cortes al analizar casos de expulsiones de personas extranjeras, independientemente de su estatus migratorio o situación administrativa en el Estado demandado (TEDH, *Georgia c. Rusia (I),* de 3 de julio de 2014, párrafos 168 y 170; CorteIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana,* de 24 de octubre de 2012). Lo que significa que la prohibición de las expulsiones colectivas se aplica: tanto a los demandantes de asilo como a los migrantes económicos; tanto a los que están transitando por un país como los que están domiciliados en él; y, por último, tanto a los apátridas como a los que poseen otra nacionalidad.

Los que quedan personalmente excluidos de esta prohibición son los nacionales del Estado que procede a la expulsión, ya que estos quedan cubiertos por la prohibición específica de la expulsión de nacionales contenida en el artículo 3 del Protocolo núm. 4 al CEDH y en el artículo 22.5 CADH. La CorteIDH, en la medida en que puede determinar violaciones del derecho a la nacionalidad, puede tratar expulsiones de supuestos extranjeros como expulsiones de nacionales, por ejemplo si el Estado desconoció la documentación que los acreditaba como nacionales al momento de la expulsión, o incluso si carecían de esa documentación por una omisión del Estado (CorteIDH, *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana,* de 28 de agosto de 2014, párrafos 385-389).

En cuanto a la aplicación territorial de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, el TEDH ha tenido ocasión de precisar que dicha norma pude aplicarse en puestos fronterizos (por ejemplo, un puerto en el caso *Sharifi y otros c. Italia y Grecia,* de 21 de octubre de 2014, párrafos 210-213), e incluso en un espacio internacional fuera del territorio nacional (interceptaciones en alta mar en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia,* de 23 de febrero de 2012, párrafos 169-182), siempre y cuando sean los agentes del Estado los que procedan a la expulsión/devolución del extranjero a un país tercero. Si bien la CorteIDH no parece haberse pronunciado sobre expulsiones colectivas llevadas a cabo mediante la acción extraterritorial del Estado, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la CorteIDH han sostenido que el principio de *non-refoulement* y el derecho de buscar y recibir asilo pueden verse vulnerados por la acción de un Estado más allá de sus fronteras territoriales (Comisión Interamericana, *Interdicción de Haitianos Vs. Estados Unidos,* informe sobre el fondo de 13 de marzo de 1997; CorteIDH, Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 sobre la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección, párrafos 122, 187-188 y 192).

3. LAS MEDIDAS CUBIERTAS POR LA NOCIÓN DE "EXPULSIÓN"

En lo que se refiere al ámbito material de la prohibición, ambas cortes parecen coincidir en una interpretación amplia de la noción de "expulsión", en el sentido de que cubra varios tipos de medidas independientemente de su denominación en el derecho interno del Estado. Así, por ejemplo, el TEDH ha afirmado que la palabra "expulsión" debe ser interpretada "en su sentido genérico, empleado en el lenguaje corriente", aplicándola tanto a interceptaciones de migrantes en alta mar seguidas de devoluciones a un tercer Estado (TEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia,* párrafo 174, denominadas "push-backs"), como a la no admisión o rechazo en puestos fronterizos (TEDH, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*). La caracterización de una medida como "expulsión" a efectos del CEDH es independiente de su denominación formal según el derecho interno del Estado (TEDH, *Khlaifia y otros c. Italia,* de 15 de diciembre de 2016, párrafos 243-244, sobre órdenes de denegación de entrada). Para el TEDH, el elemento clave parece ser que dicha acción consista en la devolución o el traslado del extranjero a un tercer Estado de manera forzada, esto es, en contra de su voluntad.

Igualmente, la CorteIDH ha examinado medidas de expulsión que no se encuadran en un procedimiento formal de deportación o repatriación, sino que más bien constituyen expulsiones *de facto* sin ningún tipo de procedimiento migratorio formal previo ni registro (CorteIDH, *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*).

Es precisamente esta concepción amplia de la noción de "expulsión" la que ha permitido a ambos tribunales condenar medidas colectivas contra extranjeros que los Estados no sometieron a ningún tipo de procedimiento legal o formal previo que ofreciera a estos la posibilidad de hacer valer sus derechos de forma efectiva.

4. EL CARÁCTER COLECTIVO DE UNA EXPULSIÓN

Las dos cortes de derechos humanos mantienen una definición similar de lo que constituye una expulsión colectiva de extranjeros. Fue el TEDH quien tuvo primero la ocasión

de determinar que una expulsión colectiva de extranjeros es "cualquier medida tomada por autoridad competente que obligue a los extranjeros como grupo a abandonar el país, excepto cuando tal medida sea tomada luego de o en base a un examen razonable y objetivo de los casos particulares de cada extranjero del grupo" (TEDH, *Andric c. Suecia,* decisión de 23 de febrero de 1999; Čonka *c. Bélgica*, de 5 de febrero de 2002, párrafo 59). Dicha definición fue más tarde tomada como referencia por la CorteIDH, señalando que "el carácter 'colectivo' de una expulsión implica una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero, y por ende recae en arbitrariedad" (CorteIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana,* párrafo 171). La CorteIDH ha sostenido que "para cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas, un proceso que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero, debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto, lo cual requiere, como mínimo, identificar a la persona y aclarar las circunstancias particulares de su situación migratoria" (CorteIDH, *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, párrafo 381). Asimismo, el número de extranjeros objeto de decisiones de expulsión no es el criterio fundamental para la caracterización de una expulsión colectiva, sino el examen de las circunstancias personales de cada una de las personas afectadas (TEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia,* párrafo 184; CorteIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana,* párrafos 171-172).

A diferencia de la definición contenida en el artículo 12.5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la jurisprudencia del TEDH y de la CorteIDH no toma como criterio definitorio de la expulsión colectiva el hecho de que vaya dirigida a un grupo étnico, nacional, racial o religioso concreto. De este modo, el TEDH ha calificado como expulsiones colectivas de extranjeros medidas tomadas contra varios extranjeros que no pertenecían al mismo grupo nacional o racial, por ejemplo migrantes de orígenes diversos (de Eritrea y de Somalia en el caso *Hirsi Jamaa*). Y en cuanto a las medidas que afectaban a un grupo concreto de extranjeros con rasgos comunes (gitanos de Eslovaquia en el caso Čonka y nacionales georgianos en el caso Georgia c. Rusia (I)), el TEDH no ha llegado a pronunciarse sobre el carácter discriminatorio de las mismas, por ausencia de queja específica sobre discriminación o por entender que el examen de la misma era innecesario a la vista de la conclusión de vulneración del artículo 4 del Protocolo núm. 4 (TEDH, Georgia c. Rusia (I), párrafo 220, aunque el TEDH sí califique esas expulsiones como una "práctica administrativa"). La CorteIDH, en cambio, sí parece haber dado relevancia al aspecto discriminatorio de las medidas en cuestión, aun sin considerarlo definitorio del carácter colectivo de las mismas. En este sentido, la CorteIDH ha constatado un incumplimiento del deber del Estado de no discriminación (art. 1.1 CADH) en relación con la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros, al considerar que las víctimas habían sido principalmente expulsadas por sus características físicas y su pertenencia a un grupo específico, es decir, por ser haitianos o de origen haitiano (CorteIDH, *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, párrafos 398-404 y 406, además de considerar que existía un patrón sistemático de expulsiones contra este grupo; *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana,* párrafos 237-238). Asimismo, la CorteIDH recuerda que los procedimientos que pueden resultar en la expulsión de un extranjero no deben discriminar en razón de nacionalidad, color, raza, etc.

La modalidad de ejecución de la expulsión tampoco es el criterio fundamental para demostrar que un acto constituye una expulsión colectiva de extranjeros. En este sentido, para el TEDH, el hecho de que varios extranjeros reciban decisiones de expulsión redactadas en términos similares o que sean expulsados o repatriados en grupo o de manera simultánea no es demostrativo de una expulsión colectiva, siempre y cuando cada uno de ellos haya tenido la posibilidad efectiva de exponer individualmente sus razones para oponerse a la expulsión (TEDH, *Sultani c. Francia,* de 20 de septiembre de 2007, párrafos 81-84, sobre la expulsión de un número de afganos en un vuelo colectivo; *Khlaifia y otros c. Italia,* párrafos 248-254, sobre la expulsión de ciudadanos tunecinos). Para la CorteIDH, el hecho de que las expulsiones de haitianos se realizaran de forma grupal y sumaria (llevados a la frontera junto con otras personas en un bus) tampoco fue constitutivo *per se* del carácter colectivo de la expulsión, aunque vino a reforzar la convicción de que la medida no se sustentaba en el previo examen de la situación individual de cada haitiano (CorteIDH, *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, párrafo 384).

Por último, cabe señalar que aunque la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros parece estar configurada como una prohibición absoluta sin excepciones o restricciones previstas (a diferencia de otros derechos como la libertad de circulación), el TEDH ha estimado en varias ocasiones que no se había producido violación de dicha prohibición cuando la ausencia de una decisión de expulsión individualizada era consecuencia de la propia conducta de las personas afectadas. Por ejemplo, si los extranjeros presentaron una demanda de asilo conjunta y recibieron una única decisión sobre dicha demanda (TEDH, *Berisha y Haljiti c. República ex yugoslava de Macedonia,* decisión de 16 de junio de 2005). O cuando las personas expulsadas se negaron a mostrar sus documentos de identidad a las autoridades policiales, impidiendo a estas dictar órdenes de expulsión individualizadas (TEDH, *Dritsas c. Italia,* decisión de 1 de febrero de 2011).

Sobre la base de los criterios jurisprudenciales mencionados para determinar la existencia de una "expulsión colectiva de extranjeros", el TEDH ha declarado la violación del artículo 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH en seis casos, lo que demuestra el carácter todavía limitado de la jurisprudencia europea en la materia (TEDH, Čonka *c. Bélgica, Hirsi Jamaa y otros c. Italia, Georgia c. Rusia (I), Sharifi y otros c. Italia y Grecia, Shioshvili y otros c. Rusia,* de 20 de diciembre de 2016, *Berzenishvili y otros c. Rusia,* de 20 de diciembre de 2016). Por su parte, la CorteIDH ha declarado la vulneración del artículo 22.9 CADH en solo dos casos, y además contra el mismo Estado (CorteIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana; Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*).

5. LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS COMO GARANTÍA PROCESAL O INSTRUMENTAL PARA ACCEDER AL ASILO

La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros opera al fin y al cabo como una garantía procesal que requiere una identificación previa del extranjero que va a ser expulsado y la posibilidad efectiva para este de exponer de forma individualizada las razones por las que se opone a la medida de expulsión. Uno de los motivos por los que el extranjero puede impugnar la medida de expulsión es la pretensión de solicitar asilo o u otro tipo de protección internacional en caso de persecución en su país de ori-

gen. Por este motivo, el artículo 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH acaba convirtiéndose en una garantía instrumental que debe permitir acceder a los procedimientos de asilo existentes a todos los solicitantes de asilo potenciales que se encuentren en la jurisdicción del Estado. Como consecuencia, la garantía procesal que representa la prohibición de toda expulsión colectiva de extranjeros viene a complementar el principio de *non-refoulement* y la protección que ofrece el artículo 3 CEDH (prohibición de torturas y de tratos inhumanos y degradantes), así como la garantía procesal genérica contenida en el artículo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo). Como ejemplo de esta complementariedad, la sentencia *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* pone en evidencia que sin un procedimiento de identificación y un examen individualizado de las circunstancias personales de cada extranjero, con un mínimo de garantías previstas (por ejemplo, un intérprete y una asesor legal), es imposible para aquellos extranjeros que son interceptados por las autoridades de un Estado antes de alcanzar sus fronteras poder presentar una solicitud de asilo o de protección internacional. En esta sentencia, el TEDH concluyó que la devolución de los demandantes a Libia desde alta mar por parte de las autoridades italianas no solo había vulnerado la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros, sino también la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH), por haberles expuesto al riesgo de ser sometidos a malos tratos en Libia y de ser arbitrariamente repatriados a sus países de origen (Somalia y Eritrea) (TEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia,* párrafos 113-138, 146-158). Al mismo tiempo, el TEDH consideró que se había vulnerado el derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH), por la ausencia de vía de recurso que permitiera a los expulsados presentar sus quejas ante una autoridad competente y obtener una evaluación rigurosa de las mismas antes de que la medida de expulsión fuera ejecutada (párrafo 205). Hay que recordar al respecto que el artículo 6 CEDH, derecho a un proceso equitativo que incluye todas las garantías asociadas al debido proceso, no se aplica a procedimientos migratorios o de expulsión según jurisprudencia consolidada del TEDH (TEDH, *Maaouia c. Francia,* de 5 de octubre de 2000).

En el sistema interamericano, si bien es cierto que los casos planteados ante la CorteIDH sobre expulsiones colectivas no estaban relacionados con procedimientos de asilo, la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros parece integrarse en un conjunto más amplio de garantías ligadas al debido proceso aplicables a cualquier procedimiento migratorio que pueda resultar en la expulsión de un extranjero. En este sentido, el derecho al debido proceso o a las garantías judiciales, consagrado en el artículo 8 CADH, se aplica a cualquier proceso migratorio (a diferencia del artículo 6 CEDH del sistema europeo), independientemente del estatus migratorio de la persona. Dicho derecho conlleva la observancia de una serie de garantías mínimas: a) ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra y la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin; y c) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada (CorteIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana,* párrafo 175; *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana,* párrafo 356). De este modo, la prohibición de la expulsión colectiva de

extranjeros del artículo 22.9 CADH es una garantía procesal adicional que viene a completar la amplia gama de garantías procesales reconocidas a través del artículo 8 CADH para cualquier procedimiento migratorio.

6. RETOS ACTUALES

La crisis económica y los distintos cambios políticos y conflictos armados en ciertas regiones de África y del Medio Oriente, han provocado nuevos desafíos para los países europeos en relación con el control de la inmigración. Si en principio los Estados tienen la potestad de controlar el ingreso y la permanencia en su territorio de los extranjeros (TEDH, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido*, 28 de mayo de 1985, párrafo 67), el TEDH ha precisado que los problemas relativos a la gestión de flujos migratorios no pueden servir para justificar la utilización de prácticas incompatibles con las obligaciones de los Estados impuestas por el CEDH (TEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia,* párrafo 179). La crisis migratoria en el Mediterráneo ya ha tenido un impacto cuantitativo y cualitativo considerable en el contencioso ante el TEDH (sobre todo en lo que se refiere al número de solicitudes de medidas cautelares y de violaciones del artículo 3 CEDH por expulsiones y por las condiciones de recepción de los migrantes y demandantes de asilo), incluido en lo que se refiere a la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros (TEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia, Khlaifia y otros c. Italia*), aunque la jurisprudencia sobre este artículo sea todavía reducida. Dicha crisis migratoria y los retos que plantea para el control de las fronteras exteriores de los Estados europeos se ven reflejados en algunos de los casos que se encuentran pendientes ante el TEDH, y que se refieren a posibles expulsiones colectivas de extranjeros desde puestos fronterizos terrestres o espacios marinos (casos contra España, Italia, Macedonia del Norte, Croacia y Hungría).

En este sentido, cabe destacar por encima de todos, el asunto *N.D. y N.T. c. España,* que fue objeto de una audiencia pública ante la Gran Sala del TEDH el 26 de septiembre de 2018. Este caso fue planteado por dos ciudadanos de Mali y de Costa de Marfil que intentaron entrar en España el 13 de agosto de 2014 cruzando las vallas fronterizas de Melilla (enclave español en el norte de África), pero fueron inmediatamente devueltos junto con más de 70 personas de origen subsahariano a Marruecos sin haber sido previamente identificados ni haber tenido la posibilidad de exponer sus circunstancias individuales ante las autoridades españolas. La importancia de este caso queda demostrada por la intervención ante el TEDH como terceros de la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa, el ACNUR y los gobiernos de Bélgica, Francia e Italia. El principal tema que se plantea en cuanto a la interpretación del artículo 4 del Protocolo núm. 4 es si la noción de "expulsión" cubierta por el mismo debe abarcar medidas de no admisión o rechazo en frontera de migrantes que intentan entrar ilegalmente en el territorio de un Estado por puestos fronterizos no autorizados. El Gobierno español se opone a esta interpretación amplia de "expulsión" y argumenta que los demandantes no fueron expulsados sino que fueron rechazados antes de entrar en territorio español. El TEDH deberá establecer si mantiene para el futuro una definición amplia de "expulsión", en la línea de lo que ya sostuvo en el caso *Hirsi Jamaa* para las interceptaciones en alta mar y en concordancia con el principio general de *non-refoulement* que cubre cualquier medida de devolución o no admisión, o si excluye de la misma la no admisión de

extranjeros en puestos fronterizos no autorizados. Si el TEDH acabase adoptando esta última posición, no solo podría crearse una incoherencia con el ámbito de aplicación del artículo 3 CEDH y el principio de no devolución, sino que se reducirían las garantías procesales disponibles para los solicitantes de asilo o de protección internacional que intenten acceder a Estados europeos por sus fronteras terrestres.

En el ámbito interamericano, la crisis migratoria actual en Centroamérica y la construcción de un muro en la frontera entre México y Estados Unidos pueden plantear problemas parecidos a los que se están planteando en Europa en lo que se refiere al acceso a procedimientos de asilo, no devolución y prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros. Aunque Estados Unidos no ha ratificado la CADH y no está obligado por el art. 22.9 de la misma, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (cuyo artículo XXVII reconoce el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero) sí puede servir de base legal para peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de asilo y no devolución contra Estados Unidos. En cuanto al resto de Estados del continente americano vinculados por la CADH, la exigente jurisprudencia de la CorteIDH deberá continuar siendo marco de referencia para cualquier política migratoria y de control de fronteras que pretenda limitar el acceso a procedimientos legales de asilo u otros para migrantes que tratan de alcanzar sus territorios o transitar por ellos.

7. CONCLUSIONES

El análisis comparado de las jurisprudencias del TEDH y la CorteIDH en materia de prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros muestra la existencia de estándares comunes a ambos lados del Atlántico, resultado de la influencia que ha ejercido siempre la jurisprudencia europea en su homóloga americana. Las coincidencias se refieren a la noción amplia de "expulsión" y a los elementos que caracterizan una "expulsión colectiva", que a diferencia del sistema africano no están necesariamente relacionados con el hecho de que los extranjeros afectados presenten rasgos comunes o pertenezcan a un mismo grupo étnico, racial o nacional. El elemento clave que caracteriza una expulsión colectiva es la falta de examen previo de las circunstancias individuales de cada extranjero, lo que exige como mínimo de las autoridades estatales una identificación de cada individuo y el ofrecimiento de la posibilidad real y efectiva de presentar alegaciones individuales contra la expulsión.

Desde este punto de partida común, ambas cortes han desarrollado una jurisprudencia con matices ligados al tipo de litigio que han tenido que resolver. Así, en el sistema europeo se ha hecho más hincapié en la naturaleza procesal e instrumental de la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros para los solicitantes de asilo o de protección internacional, lo que ha acabado beneficiando al conjunto de migrantes en general. En cambio, en el sistema interamericano se ha focalizado más la atención en el carácter discriminatorio de las expulsiones colectivas, en la medida en que afectaban a un grupo determinado de personas, los migrantes haitianos y personas de ascendencia haitiana, sin relación alguna con procedimientos de asilo. Asimismo, la CorteIDH parece haber desarrollado un catálogo más amplio de garantías ligadas al debido proceso aplicables a cualquier proceso migratorio, entre las cuales se enmarca

la prohibición de las expulsiones colectivas y la consiguiente obligatoriedad de un examen o procedimiento individualizado.

Más allá de estas coincidencias y pequeñas diferencias en la definición de los estándares, ambos sistemas regionales de protección de los derechos humanos se enfrentan en la actualidad a retos similares, entre los que destacan las crisis migratorias que afectan a ambos continentes y las políticas de control de fronteras y de flujos migratorios que algunos Estados han adoptado recientemente como respuesta. Ante estos desafíos, es necesario reafirmar la plena vigencia de la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros como norma fundamental de protección de los derechos humanos a ambos lados del Atlántico.

La obligatoriedad de la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena en el derecho internacional

The term refugee from the Declaration of Cartagena in international law.

Juan Ignacio Mondelli[1]

RESUMEN

El artículo busca explicar los alcances de la definición de "refugiado" prevista en la Declaración de Cartagena, su impacto en el derecho internacional y las distintas perspectivas de los países Latinoamericanos en torno a ello.

ABSTRACT

The article seeks to explain the scope of the definition of "refugee" provided in the Cartagena Declaration, its impact on international law and the different perspectives of Latin American countries around it.

PALABRAS CLAVE

Refugiado, Derecho Consuetudinario, Corte IDH

KEY WORDS

Refugee, Common Law, Inter - American Court of Human Rigths

1 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) Oficina para las Américas. Las opiniones expresadas en este documento son del autor y no reflejan necesariamente las del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) o las de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Las posiciones oficiales y documentos y directrices del ACNUR pueden consultarse en www.acnur.org

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) la protección internacional es aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos fueron vulnerados o están amenazados en su país de origen, donde la protección no es accesible, no está disponible o no es efectiva (*Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14*, 2014, para. 37).

En gran medida, el alcance de la protección internacional depende de la definición de refugiado aplicable (legalmente exigible) en el país donde la persona busca asilo. La mayor o menor extensión de la definición, hará que un número mayor o menor de personas logren encontrar protección internacional.

La Convención sobre el Estatuto del Refugiado (1951) y el Protocolo sobre el Estatuto del Refugiado (1967) establecen que una persona refugiada es aquella que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, siendo apátrida y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país de anterior residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

En la actualidad, con la sola excepción de Cuba -que no es Estado Parte en ninguno de estos tratados-, todos los países latinoamericanos están obligados a utilizar esta definición de refugiado. Con la excepción de Venezuela, que sólo es Estado Parte en el Protocolo de 1967, todos los países son Estados Partes en la Convención de 1951 y su Protocolo y también han incorporado dicha definición en sus legislaciones internas.

Ahora bien, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984)[2] recomendó la adopción de un concepto regional de refugiado que, además de contener los elementos de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, considerara también como refugiadas a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. La Declaración no es un tratado internacional, y como tal, no es jurídicamente vinculante para los Estados. Sin embargo, este artículo

2 La Declaración de Cartagena fue adoptada por el "Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá", celebrado en Cartagena de Indias, Colombia, el 22 de noviembre de 1984.

busca demostrar como, en el estado actual del derecho internacional, la definición regional de refugiado se ha convertido en una norma de derecho internacional consuetudinario particular (costumbre regional) y, por tanto, es obligatoria para los países latinoamericanos -salvo Cuba-.

Asimismo, el artículo muestra como, la exigibilidad de la definición regional puede derivarse de la obligación de los Estados de realizar un control de convencionalidad sobre sus leyes y prácticas de asilo, para hacer efectivos los lineamientos de la Corte IDH (OC-21/14 y OC-25/18) que indican que el derecho a buscar y recibir asilo debe entenderse también como referido a la Declaración de Cartagena.

Reconocer la existencia de esta costumbre regional tiene importantes consecuencias prácticas. Los Estados que no incorporaron la definición regional en sus legislaciones internas deberían, no obstante, aplicarla. Además, los países que incorporaron la definición de un modo incompleto (ej. suprimiendo alguna de las situaciones humanitarias referidas en la definición), estarían obligados a evaluar las necesidades de protección de las personas que huyen de tales situaciones. Finalmente, mientras la norma consuetudinaria exista, los Estados no podrían simplemente eliminarla de sus legislaciones con miras a dejar de aplicarla. En definitiva, si se reconoce la existencia de una costumbre regional, la persona que busca protección como refugiada podría ampliar sus perspectivas de obtener asilo. Metodológicamente, el artículo primero revisa la forma en que los tribunales internacionales identifican las normas consuetudinarias. Luego repasa la evidencia que prueba la existencia de la costumbre, y aborda en especial el caso de los países que no incorporaron la definición. Finalmente, revisa los lineamientos de la Corte IDH relativos a la obligatoriedad de la definición regional.

2. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

El derecho internacional consuetudinario incluye normas que se consideran *principios de derecho*, cuando tienen un carácter más general, fundamental o evidente (ej. principio de no discriminación). Otras veces, la existencia de una norma consuetudinaria no es tan evidente, y es necesario seguir la *regla técnica* (método) que utilizan los Estados y los tribunales internacionales para probar su existencia (Barberis, 1994, pp. 78–79). El Art. 38.1.b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ("CIJ") dispone que la Corte debe resolver conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas y aplicar "*la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho".*

La CIJ ha dicho que para verificar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario es necesario cerciorarse de que existe una práctica general de los Estados que es aceptada como derecho (*opinio iuris*)[3]. La Comisión de Derecho Internacional ("CDI") reitera este enfoque en la Conclusión N° 2 del Proyecto de Conclusiones sobre la Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario (ONU, 2016, para. 83). En

3 North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark). Judgment (International Court of Justice 20 de febrero de 1969); Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta). Judgment (International Court of Justice 6 de marzo de 1985); Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits., I.C.J. Reports 1986, p. 14; Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening). (International Court of Justice 2 de marzo de 2012).

general, se acepta que una norma de derecho internacional consuetudinario incluye los dos elementos: 1) la práctica común y reiterada (elemento material) y; 2) la *opinio iuris* (elemento psicológico), que es la aceptación de esa práctica como derecho (Moncayo et al., 1987, pp. 82–83). Ninguno de estos elementos forma parte de un procedimiento jurídicamente establecido para crear normas consuetudinarias, sino que se trata de una técnica que los tribunales utilizan para reconocer la existencia de determinada norma (Barberis, 1994, p. 83).

La concurrencia de un solo elemento constitutivo no es suficiente para concluir la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. Así, la práctica sin aceptación como derecho (*opinio iuris*), aunque sea generalizada y constante, solo puede tener un uso no vinculante. A la inversa, la opinión acerca de que algo es (o debe ser) derecho, si no cuenta con respaldo en la práctica, es una mera aspiración. Deben darse ambas condiciones a la vez para establecer la existencia de una norma consuetudinaria (ONU, 2016, para. 91), siendo necesario examinar lo que los Estados hacen en realidad y establecer si reconocen una obligación o un derecho de actuar de un modo determinado (ONU, 2016, para. 90).

2.1. DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO GENERAL

2.1.1. Práctica general

Es principalmente la *práctica de los Estados* la que contribuye a la formación o expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario[4]. Sin embargo, en algunos casos, la *práctica de las organizaciones internacionales* puede contribuir a la formación o, en su caso, a la expresión de las normas consuetudinarias[5]. La negociación de resoluciones por organizaciones o conferencias internacionales, así como las explicaciones de votos emitidos, son actuaciones que implican a los Estados, al igual que las declaraciones efectuadas por los Estados durante los debates para redactar tales resoluciones. Luego, aunque las resoluciones no sean vinculantes, puede concedérseles cierto valor dependiendo de su contenido, grado de aceptación y de su coherencia con la restante práctica estatal[6].

En el ámbito del derecho internacional consuetudinario humanitario, se han considerado como prácticas relevantes las declaraciones oficiales del CICR referentes al derecho internacional humanitario, por tratarse de una institución que tiene personalidad jurídica internacional[7]. En sentido análogo, en el ámbito del derecho internacional de refugiados, es importante prestar especial atención a las declaraciones oficiales del ACNUR sobre la definición regional y la Declaración de Cartagena, así como a la práctica

4 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits., I.C.J. Reports 1986, p. 14 párrafo 183.

5 ONU, «Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Capítulo V, Identificación del derecho internacional consuetudinario», 83-84; Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Advisory Opinion. (International Court of Justice 28 de mayo de 1951).

6 Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, trad. Margarita Serrano García, Primera, vol. 1 (Normas) (Buenos Aires, Argentina: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007), XL,XLI.

7 Henckaerts y Doswald-Beck, 1 (Normas):XL.

y opinión de los Estados relativa a la misma. La práctica (elemento material) consiste en una reiteración de *actos* que ocurren en el plano normativo (ej. dictado de una ley o decreto sobre protección de refugiados, emisión de un acto administrativo que reconoce la condición de refugiado a una persona) o de *hechos* (ej. tratamiento como refugiadas a un grupo de personas)[8]. La práctica es "lo que ven los ojos, es la conducta que se da en el mundo de los hechos"[9].

De acuerdo con la Conclusión N° 6 del Proyecto de Conclusiones de la CDI, la práctica puede revestir una gran variedad de formas. Comprende tanto actos materiales como verbales. A veces, la acción puede consistir exclusivamente en declaraciones[10].

La práctica estatal consiste en el comportamiento de cualquier órgano estatal, ya sea que ejerza funciones ejecutiva, legislativa, judicial o de otra índole. Lo importante es que el comportamiento sea atribuible al Estado[11].

Es importante que la práctica debe ser general, es decir, que esté lo suficientemente extendida y sea representativa. Además, debe ser constante, aunque no se requiere que tenga una duración determinada[12]. De acuerdo con el lenguaje utilizado por la CIJ, la práctica debe ser "amplia y virtualmente uniforme", es decir, debe ser una "práctica establecida"[13]. Esto significa que debe ser seguida por un número lo suficientemente amplio y representativo de Estados.

El umbral exigido para probar la existencia de la práctica variará en cada caso, debiendo evaluarse teniendo en cuenta el contexto. No se requiere que la práctica sea universal, en el sentido de que todos los Estados la hayan seguido. Basta que la sigan los Estados que han tenido oportunidad de aplicar la norma. En este sentido, es importante evaluar la conducta de los Estados que están estrechamente implicados en la actividad en cuestión (ej. países con una gran población de solicitantes de asilo), o que tienen mayores probabilidades de verse afectados por la supuesta norma[14]. Que la práctica sea *constante* significa que cuando los actos en cuestión difieren, sin que pueda distinguirse una clara pauta de comportamiento, no puede concluirse que existe una práctica general[15]. La práctica no debe generar demasiadas incertidumbres, contradicciones, fluctuaciones y discrepancias[16].

Con todo, no es necesario que la práctica sea perfecta. De acuerdo con la CIJ, para el establecimiento de una norma consuetudinaria no es necesario que la práctica se ajuste estrictamente a la norma. Es suficiente con que la práctica sea, en general,

8 Barberis, *Formación del derecho internacional*, 84.

9 Julio Barboza, *Derecho internacional público* (Buenos Aires: Zavalía, 2001), 90.

10 ONU, «Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Capítulo V, Identificación del derecho internacional consuetudinario», 100.

11 ONU, 99.

12 ONU, 103-6.

13 North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark). Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3 en 74, 77.

14 North Sea Continental Shelf, p. 3 en 74.

15 Fisheries (United Kingdom v. Norway) (International Court of Justice 18 de diciembre de 1951).

16 Asylum Case (Colombia v. Peru) (International Court of Justice 20 de noviembre de 1950).

coherente con la norma[17]. En otras palabras, no hace falta que la práctica sea totalmente constante, basta con que sea casi o sustancialmente uniforme[18]. El requisito de que la práctica sea ininterrumpida y constante no significa que la costumbre no se configura si se evidencia una conducta contraria a la práctica[19]. Con el tiempo, las inconsistencias pueden desaparecer y las desviaciones menores de la práctica colectiva no serán necesariamente fatales[20].

2.1.2. Aceptada como derecho (opinio iuris)

El requisito de que la práctica general sea aceptada como derecho (*opinio iuris*) significa que debe responder al convencimiento del Estado acerca de la existencia de una obligación jurídica o de un derecho. Debe distinguirse la práctica aceptada como derecho del simple *uso* o *hábito*. Un Estado puede actuar de un modo determinado por motivos no jurídicos. Si un Estado actúa por mera cortesía, conveniencia o interés político, de la práctica en cuestión no se deriva una norma consuetudinaria.

Suele explicarse que la *opinio iuris* configura el elemento constitutivo *subjetivo* del derecho internacional consuetudinario[21]. Esto se traduce en que la práctica debe ir acompañada de la convicción acerca que el derecho internacional permite, exige o prohíbe determinada conducta. En otros términos, la *opinio iuris* exige demostrar que los Estados han actuado porque consideraron que estaban *jurídicamente obligados o tenían derecho* a actuar como lo hicieron con base en una costumbre internacional. Así, por ejemplo, si un Estado reconoce la condición de refugiada de una persona con base en la definición regional, pero lo hace por simple interés político, de ello no se desprende necesariamente una convicción acerca de que la definición regional existe como obligación jurídica[22].

No es necesario demostrar que todos los Estados han aceptado como derecho la alegada norma consuetudinaria, basta con que exista una amplia aceptación y escasa o ninguna oposición[23]. En ciertas situaciones *"[c]uando hay una práctica suficientemente densa, ésta contiene en general una opinio iuris, por lo cual no suele ser necesario demostrar separadamente su existencia. La opinio iuris desempeña, en todo caso, un importante papel en algunas situaciones, en las que la práctica es ambigua, a la hora de decidir si se la tiene o no en cuenta para la formación de la costumbre"*[24].

17 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits., I.C.J. Reports 1986, p. 14 en 184.

18 ONU, «Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Capítulo V, Identificación del derecho internacional consuetudinario», 105.

19 Barberis, *Formación del derecho internacional*, 90.

20 Association, «Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (as Amended at the London Conference)», 23.

21 ONU, «Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Capítulo V, Identificación del derecho internacional consuetudinario», 106.

22 Asylum Case (Colombia v. Peru), I.C.J. Reports 1950, p. 266 en 277, 286.

23 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion, I.C.J Reports 1996, p. 226 (International Court of Justice 1996).

24 Henckaerts y Doswald-Beck, 1 (Normas):XLVI.

Una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental no puede, de por sí, crear una norma de derecho internacional consuetudinario, ni servir como prueba concluyente de su existencia y contenido. Sin embargo, puede contribuir a probar el derecho vigente o emergente[25]. En el ámbito del derecho internacional consuetudinario general, suele prestarse especial atención a las resoluciones de la Asamblea General (ONU), como un órgano plenario de participación cuasi universal, que pueden constituir un medio práctico para examinar las opiniones colectivas de sus miembros.

Análogamente, y dado que este artículo justifica la existencia de una costumbre regional de los países latinoamericanos, es importante prestar especial atención a las resoluciones de la Asamblea General de la OEA. Aunque no sean vinculantes las resoluciones tienen cierto "valor normativo", pues una serie de resoluciones pueden contribuir al surgimiento o a la consolidación de una práctica general que sea aceptada como derecho (*opinio iuris*)[26].

En cuanto a las decisiones de los tribunales internacionales, en particular las de la CIJ, constituyen un medio auxiliar de determinación acerca de su existencia[27]. Por otro lado, de acuerdo con el Art. 38.1.d) del Estatuto de la CIJ, la doctrina de los juristas de mayor competencia pueden ser un medio auxiliar para la determinación de normas de derecho internacional consuetudinario[28].

2.2. Derecho internacional consuetudinario particular

La jurisprudencia de la CIJ reconoce la existencia de normas de un derecho internacional consuetudinario particular[29] que se aplica entre un número limitado de Estados. La norma consuetudinaria particular puede ser regional, local o de otra índole, y a veces se la llama "costumbre regional"[30] y "costumbre bilateral"[31], según el caso. Para determinar la existencia y contenido de la costumbre regional es necesario verificar que existe una práctica general entre los Estados concernidos que es aceptada por ellos como derecho (*opinio iuris*)[32]. Es decir, se utiliza la misma regla técnica aplicable al derecho internacional consuetudinario general, pero con una importante diferencia.

De acuerdo con la CIJ, el Estado que alega una costumbre de este tipo debe demostrar que la costumbre se ha establecido de tal modo que ha pasado a ser vinculante para el otro Estado. El Estado debe probar que la norma invocada se corresponde con un

25 ONU, 117.

26 ONU, 118.

27 ONU, 120.

28 ONU, 122.

29 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits., I.C.J. Reports 1986, p. 14 párrafo 199.

30 Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment (International Court of Justice 13 de julio de 2009).

31 Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America) (International Court of Justice 27 de agosto de 1952); Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) (International Court of Justice 4 de diciembre de 1960).

32 ONU, 127.

uso constante y uniforme practicado por los Estados en cuestión, y que este uso es la expresión de un derecho y una obligación de los Estados concernidos[33].

Así, en el caso del derecho internacional consuetudinario particular, la práctica ha de ser constante *entre los Estados concernidos*, es decir, entre todos los Estados a los que se aplica esa norma. Cada uno de esos Estados debe haber *aceptado* la práctica como derecho aplicable entre ellos. Esto significa que, la regla técnica se aplica con un enfoque más estricto en este ámbito[34].

(Barboza, 2001, p. 99) sostiene que el consentimiento sería la condición necesaria para la existencia de una costumbre regional, en tanto que para (Conforti and Vinuesa, 1995, p. 69) la costumbre general y la particular son, por definición, un fenómeno de grupo "no descomponible" en relación con cada Estado. Así, no sería necesario indagar o probar que *cada* Estado perteneciente al grupo ha contribuido efectivamente a conformar la norma consuetudinaria en cuestión.

Para (Cassese, 2005, p. 164) se desprende del *Caso de Asilo* que, además de la existencias de los elementos objetivo y subjetivo, la norma consuetudinaria regional debe reunir dos requisitos especiales: 1) debe de ser tácitamente aceptada por todos los Estados concernidos, lo que implicaría una suerte de "acuerdo tácito" y; 2) su existencia debe ser demostrada por el Estado que la invoca (carga de la prueba), con la consecuencia de que si el Estado no supera el umbral exigido para probar su existencia su alegación sobre su existencia debe ser rechazada. (Brownlie, 2003, p. 12) también considera que la prueba acerca de la existencia de una costumbre local o regional exige, a quien propone su existencia, demostrar que "la costumbre se ha establecido de tal modo que ha pasado a ser vinculante para el otro Estado". En igual sentido se pronuncian (Moncayo et al., 1987, p. 87).

3. LA DEFINICIÓN REGIONAL DE REFUGIADO COMO COSTUMBRE REGIONAL: MEDIOS DE IDENTIFICACIÓN

A) Legislaciones internas

Tras la adopción de la Declaración de Cartagena (1984), 15 países de la región adoptaron la definición regional en sus derechos internos (Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay). La incorporación normativa está pendiente en sólo 5 países (Costa Rica, Cuba, Panamá, República Dominicana y Venezuela). Trece países han mantenido la definición regional en sus normativas desde que la incorporaron. Tan solo Colombia y Ecuador la retiraron de su derecho interno por un breve período de tiempo, para luego reincorporarla. Ecuador incorporó la definición regional en 1987 y la retiró entre los años 2012 y 2017. A su vez, Colombia la retiró entre los años 2002 y 2009.

En el Coloquio de Cartagena, 10 países propusieron la utilización de la definición regional (Belice, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela). Bolivia (1983) y Ecuador (1987) fueron los primeros países en

33 Asylum Case (Colombia v. Peru), I.C.J. Reports 1950, p. 266.

34 ONU, 128.

incorporar la definición en la década del ochenta. Siguieron Belice (1991), México (1991), Colombia (1995), Brasil (1997) y Argentina (1998) en la década del noventa. Finalmente, Guatemala (2001), El Salvador (2002), Paraguay (2002), Perú (2002), Uruguay (2006), Nicaragua (2008) y Chile (2010) incorporaron la definición durante la pasada década.

Ello muestra que existió una marcada tendencia regional a incorporar la definición en el derecho interno. Además, muestra que, en todos los países -con la sola excepción de Chile-, la definición ha tenido vigencia por más de diez años, existiendo ejemplos de países en las que ha llegado a tenerla por 35 años (ej. Bolivia). Igualmente, debe advertirse que 13 de los países que incorporaron la definición regional lo hicieron mediante leyes formales. Sólo dos países (Colombia y Guatemala) lo hicieron mediante decretos del Poder Ejecutivo.En estos países, la aprobación de leyes y decretos no sólo es evidencia de la práctica estatal, pero también es un fuerte indicador de la *opinio juris* de los países sobre su obligatoriedad.

B) Práctica administrativa: los informes del ACNUR

Dado que diversas Comisiones Nacionales de refugiados (CONAREs) han entendido -equivocadamente- que el principio de confidencialidad de los procedimientos de asilo es un impedimento para hacer públicas sus decisiones administrativas (incluso si se adoptan salvaguardas de protección de la información personal), suele ser difícil recolectar evidencia sobre la práctica administrativa. Por ello, es especialmente importante revisar lo que ha dicho el ACNUR sobre la práctica de los Estados relativa a la aplicación de la definición[35].

Ya en 1987, el ACNUR informó a la Asamblea General (ONU) que muchos Estados de la región aplicaban lo dispuesto en la Declaración de Cartagena y que, en algunos países, sus disposiciones habían sido incorporadas a las legislaciones nacionales[36]. En CIREFCA (1989), la Oficina dijo que varios miles de refugiados, en el sentido de la definición regional, habían sido acogidos por los siete países afectados sobre la base de la tradición latinoamericana de asilo, reafirmada por la Declaración de Cartagena. Para el ACNUR, esta práctica estatal se traducía en la concesión de asilo y el respeto del principio de no devolución[37].

En 1992, ACNUR y PNUD reportaron que la definición regional, como definición adaptada a la realidad centroamericana, había sido aceptada en forma generalizada en Latinoamérica[38]. En 1994, reiteraron que no cabía duda que la definición regional, en la práctica, era aceptada en toda la región[39]. Ese mismo año, el ACNUR informó a la Asamblea General (ONU) que, tras 10 años de su adopción, “la mayoría de los Estados

35 Ver apartado D)10.

36 ACNUR, «Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados», 1987, párr. 50.

37 ONU, «Informe del Secretario General», párr. 43.

38 ACNUR y PNUD, «Ejecución del Plan de Acción Concertado de la Conferencia Internacional Sobre Refugiados y Desplazados Centroamericanos (CIREFCA)», párr. 43-44.

39 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Evaluación de la puesta en práctica de las disposiciones del documento “Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina», párr. 29.

latinoamericanos aplican los principios de la Declaración de Cartagena"[40]. Al siguiente año, reiteró esta afirmación incluyendo una referencia a la recientemente adoptada Declaración de San José[41]. Nuevamente, en 1997 el ACNUR reportó que la mayoría de los países de América Latina aplicaban la definición regional[42], reiterándolo al año siguiente[43].

En cuanto a la *opinio iuris* , tras la adopción de la Declaración de Cartagena, el ACNUR sostuvo que indudablemente sus conclusiones, incluida la relativa a la ampliación de la definición de refugiado[44], contribuirían al desarrollo progresivo del derecho internacional de refugiados en Latinoamérica (1985)[45].

Al conmemorase el 10° aniversario de la Declaración de Cartagena (1994), el ACNUR dijo que aunque la Declaración no es un instrumento jurídicamente obligatorio, contribuyó al desarrollo y la aceptación de normas consuetudinarias regionales para la protección de los refugiados que huyen de conflictos en América Latina[46]. En el documento de "Evaluación" de CIREFCA (1994), el ACNUR sostuvo que si bien la Declaración de Cartagena no es una Convención y, por lo tanto, "no tiene fuerza vinculante en Latinoamérica", "el proceso que se ha vivido en la región demuestra que no siempre se necesita la formalidad y la solemnidad de los tratados, para poder poner en práctica un *marco jurídico* efectivo que las partes se comprometan a observar [cursiva agregada]"[47].

Aunque en varios documentos el ACNUR resalta el carácter no vinculante de la Declaración como tal, la Oficina aún no se ha pronunciado sobre la obligatoriedad de definición regional como norma consuetudinaria regional. Por el contrario, ha sostenido que la definición regional ha alcanzado una "posición particular" en la región, sobre todo a través de su incorporación en las leyes nacionales (15 países) y su aplicación en la práctica, así como por el hecho que su autoridad fue reafirmada por la Corte IDH (OC-21/14), la Declaración de San José (1994), la Declaración y Plan de Acción de México (2004), la Declaración de Brasilia (2010) y la Declaración y Plan de Acción de Brasil (2014)[48].

C) Jurisprudencia

Por lo que respecta a la jurisprudencia, en al menos cuatro países (Costa Rica, Colombia, Ecuador y México), distintos tribunales superiores de justicia discutieron la aplicación

40 ACNUR, «Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados», 1995, párr. 12.

41 ACNUR, «Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados», 1996, párr. 12.

42 ACNUR, «Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados», 1998, párr. 110.

43 ACNUR, párr. 117.

44 ACNUR, «Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados», 13 de septiembre de 1985, párr. 92 y 100.

45 UNHCR, «Note on International Protection», párr. 51.

46 ACNUR, «Nota sobre protección internacional», 7 de septiembre de 1994, párr. 36 y 42.

47 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), párr. 30.

48 ACNUR, «Directrices sobre Protección Internacional N° 12: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado», párr. 61 y 63.

de la definición regional y recurrieron a la Declaración de Cartagena para justificar sus decisiones.

En el caso de Colombia, por ejemplo, la Corte Constitucional calificó a la Declaración de Cartagena y a la Declaración de San José como instrumentos internacionales de los que emanan ciertos deberes estatales y derechos individuales. Con base en tales instrumentos, la Corte sostuvo que existe un deber estatal de atención prioritaria a los desplazados internos para prevenir que lleguen a convertirse en refugiados[49]. Adicionalmente, la Corte dijo que las Declaraciones integran la nómina de "instrumentos internacionales más relevantes"[50], reiterando esta jurisprudencia fue reiterada en posteriores casos[51].Por lo que se refiere propiamente a la definición regional, la Corte Constitucional recurrió a la Declaración de Cartagena para explicar la evolución y ampliación de la definición de refugiado[52]. En otro caso, recordó los principios de protección que aquella contiene, en adición a la definición regional[53].

En el caso de Ecuador, en 2014 la Corte Constitucional sostuvo que la definición de clásica de refugiado era constitucional sólo si se integraba con la definición regional. La Corte sostuvo que, en materia de protección de refugiados resulta fundamental la Declaración de Cartagena que, a pesar de ser un instrumento no vinculante (por tratarse de una Declaración), contiene innovaciones tales como la ampliación de la definición de refugiado. Recordó, asimismo, que los Arts. 11.3 y 426 de la Constitución establecen la aplicación directa de los derechos y garantías establecidos en "instrumentos internacionales de derechos humanos", siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución. De esta forma, concluyó que la definición clásica debía integrarse obligatoriamente con la definición[54].

En México existe una nutrida jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que resolvió en forma plenaria ciertos casos en los que la resolución

49 Colombia, Sentencia T-1161/03. Alberto Ospino Quintero c. Red de Solidaridad Social.

50 Colombia, Sentencia C-715/12. Gustavo Gallón Giraldo y otros.

51 Colombia, Sentencia SU254/13. Acción de tutela instaurada por Carlos Alberto González Garizabalo y otros en contra de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional.; Colombia, Sentencia T-595/13. Acción de tutela instaurada por "Matilde" c. Juzgado Único de Menores de Cartagena.; Colombia, Sentencia T-1161/03. Alberto Ospino Quintero c. Red de Solidaridad Social párrafo 6.2.2; Colombia, Sentencia C-166/17. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 82 (parcial) de la Ley 1448 de 2011 "por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones". Leydi Jhoana Dávila Cano. párrafo 9.

52 Colombia, Sentencia T-309/16. Acción de tutela interpuesta por Juan Gabriel Gómez Albarello contra el Instituto Colombiano de Crédito y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex) y el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias). párrafo 6.2; Colombia, Sentencia T-459/16. Acción de tutela interpuesta por Juan Carlos Nocua Flórez contra el Departamento para la Prosperidad Social, la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, el Sena y las cajas de compensación familiar – Comfanorte y Comfaoriente-. párrafo 5.6; Colombia, Sentencia T-328/17. Acción de tutela interpuesta por Leonel José López contra el Ministerio de Defensa Nacional y otros párrafo 4.2.1.

53 Colombia, Acción de tutela interpuesta por Franklin José Chinchilla Rodríguez y Carla Lorena Rivas Gotopo contra el Ministerio de Relaciones Exteriores.

54 Ecuador, Sentencia 002-14-SIN-CC en 49-52.

impugnada no había aplicado la definición regional[55]. La Sala en Pleno sostuvo que era evidente que la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria tuvo en cuenta los aspectos más relevantes de la Declaración de Cartagena[56]. También dijo, citando la exposición de motivos de la ley, que: 1) la definición ampliada de refugiado se basa en la Declaración de Cartagena; 2) que este instrumento pretendía impulsar disposiciones basadas en las "mejores prácticas internacionales" y que; 3) al establecer una "definición de refugiado integral y completa" se buscaba conciliar los conceptos "derivados de los compromisos internacionales de los Estados Unidos Mexicanos"[57].

Por lo que respecta a Costa Rica, existe una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema que indica que esta definición es de aplicación obligatoria. Diversas Salas de la Corte ha sostenido que las autoridades responsables de determinar la condición de refugiado deben evaluar su aplicación en las solicitudes que se les presentan.

La Sala Constitucional de la Corte (Sala 4) ha dicho que: 1) la Declaración es *reconocida y reafirmada por la Declaración de San José* y recoge la mejor *tradición latinoamericana* sobre protección de refugiados; 2) la definición de refugiado de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, es ampliada por la *práctica internacional* reconocida por la Declaración; 3) las *reglas* del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados exigen evaluar su aplicación.

A fines de 2003, la Sala Constitucional ordenó suspender la ejecución de una deportación para permitir que una familia pudiera presentar su solicitud de asilo. Sostuvo que las personas podrían encuadrar dentro de la definición internacional de refugiado, "ampliada por la práctica internacional, tal como se ha reconocido en la Declaración de Cartagena"[58].

En 2005, la Corte sostuvo que el principio de no devolución beneficia tanto a los refugiados en el sentido de la Convención de 1951 como a "las personas cubiertas por la definición regional de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena"[59].

Ese mismo año, dijo también que la Declaración de Cartagena, "reconocida y reafirmada" en la Declaración de San José, recoge la mejor tradición latinoamericana en materia de protección de refugiados y extiende la definición de refugiado. La Corte hizo lugar a un recurso de *habeas corpus*, indicando expresamente que lo hacía "en aplicación de" la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 y la Declaración de Cartagena[60].

55 México, *** c. Coordinador General de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados de la Secretaría de Gobernación. en 6.

56 México, en 53.

57 México, en 49-52.

58 Costa Rica, Sentencia 13067, No. Expediente 03-011363-0007-CO (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional 11 de julio de 2003).

59 Costa Rica, Sentencia 04679, No. Expediente: 05-001673-0007-CO (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional 29 de abril de 2005).

60 Costa Rica, Sentencia 13212, No. Expediente: 05-011872-0007-CO (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional 28 de septiembre de 2005).

En 2014, la Sala Constitucional se refiere a la definición de refugiado como aquella brindada por la Convención de 1951 y la Declaración de Cartagena[61].

La Sala I de la Corte Suprema también se expidió sobre la aplicabilidad de la definición regional. En 2010, sostuvo que cuando resuelve una solicitud de asilo, la Administración debe proceder con suma cautela y analizar los elementos del caso para cumplir con el fin que persigue la Convención de 1951, la Declaración de Cartagena y la Declaración de San José[62]. En 2012, la Sala I rechazó un recurso porque la persona no precisó concretamente en qué forma resultaba aplicable la definición regional a su solicitud[63].

D) Asamblea General (OEA)

A través de las resoluciones de la Asamblea General (OEA), los países latinoamericanos también han evidenciado la existencia de una práctica estatal de brindar protección a los refugiados con base en la Declaración de Cartagena, así como su visión sobre la vigencia, importancia y aún la validez jurídica de la definición regional (*opinio iuris*).

Entre los años 1985 y 2015, la Asamblea General celebró 31 sesiones ordinarias, adoptando 28 resoluciones sobre refugiados. En 2005, 2013 y 2015 no se aprobaron resoluciones sobre este tema, en tanto que las resoluciones sobre derechos humanos aprobados en 2016, 2017 y 2019 incluyeron breve apartados sobre la protección de los refugiados. Veinticuatro de las treinta resoluciones aprobadas se refirieron expresamente a la Declaración de Cartagena.

Por más de 30 años, la Asamblea General ha venido destacando la *importancia* de la Declaración de Cartagena y poniendo de relieve las manifestaciones de *apoyo de los Estados* a sus principios. La Asamblea ha calificado a la Declaración como una *guía* que orienta la protección de los refugiados en la región, y también sostenido que contiene un verdadero *marco jurídico*.

De igual modo, las resoluciones de la Asamblea han reconocido que, con base en la Declaración, muchos refugiados recibieron protección y asistencia en la región, y que *sus principios han sido aplicados* con resultados positivos en América Latina, especialmente en el contexto de CIREFCA.

Por otro lado, la Asamblea ha recomendado la adopción de normativa interna que tenga en consideración la práctica estatal y *doctrina regional* sobre protección de refugiados. También ha brindado su apoyo a las Declaraciones y Planes de Acción resultantes de los procesos conmemorativos de la Declaración de Cartagena. Así, por ejemplo, la resolución sobre derechos humanos (2016) resaltó la importancia de la Declaración y del Plan de Acción de Brasil, y reafirmó el compromiso de los Estados Partes en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 de "implementar plena y efectivamente

61 Costa Rica, Sentencia 04316, No. Expediente: 140026680007CO (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional 28 de marzo de 2014).

62 Costa Rica, Sentencia 00684, No. Expediente 09-001196-1027-CA (Corte Suprema de Justicia, Sala I 6 de septiembre de 2010).

63 Costa Rica, Sentencia 00349, No. Expediente: 09-002387-1027-CA (Corte Suprema de Justicia, Sala I 14 de marzo de 2012).

las *obligaciones* contenidas en ellos, *así como de la Declaración de Cartagena* [cursiva agregada]".

E) Grulac

Las posiciones del Grupo de Países de América Latina y el Caribe (GRULAC) tienen un peso importante en lo referido a la prueba de la costumbre regional, dado que tiene una amplia representatividad y, frecuentemente, sus posiciones son presentadas el Comité Ejecutivo del ACNUR (ExCom).

En sintonía con el contenido de las resoluciones de la Asamblea General (OEA), el GRULAC también ha evidenciado la práctica de los países latinoamericanos de brindar protección con base en la Declaración de Cartagena, y ha sido muy enfático al indicar que la Declaración refleja la visión de estos países (*opinio iuris*).

Habiendo transcurrido sólo 7 años de adoptada la Declaración de Cartagena, el GRULAC presentó al ExCom un documento explicativo de este instrumento. Allí, dijo que, en la práctica, diversos países latinoamericanos observaban los principios de la Declaración y otorgaban el estatuto de refugiado a personas que no calificaban como tales bajo la Convención de 1951. Recordó que la definición regional ampliaba la definición internacional de refugiado y, en definitiva, sostuvo que "[l]as *posiciones y perspectivas de América Latina* en relación con la determinación del estatuto de refugiado *se encuentran en la Declaración* [cursiva agregada]"[64].

La posición del GRULAC sobre la definición regional se ha mantenido invariable por más de 25 años. En 2018, cuando Brasil, en representación del GRULAC, informó al Comité Permanente del ExCom sobre la adopción de "Los 100 Puntos de Brasil", destacó como buena práctica la incorporación de la definición regional en la normativa interna de los países.

F) Cirefca

Diecinueve países latinoamericanos participaron de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA) (1989): Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Allí, los países adoptaron una "Declaración y Plan de Acción Concertado en Favor de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos"[65].

En esta Declaración, los países notaron: 1) la contribución que la Declaración de Cartagena suponía para los países de la región, en tanto les servía de guía y orientación y; 2) la importancia que estos países asignaban al documento sobre "Principios y Criterios" elaborado por el Grupo de Expertos de CIREFCA.

64 GRULAC, «Persons covered by the OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa and by the Cartagena Declaration on Refugees (Submitted by the African Group and the Latin American Group)», párr. 28.

65 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Declaración y Plan de Acción Concertado en Favor de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos».

El documento "Principios y Criterios" resaltó dos aspectos muy importantes. De un lado, dijo que, si bien la Declaración de Cartagena "no constituye un instrumento legal obligatorio para los Estados tiene, no obstante, una importancia fundamental, puesto que refleja *un consenso sobre determinados principios y criterios y ha servido de guía a los Estados* en el tratamiento de los refugiados durante los últimos cinco años [cursiva agregada]". Del otro lado, el documento afirmó que la Declaración de Cartagena tenía "por vocación consolidar la *costumbre regiona*l en el tratamiento de los refugiados [cursiva agregada]" [66].

Pocos años más tarde, en CIREFCA (1994), los países participantes adoptaron una Declaración de Compromisos[67] en la que reiteraron la importancia y validez de los principios recogidos en la Declaración de Cartagena y el documento "Principios y Criterios". En esta oportunidad, el ACNUR y el PNUD indicaron que no cabía duda que la definición regional, en la práctica, era aceptada en toda la región[68].

G) Eventos conmemorativos

Durante el Coloquio de Cartagena, los países participantes no pretendieron adoptar un instrumento jurídicamente vinculante[69]. Sin embargo, las posiciones de los Estados y documentos que emanaron de los eventos conmemorativos que le siguieron en San José (1994), México (2004) y Brasilia (2014), son también evidencia de la práctica y *opinio iuris* de los Estados.

En la Declaración de San José[70], por ejemplo, los países resaltaron la "influencia" que ejercía la Declaración de Cartagena aún fuera del ámbito centroamericano, así como "la incorporación de algunas de sus disposiciones en normas legales y prácticas administrativas de países latinoamericanos". También reconocieron la *trascendencia* de la Declaración de Cartagena y la *conveniencia* de recurrir a ella (conclusión 1).

Además, la Declaración de San José reiteró "el *valor de la definición de refugiado* contenida en la Declaración de Cartagena, que (…) ha probado ser un instrumento humanitario eficaz para a*poyar la práctica de los Estados* de extender la protección internacional a personas necesitadas de ella, más allá del ámbito de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 [cursiva agregada]" (conclusión 2)[71].

66 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados Centroamericanos en América Latina».

67 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Declaración de compromisos en favor de las poblaciones afectadas tanto por el desarraigo como por los conflictos y la extrema pobreza, en el marco de la consolidación de la paz en Centroamérica».

68 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Evaluación de la puesta en práctica de las disposiciones del documento "Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina», párr. 29.

69 Gros Espiell, «La Declaración de Cartagena como fuente del Derecho Internacional de los Refugiados en América Latina».

70 Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas.

71 Ibid.

Es igualmente significativa la referencia que hace la *Declaración de México* a la contribución de América Latina al desarrollo progresivo del derecho internacional de refugiados, a la actualidad de la Declaración de Cartagena y a su importancia.

En esta línea, el *Plan de Acción de México* advirtió que, dado que la definición regional había sido incluida en la legislación de muchos países, era importante precisar los criterios para su interpretación y sistematizar la práctica estatal y la doctrina. Así, previó la elaboración de un "Manual de Procedimientos y Criterios para la Aplicación de la Definición de Refugiado de la Declaración de Cartagena"[72]. La necesidad de elaborar un Manual sobre la definición evidencia no sólo la aplicación continuada de la definición regional, sino también la importancia que los países le asignaban en el marco de los procedimientos de determinación de la condición de refugiado.

Finalmente, la *Declaración de Brasil* volvió a resaltar que la definición regional había sido incorporada en las legislaciones internas de la mayoría de los países de América Latina, y reconoció que se requería su aplicación para responder a las necesidades de protección internacional causadas por el crimen organizado transnacional[73]. A su turno, el *Plan de Acción de Brasil* propuso, como parte del Programa "Asilo de Calidad", continuar avanzando en la aplicación de la definición regional y su incorporación en la normativa interna de los países de la región[74].

H) Comité Ejecutivo del ACNUR (ExCom)

En el marco del ExCom, los Estados Miembros también han subrayado el valor de la Declaración de Cartagena y de la Declaración de San José en varias oportunidades, y resaltado como positivo la realización de los eventos conmemorativos[75].

En 2005, el ExCom hizo hincapié en el valor de la Declaración de Cartagena en tanto instrumento regional que propuso una definición regional de refugiado que cubre necesidades de protección internacional que trascienden las contempladas en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967[76].

En línea con ello, ese mismo año, el ExCom se refirió separadamente a la Declaración de Cartagena y el derecho interno de los Estados para determinar los casos en que la integración local puede ser una solución duradera apropiada para las personas refugiadas. Así, el ExCom destacó a la Declaración de Cartagena como un instrumento del que *per se* pueden desprenderse criterios para la protección y soluciones duraderas para los refugiados[77].

72 Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina.

73 Declaración de Brasil "Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe".

74 «Plan de acción de Brasil "Una Hoja de Ruta Común para Fortalecer la Protección y Promover Soluciones Sostenibles para las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe dentro de un Marco de Cooperación y Solidaridad"» (2014).

75 Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, sobre la protección internacional, 2005, párr. d.

76 Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, sobre la disposición sobre protección internacional, en particular mediante formas complementarias.

77 Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, «Integración», Conclusión 104 (LVI), A/AC.96/1021 (2005), a).

I) Asamblea General (ONU)

Aunque ha sido notable la proliferación de resoluciones de la Asamblea General (OEA) que se refirieron a la Declaración de Cartagena, los países latinoamericanos también se ocuparon que la Declaración de Cartagena quedara reflejada en las resoluciones de la Asamblea General (ONU).

En 1987, por ejemplo, la Asamblea General (ONU) tomó nota de los principios contenidos en la Declaración de Cartagena[78]. En 2016, la Asamblea volvió a incluir una referencia en la Declaración de New York[79], antecedente del Pacto Mundial sobre Refugiados (2018).

J) Doctrina especializada

La doctrina especializada es unánime en reconocer la importancia fundamental de la Declaración de Cartagena como instrumento regional de protección, complementario de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967. También es coincidente en destacar el hecho que la definición regional ha sido incorporada en las legislaciones de la mayoría de los países de la región, que los países la han aplicado en la práctica, y que cuenta con un notable aval político luego de haber sido apoyada por la Asamblea General (OEA), el ExCom y en otras instancias internacionales.(Gros Espiell, 1995) y (Ruiz de Santiago, 2005) reconocen que la Declaración de Cartagena como tal, y no sólo la definición regional, ha adquirido el carácter de costumbre regional. (Franco, 1994) y (Franco and Santistevan de Noriega, 2005) parecen respaldar esta posición. (Cançado Trindade, 1995), (Fortin, 2005) y (Murillo González, 2011) no se han abordado el punto, aunque pareciera que el primer experto se inclina por reconocer su valor como costumbre regional. (Corcuera, 2005) es el único experto que expresamente ha dicho que la definición regional no ha adquirido fuerza vinculante como costumbre regional.

En cualquier caso, debe notarse que casi todos los expertos han considerado esta cuestión varios años atrás (2004). Desde entonces, han existido importantes desarrollos normativos (aprobación de leyes), jurisprudenciales (exigibilidad de la definición regional), regionales (ej. resoluciones de la Asamblea General (OEA), jurisprudencia Corte IDH) que no fueron considerados por los expertos, y que refuerza la evidencia hacia el lado de la existencia de la costumbre.

4. PAÍSES QUE NO INCORPORARON LA DEFINICIÓN REGIONAL EN SUS LEGISLACIONES

El hecho que cinco países no hayan incorporado la definición regional en sus legislaciones no se sigue que no hayan contribuido a la formación de la costumbre de una forma significativa. Como se ha visto, los medios de verificación para probar los elementos de la norma consuetudinaria van mucho más allá de la mera legislación interna.

Como se verá, Cuba es el único país que puede arrojar dudas sobre si la costumbre regional le resulta oponible. En el caso de Costa Rica, Panamá, República Dominicana

78 ONU, Asistencia a los refugiados, los repatriados y las personas desplazadas de Centroamérica.

79 ONU, Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, párr. 66.

y Venezuela, por el contrario, puede sostenerse que han contribuido de modo tal a su formación que la norma consuetudinaria les resulta oponible.

(1) Costa Rica

Costa Rica fue uno de los diez países de la región que adoptaron la Declaración de Cartagena (1984) y recomendaron la adopción de la definición regional. En 1987, fue uno de los países que auspiciaron el proyecto de resolución sobre refugiados centroamericanos[80], luego aprobada por la Asamblea General (ONU)[81], en la que se tomó nota de los principios contenidos en la Declaración.

De igual modo, Costa Rica ha sido uno de los países que presentaron o coauspiciaron varias de las resoluciones de la Asamblea General (OEA) que se refieren a la Declaración de Cartagena y su definición regional.

Además, es innegable que el país ha tenido un notable liderazgo en diversas reuniones regionales relativas a la Declaración de Cartagena, donde la mayoría de las veces estuvo representada por delegaciones de alto nivel.

Costa Rica fue país anfitrión del Coloquio de San José, al conmemorarse el 10° aniversario de la Declaración de Cartagena (1994). El Decreto 23656 (1994) declaró de interés público este evento, cuya meta era "reafirmar los principios de protección contenidos en [la Declaración de Cartagena] y enriquecidos por la práctica de los Estados a lo largo de más de una década"[82].

Durante este Coloquio, el entonces Presidente de Costa Rica afirmó que la Declaración "surgió para ofrecer un *marco jurídico* internacional adecuado [cursiva agregada]" que permitiera atender mejor el problema de los refugiados, destacó su "valor orientador" y se refirió a ella como un "cuerpo jurídico"[83].

En este Coloquio, el ACNUR sostuvo que Costa Rica aplicó la definición regional en el marco de procedimientos individuales de determinación de la condición de refugiado y recurrió a la Declaración de Cartagena para asegurar estándares de tratamiento semejantes a los de la Convención de 1951[84].

Costa Rica, junto con Brasil y México, convocó a los países de América Latina, a conmemorar el 20° aniversario de la Declaración de Cartagena. En este marco, fue el país anfitrión de la reunión consultiva preparatoria de San José, y uno de los 18 Estados que adoptaron la Declaración y Plan de Acción de México (2004). El ACNUR dijo en esta

80 ONU, «Proyecto de resolución: Asistencia a los repatriados, refugiados y personas desplazadas en Centroamérica (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela)».

81 ONU, Asistencia a los refugiados, los repatriados y las personas desplazadas de Centroamérica.

82 Costa Rica, Declara Interés X Aniversario Declaración Cartagena de Indias de 1984.

83 Costa Rica, «Mensaje del Presidente de la República de Costa Rica, Ing. José María Figueres Olsen», en *Memoria Coloquio Internacional - 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, 1a ed. (San José: IIDH - ACNUR, 1995), 41-44.

84 ACNUR, «Documento de Trabajo. Declaración de Cartagena, Diez Años Después.», párr. 5.

ocasión que la definición regional había sido aplicada por Costa Rica en situaciones afluencia masiva[85].

De igual modo, Costa Rica adoptó la Declaración de Brasilia (2010), la Declaración y el Plan de Acción de Brasil (2014) y Los 100 Puntos de Brasil (2018). El país participó en CIREFCA (1989) y adoptó la Declaración y Plan de Acción Concertado[86], donde se destaca la relevancia del documento de "Principios y Criterios". Asimismo, participó en CIREFCA (1994) y adoptó el documento de Declaración de Compromisos, que reitera la importancia y validez de los principios recogidos por la Declaración y el documento "Principios y Criterios"[87].

Costa Rica es uno de los países del GRULAC que presentaron al ExCom (1992) el documento sobre la Declaración de Cartagena que destaca el valor de su definición regional[88]. De igual forma, ha apoyado la adopción de otras declaraciones que se refieren a la protección de refugiados y a la Declaración de Cartagena como instrumento regional de protección[89].

Si bien Costa Rica nunca incorporó la definición regional en su derecho interno, para mostrar cómo ha contribuido a la formación de la costumbre regional, debe considerarse en conjunto la práctica administrativa, la jurisprudencia interna y sus posiciones internacionales pertinentes.

La práctica estatal comprende los actos diplomáticos (ej. ofrecer al país como sede del primer evento conmemorativo de la Declaración de Cartagena), las declaraciones ante organismos internacionales (ej. posición como país miembro del GRULAC ante el ExCom), la toma de posición sobre resoluciones de organizaciones internacionales (ej. presentación o auspicio de resoluciones relevantes ante la ONU y la OEA), las actuaciones verbales (ej. declaración presidencial durante el Coloquio de San José), etc.

Además, según lo reportado por el ACNUR, en el pasado Costa Rica aplicó en la práctica la definición regional. De acuerdo con la CIJ, no es necesario que la práctica estatal sea perfecta[90]. De lo que se trata es que no se generen demasiadas incertidumbres, contradicciones, fluctuaciones y discrepancias[91].

85 ACNUR, «Documento de discusión: La situación de los refugiados en América Latina: Protección y soluciones bajo el enfoque pragmático de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984», 27 y notas 44 y 45.

86 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Declaración y Plan de Acción Concertado en Favor de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos».

87 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Declaración de compromisos en favor de las poblaciones afectadas tanto por el desarraigo como por los conflictos y la extrema pobreza, en el marco de la consolidación de la paz en Centroamérica», 2,5.

88 GRULAC, «Persons covered by the OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa and by the Cartagena Declaration on Refugees (Submitted by the African Group and the Latin American Group)».

89 Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

90 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits., I.C.J. Reports 1986, p. 14 en 184.

91 Asylum Case (Colombia v. Peru), I.C.J. Reports 1950, p. 266.

Finalmente, debe recordarse que la jurisprudencia de los tribunales nacionales puede ser considerada una forma de práctica y, como se vio[92], existe una jurisprudencia bien establecida de la Corte Suprema indicando que las autoridades deben evaluar la aplicación de la definición regional en el contexto de la determinación de la condición de refugiado.

Si bien podría argumentarse que la posición del poder judicial entra en conflicto con la del Ejecutivo -lo que puede llevar a que no se consolide una práctica-, esta es una cuestión de mérito que debe sopesarse con las demás instancias de la práctica del Estado. En el caso de Costa Rica, como se vio, tanto la práctica administrativa, como las reiteradas posiciones internacionales del Estado –sostenidas a lo largo de los años- no permiten sostener de buena fe que la costumbre le resulta inoponible.

(2) Cuba

Cuba no es Estado Parte en la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 y la Convención Americana. No cuenta con una ley especial sobre protección de refugiados. Cuba no participó del Coloquio de Cartagena (1984) y asistió sólo como observador al Coloquio de San José (1994). Participó en CIREFCA (1989), y adoptó la Declaración y Plan de Acción de México (2004), la Declaración de Brasilia (2010) y la Declaración y Plan de Acción de Brasil (2014).

Cuba es uno de los países del GRULAC que presentaron al ExCom (1992) el documento sobre la Declaración de Cartagena y su definición regional[93].

Dada la falta de acceso a la información y la posibilidad de verificar otros medios relevantes, no es posible constatar respecto de Cuba la existencia de una práctica lo suficientemente densa como para concluir que la norma consuetudinaria le resulta oponible. Aunque existen muy buenas razones para considerar que la norma podría resultarle oponible, el umbral de prueba requerido exige de medios de verificación adicionales para llegar a una conclusión definitiva.

(3) Panamá

Panamá participó en el Coloquio de Cartagena (1984) y recomendó la adopción de la definición regional. En 1987, junto con Costa Rica, fue uno de los países que respaldó el proyecto de resolución sobre refugiados centroamericanos[94].

Panamá participó en CIREFCA (1989) y adoptó la Declaración y Plan de Acción Concertado que destaca la relevancia del documento de “Principios y Criterios”[95].

92 Ver apartado D)2.2(3)

93 GRULAC, «Persons covered by the OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa and by the Cartagena Declaration on Refugees (Submitted by the African Group and the Latin American Group)».

94 ONU, Acta Resumida de la 56a Sesión.

95 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Declaración y Plan de Acción Concertado en Favor de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos».

También adoptó la Declaración de San José (1994), la Declaración y Plan de Acción de México (2004), la Declaración de Brasilia (2010) y la Declaración y Plan de Acción de Brasil (2014).

Fue uno de los países del GRULAC que presentaron al ExCom (1992) el documento de posición sobre la Declaración de Cartagena que asigna gran valor a la definición regional[96]. De igual forma, apoyó la adopción de otras declaraciones pertinentes[97]. Panamá respaldó el Art. 8 del Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática de la CDI, que incluye una noción de refugiado conforme a los *instrumentos* internacionales aceptados y no sólo sobre la base de la Convención de 1951[98].

(4) República Dominicana

República Dominicana adoptó la Declaración de San José (1994) y la Declaración de Brasilia (2010). También participó como observador en la Reunión de México (2004).

En 1987, junto con Costa Rica, Panamá y Venezuela respaldó el proyecto de resolución sobre refugiados centroamericanos[99]. Participó en CIREFCA (1989) y adoptó la Declaración y Plan de Acción Concertado que destaca la relevancia del documento de "Principios y Criterios"[100]. También fue uno de los países del GRULAC que presentaron al ExCom (1992), el documento de posición sobre la Declaración de Cartagena[101]. De igual modo, apoyó la adopción de otras declaraciones pertinentes[102].

En 2008, informó en la OEA que estaba considerando la ampliación del concepto de refugiado en línea con la definición regional[103].

(5) Venezuela

Venezuela[104] participó en el Coloquio de Cartagena y recomendó la adopción de la definición regional. En 1987, junto con Costa Rica y Panamá, respaldó el proyecto de resolución sobre refugiados centroamericanos. Participó en CIREFCA (1989) y adoptó la

96 GRULAC, «Persons covered by the OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa and by the Cartagena Declaration on Refugees (Submitted by the African Group and the Latin American Group)».

97 Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

98 Panamá, «Protección diplomática, comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos», 26-27.

99 ONU, Acta Resumida de la 56a Sesión.

100 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Declaración y Plan de Acción Concertado en Favor de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos».

101 GRULAC, «Persons covered by the OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa and by the Cartagena Declaration on Refugees (Submitted by the African Group and the Latin American Group)».

102 Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

103 República Dominicana, «Presentación del Emb. Miguel A. Pichardo Olivier, Subsecretario de Relaciones Exteriores».

104 Representada por el Dr. Luis La Corte, Embajador de Venezuela en Colombia, y la Dra. Edith Márquez. Directora de Asuntos Multilaterales de Política Exterior de la Cancillería.

Declaración y Plan de Acción Concertado que destaca la relevancia del documento de "Principios y Criterios"[105].

Adoptó la Declaración de San José (1994), la Declaración y Plan de Acción de México (2004), la Declaración de Brasilia (2010) y la Declaración y Plan de Acción de Brasil (2014). De igual forma, apoyó la adopción de otras declaraciones pertinentes[106].

Fue uno de los países del GRULAC que presentaron al ExCom (1992) el documento de posición sobre la Declaración de Cartagena[107].

En 2001, Venezuela informó a la CIDH que aplicaba la definición regional[108]. En 2012, suscribió la Declaración de Principios del MERCOSUR, que resalta la importancia de la implementación de la definición regional[109].

En 2010, como Estado Miembro de la CSM, adoptó una Declaración de Principios Migratorios donde se reafirma el compromiso de los Estados de brindar protección internacional a los refugiados, de acuerdo con la Declaración de Cartagena y el Plan de Acción de México[110].

5. LA OBLIGATORIEDAD DE LA DEFINICIÓN REGIONAL A LA LUZ DE LOS LINEAMIENTOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Las decisiones de los tribunales internacionales constituyen un medio auxiliar para determinar la existencia de las normas de derecho internacional consuetudinario[111]. Si bien la Corte ha verificado la naturaleza consuetudinaria de diversas normas internacionales e, inclusive, ha destacado el carácter imperativo (*ius cogens*) de algunas de ellas (ej. principio de igualdad ante la ley y no discriminación[112], prohibición

105 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), «Declaración y Plan de Acción Concertado en Favor de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos».

106 Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

107 GRULAC, «Persons covered by the OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa and by the Cartagena Declaration on Refugees (Submitted by the African Group and the Latin American Group)».

108 San Juan y Manly, «Informe general de la investigación», 38-39.

109 MERCOSUR, Declaración de principios del MERCOSUR sobre protección internacional de refugiados.

110 Conferencia Sudamericana de Migraciones (CSM), Declaración de Principios Migratorios y Lineamientos Generales de la Conferencia Sudamericana de Migraciones.

111 ONU, «Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Capítulo V, Identificación del derecho internacional consuetudinario», 120.

112 Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de septiembre de 2003).

de tortura[113], principio de no devolución[114]), nunca ha verificado si la definición regional configura una costumbre regional.

En esta sección se revisan las opiniones consultivas de la Corte no como medio auxiliar para verificar la costumbre regional, sino para establecer si su fuerza vinculante puede derivarse de la obligatoriedad del control de convencionalidad y de los lineamientos de la Corte sobre el contenido del derecho a buscar y recibir asilo.

5.1. El control de convencionalidad

En el *caso Almonacid Arellano*[115], la Corte IDH dijo que aunque los tribunales domésticos están obligados a aplicar su normativa interna, deben asegurar que el efecto de las disposiciones de la Convención Americana no se vean mermados por la aplicación de leyes internas contrarias a su objeto y fin:

> "[E]l Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"[116].

La Corte repitió este lineamiento en el *caso La Cantuta*[117] y con el tiempo fue precisando la noción de control de convencionalidad. Así, afirmó que: 1) supone *verificar la compatibilidad de las normas y prácticas internas* con la Convención Americana, la jurisprudencia de la Corte y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; 2) es una *obligación* que corresponde a *toda autoridad pública*, dentro del ámbito de sus competencias, y debe hacerse aún *de oficio*[118]; 3) tiene por finalidad suprimir las normas contrarias a la CADH o bien propiciar una interpretación o aplicación de las normas internas conforme a la CADH[119].

113 Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de octubre de 2008); Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, Serie A No. 21 párrafo 224.

114 Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, Serie A No. 21 párrafo 225.

115 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No 7. Control de Convencionalidad.* (San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos & Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, s. f.), 4-5.

116 Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de septiembre de 2006).

117 Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de noviembre de 2006).

118 Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de noviembre de 2006).

119 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No 7. Control de Convencionalidad*., 6.

En la OC-21/14, la Corte IDH dejó claro que el control de convencionalidad alcanza a los lineamientos de sus opiniones consultivas[120]. Criterio que reiteró en su OC-24/17[121].

5.2. La definición regional en las opiniones consultivas OC-21/14 y OC-25/18

Para la Corte IDH, el derecho a buscar y recibir asilo, consagrado en la Convención Americana (Art. 22.7) y la Declaración Americana (Art. XXVII), debe referirse tanto a la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, como a la definición ampliada de la Declaración de Cartagena (OC-21/14)[122]. Este criterio fue repetido en la opinión consultiva la OC-25/18[123]. En la OC-21/14, la Corte IDH no indagó si la definición regional es una norma consuetudinaria. Sin embargo, justificó su conclusión relativa a su exigibilidad sobre la base del *desarrollo progresivo* del derecho internacional y la regla de interpretación del Art. 29 de la Convención Americana:

> "79. (…) los desarrollos producidos en el derecho de refugiados en las últimas décadas *han generado prácticas estatale*s, consistentes en otorgar protección internacional como refugiados a las personas que huyen de su país de origen debido a la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. *Atendiendo al desarrollo progresivo del derecho internacional*, la Corte considera que las *obligaciones derivadas del derecho a buscar y recibir asilo resultan operativas respecto de aquellas personas que reúnan los componentes de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena* (…)" [cursiva agregada].

En la OC-21/14, desde un principio, la Corte IDH dejó claro que seguiría dicho enfoque. Al comienzo de la opinión consultiva, ofreció un concepto de *protección internacional* comprensiva de la *"protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena*"[124]. Además, propuso una definición de refugiado comprensiva de la definición internacional y regional[125].

120 Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, Serie A No. 21 párrafo 31.

121 Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17, No. Serie A No. 24 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de noviembre de 2017).

122 Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, Serie A No. 21 párrafos 78-79.

123 *(La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).. Opinión Consultiva OC-25/18,* 2018)

124 Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, Serie A No. 21 párrafo 37.

125 OC-21/14, 49.

Es importante notar que la Corte IDH encontró el fundamento de la protección internacional (asilo) en la Declaración de Cartagena como tal. Es decir, no la derivó de las legislaciones internas que la incorporaron en el derecho interno:

> (…) los artículos 19, 22.7 y 22.8 de la Convención Americana, VII y XXVII de la Declaración Americana, 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 *y la definición regional de la Declaración de Cartagena*, conforman el corpus iuris internacional para la protección de los derechos humanos de las niñas y los niños solicitantes de asilo y refugiados *en el continente americano* (…) [cursiva agregada][126].

En otras palabras, para la Corte, la exigibilidad de la definición regional se desprende del hecho de que la Declaración de Cartagena es parte del *corpus iuris* aplicable a la protección de los niños, niñas y adolescentes refugiados, y no sólo del hecho de haber sido incorporada en las legislaciones internas de ciertos Estados (principio de legalidad). Es decir que, en términos de exigibilidad, es irrelevante si un Estado incorporó o no la definición regional en su derecho interno, pues el derecho a buscar y recibir asilo se refiere a la definición regional tal y como se consagra en la Declaración de Cartagena. Aunque el alcance de la OC-21/14 se ciñe a la niñez migrante, el lenguaje amplio de las conclusiones de la Corte IDH, ya permitía inferir que la exigibilidad de la definición regional claramente trascendía a la edad del solicitante de asilo (niño o adulto). Lo que luego quedó zanjado con la OC-25/18[127].

6. Conclusiones

En primer lugar, puede afirmarse que, en el estado actual del derecho internacional, la definición regional es obligatoria para Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, dado que ha adquirido el carácter de norma de derecho internacional consuetudinario particular (costumbre regional). Con relación a Cuba, se requiere una mayor indagación de los medios de identificación para demostrar la existencia de la práctica estatal y *opinio iuris*.

En segundo lugar, aún si se sostuviera que la costumbre regional no existe como tal o no es oponible a un determinado Estado, la exigibilidad de la definición regional se desprende también de los lineamientos de la Corte IDH (OC-21/14 y OC-25/18) sobre el contenido del derecho a buscar y recibir asilo -que debe considerarse como referido a la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 y a la Declaración de Cartagena- y su jurisprudencia sobre control de convencionalidad.

Ello implica que los órganos administrativos (ej. CONAREs) y judiciales del Estado deben asegurarse de que cualquier práctica interna (ej. no aplicar la definición regional) o interpretación contraria (ej. argumento que la definición regional no es exigible por no

126 OC-21/14, 249.

127 (*La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).. Opinión Consultiva OC-25/18*, 2018)

tener previsión legal), no perjudique la efectiva vigencia del derecho a buscar y recibir asilo.

7. Bibliografía

Barberis, J.A., 1994. Formación del derecho internacional. Ábaco, Buenos Aires.

Barboza, J., 2001. Derecho internacional público. Zavalía, Buenos Aires.

Brownlie, I., 2003. Principles of public international law, 6th ed. ed. Oxford University Press, Oxford ; New York.

Cançado Trindade, A.A., 1995. Los diez años de la Declaración de Cartagena sobre refugiados. Discurso inaugural del Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, in: Memoria Coloquio Internacional - 10 Años de La Declaración de Cartagena Sobre Refugiados. IIDH - ACNUR, San José, pp. 21–27.

Cassese, A., 2005. International law, 2nd ed. ed. Oxford University Press, Oxford ; New York.

Conforti, B., Vinuesa, R.E., 1995. Derecho internacional. Zavalia, Buenos Aires.

Corcuera, S., 2005. Reflexiones sobre la aplicación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena en los procedimientos para la determinación individual de la condición de refugiado, in: Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1984 - 2004. ACNUR, San José.

Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, 2014.

Fortin, A., 2005. Doctrinal review of the broader refugee definition contained in the Cartagena Declaration, in: Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1984 - 2004. ACNUR, San José, pp. 273–306.

Franco, L., 1994. Diez años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados en América Latina.

Franco, L., Santistevan de Noriega, J., 2005. La contribución del proceso de Cartagena al desarrollo del derecho internacional de refugiados en América Latina, in: Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1984 - 2004. ACNUR, San José.

Gros Espiell, H., 1995. La Declaración de Cartagena como fuente del Derecho Internacional de los Refugiados en América Latina, in: Memoria Coloquio Internacional - 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. IIDH - ACNUR, San José, pp. 453–470.

La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).. Opinión Consultiva OC-25/18, 2018.

Moncayo, G.R., Vinuesa, R.E., Gutiérrez Posse, H.D.T., 1987. Derecho internacional público, 5a reimpresión. ed. Zavalía, Buenos Aires.

Murillo González, J.C., 2011. El derecho de asilo y la protección de refugiados en el continente americano, in: La Protección Internacional de Refugiados En Las Américas. ACNUR & ACNUDH, Quito, Ecuador.

ONU, C. de D.I., 2016. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Capítulo V, Identificación del derecho internacional consuetudinario (No. A/71/10). New York.

Ruiz de Santiago, J., 2005. La Declaración de Cartagena: Naturaleza jurídica y trascendencia histórica, in: Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1984 - 2004. ACNUR, San José, pp. 307–330.

ASILO: ¿Derecho humano o prerrogativa del estado?

ASYLUM: ¿human right or state prerogative?

Elisa Ortega Velázquez[1]

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo argumentar y fundamentar que el asilo es una prerrogativa estatal y difícilmente puede ser considerado –en su estadio actual– como un derecho humano, a pesar de las normativas internacionales en materia de refugiados y de derechos humanos que lo consagran. Para efectos de lo anterior, primero se delimitará la institución del asilo y sus modalidades: el asilo político y el asilo bajo el estatuto de los refugiados. Segundo, se estudiará el concepto de refugiado y sus limitaciones, a modo de demostrar que es una categoría esencialmente política y no normativa. En tercer lugar, se analizará la instrumentalización política del régimen internacional de los refugiados por los Estados dominantes en sus cuatro fases de desarrollo. Y en cuarto lugar se discutirá si el asilo es un derecho humano o una prerrogativa del Estado. El artículo concluye que el asilo es una prerrogativa de los Estados y que se encuentra en una grave crisis propiciada por los Estados poderosos quienes –desde sus inicios– lo han instrumentalizado de acuerdo con sus intereses políticos, los cuales actualmente mantienen dos régimenes de asilo operando simultáneamente: uno en el tercer mundo y otro en los países ricos y poderosos.

ABSTRACT

This paper aims to argue that asylum is a state prerogative and that, in spite of international refugee and human rights regulations which enshrine it, it can hardly be considered as a human right in its actual stadium. For those purposes, first, asylum institution and its modalities, political asylum and asylum under the Refugee Statute, will be delimited. Second, the concept of refugee and its shortcomings will be studied. Third, the political instrumentalization of the international refugee regime by dominant States during its four phases of development will be analyzed. And fourth, the consideration of asylum as a human right or as a state prerogative will be discussed. It will be

1 Investigadora titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Doctora en derecho y maestra en derecho público por la Universidad Carlos III de Madrid y Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Email: elisaov@unam.mx

concluded that asylum is a state prerogative and that it is in a severe crisis promoted by dominant States who, since its inception, have instrumentalized it according to its political interests which now maintain two asylum regimes simultaneously operating: one in the Third World and another in rich and powerful countries.

PALABRAS CLAVE

Asilo, refugiados, derechos humanos, soberanía estatal, derecho internacional

KEY WORDS

Asylum, refugees, human rights, state sovereignty, international law

Sumario. 1. Introducción. 2. Delimitando la institución y sus modalidades. 3. El concepto de refugiado y sus limitaciones. 4. Instrumentalización del régimen internacional de refugiados 5. Conclusión. 6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La llegada de Donald J. Trump a la presidencia de los Estados Unidos América en enero de 2017, con su discurso y políticas racistas y xenófobas en contra de migrantes y refugiados; el resurgimiento de la extrema derecha en Europa, con sus políticas en contra de esta misma población; así como las imágenes viralizadas de cientos de personas solicitantes de asilo varadas en pateras y muriendo en el Mediterráneo y de miles de personas desplazadas de Centroamérica migrando en caravanas para pedir asilo en Estados Unidos han visibilizado la epopeya a la que se enfrentan aquéllos que buscan asilo. Hablamos de "refugiados" para referirnos a aquellas personas que han huido de sus países de origen por amenazas contra su vida o seguridad y se han acogido a la protección internacional en otro Estado. Sin embargo, en el contexto contemporáneo es cada vez más complejo que las personas perseguidas puedan acceder a esta categoría ya que la consigna de los Estados –tal parece– es impedírselos o, de menos, dificultárselos al máximo.

De este modo, los solicitantes de asilo tienen la muerte a sus espaldas y un muro en la cara pues los Estados han creado para ellos un estado de excepción permanente, como han señalado Sassen (2014) y Bauman (2008), en diálogo con Agamben (2004), en el que los ordenamientos jurídicos internacionales en materia de refugiados y derechos humanos se encuentran *de facto* suspendidos para ellos. Estamos, pues, ante un derecho humano al asilo reconocido y refrendado en la normativa internacional y en varias de las legislaciones nacionales de los Estados de la comunidad internacional, pero –finalmente–vacío en un contexto en el que la soberanía estatal sigue teniendo primacía sobre cualquier consideración humanitaria y de derechos humanos. Así pues, quién busca asilo es admitido dentro un estado de excepción permanente que, como diría Lochak (2007), se ha vuelto la regla. El estadio actual del régimen internacional de los refugiados muestra cómo se pueden contravenir los principios básicos del Estado de Derecho y de derechos humanos en aras de proteger la seguridad y soberanía de los Estados poderosos, lo cual nos hace cuestionar fuertemente la consideración del asilo como un derecho humano.

La hipótesis central de este artículo es que, a pesar de las normativas internacionales en materia de refugiados y de derechos humanos que consagran el derecho de buscar y recibir asilo como un derecho humano, el asilo es una prerrogativa estatal y difícilmente puede ser considerado –en su momento actual– como un derecho humano. Para efectos de lo anterior, primero se delimitará la institución del asilo y sus modalidades: el asilo político (prerrogativa del Estado) y sus especies: territorial y diplomático, y el asilo bajo el estatuto de los refugiados (derecho humano) o refugio. Segundo, se estudiará el concepto de refugiado y sus limitaciones, a modo de

demostrar que es una categoría esencialmente política y no normativa. En tercer lugar, se analizará la instrumentalización política del régimen internacional de los refugiados por los Estados dominantes en sus cuatro fases de desarrollo que van de inicios del siglo XX, cuando el régimen fue creado, a la actualidad. Y en cuarto lugar se discutirá si el asilo es un derecho humano o una prerrogativa del Estado. Se concluirá que el asilo es una prerrogativa de los Estados y que se encuentra en una grave crisis propiciada por los Estados poderosos quienes –desde sus inicios– lo han instrumentalizado de acuerdo con sus intereses políticos, los cuales actualmente mantienen dos régimenes de asilo operando simultáneamente: uno en el tercer mundo y otro en los países ricos y poderosos.

2. DELIMITANDO LA INSTITUCIÓN Y SUS MODALIDADES

El asilo es "l*a protección que un Estado otorga en su territorio o en otro lugar bajo el control de algunos de sus órganos a una persona que llega a solicitarlo*" (Instituto de Derecho Internacional, 1950, art. 1). Y es una institución reconocida en el Derecho Internacional Público, desde la formación del Estado-nación moderno, que tiene raíces históricas bien establecidas en la práctica estatal. No obstante, el asilo ha existido desde la antigüedad y originalmente era aplicable a toda persona perseguida por cualquier motivo, quien podía ponerse a salvo si entraba en un santuario, templo u otro lugar sagrado asociado a la religión, pues allí no podía ser objeto de detención o castigo. La base de lo que en ocasiones se ha llamado el "derecho de santuario" radicaba en la autoridad divina que imperaba en esos lugares. Existía la creencia de que la violación del asilo en un santuario traería aparejado un severo castigo de la divinidad a la cual éste estaba consagrado. Esta práctica fue común en diversas religiones y existió en distintas partes del mundo (D' Estefano, 1985, p. 877).

Con la consagración del principio de soberanía estatal a partir de 1648 (Paz de Westfalia), la persona perseguida que llegaba a otro Estado se ponía a salvo no por colocarse bajo la tutela de una deidad o figura religiosa, sino por la falta de autoridad del perseguidor en ese otro territorio. Así, con la aparición del moderno Estado-nación, el asilo se transformó en una forma de protección internacional para los extranjeros perseguidos. Con el tiempo, los Estados han ido estableciendo las normas relativas al acceso al asilo en sus territorios de manera independiente y a partir de su propia voluntad soberana. Esto a pesar de los esfuerzos que se han hecho en el plano internacional, desde el período entre las guerras mundiales, en busca de criterios y normas comunes de alcance universal que regulen a la institución y que den acceso, sin discriminación alguna, a todas las personas que sufren algún tipo de persecusión y no pueden acogerse a la protección de su Estado.

Existen dos modalidades de asilo: el asilo político y el asilo bajo el estatuto de los refugiados (CoIDH, 2018, párr. 65-68).

El *asilo político* es la protección que un Estado ofrece a personas que no son sus nacionales cuando su vida, integridad personal, seguridad y/o libertad se encuentran o podrían encontrarse en peligro, con motivo de persecución por delitos políticos o comunes conexos con estos, o por motivos políticos. Históricamente, la práctica del asilo político es anterior a la existencia del régimen internacional de protección de

los refugiados –que nació en el período de entreguerras del siglo XX– y del régimen internacional de protección de los derechos humanos –que tiene su origen al finalizar la 2ª Guerra Mundial. La razón es que desde hace siglos se han producido movimientos forzosos de personas y grupos como resultado de persecuciones, guerras, revoluciones, luchas por el poder y expulsiones individuales o masivas por causas políticas, sociales, religiosas, étnicas y otras. El asilo político puede ser de dos tipos:

a) Asilo territorial: es la protección que un Estado brinda en su territorio a las personas nacionales o residentes habituales de otro Estado en donde son perseguidas por motivos políticos, por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos o comunes conexos. El asilo territorial se encuentra intrínsecamente relacionado con la prohibición de extradición por delitos políticos o comunes cometidos con fines políticos.

Según la Convención sobre Asilo Territorial de 1954, adoptada en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA), "todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno" (art. I).

b) Asilo diplomático: es la protección que un Estado brinda en sus legaciones, navíos de guerra, aeronaves militares y campamentos, a las personas nacionales o residentes habituales de otro Estado en donde son perseguidas por motivos políticos, por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos o comunes conexos, sin necesidad de que la persona perseguida abandone el país del que desea salir.

Según la Convención sobre Asilo Diplomático de 1954, adoptada también bajo el auspicio de la OEA: "legación es toda sede de misión diplomática ordinaria, la residencia de los jefes de misión y los locales habilitados por ellos para habitación de los asilados cuando el número de éstos exceda de la capacidad normal de los edificios. Los navíos de guerra o aeronaves militares que estuviesen provisionalmente en astilleros, arsenales o talleres para su reparación, no pueden constituir recinto de asilo" (art.I). Y "todo Estado tiene derecho de conceder asilo; *pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega*" (art. II).

El asilo bajo el estatuto de los refugiados tiene sus bases normativas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, pero su origen se remonta a inicios del siglo XX cuando la Sociedad de Naciones recibió el mandato de encontrar una solución al tema de los extranjeros desplazados por los conflictos bélicos y presentes en otro Estado distinto del de su nacionalidad, sin un vínculo jurídico efectivo ya con otro Estado (Gil-Bazo, 2013, p. 7). Y su fin es otorgar protección a las personas que se encuentran fuera del país de donde son originarias, o bien donde residen habitualmente, debido a un temor fundamentado de persecución por razones de etnia, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas, y que no pueden o no quieren reclamar la protección de su país para poder volver (art. 1.A).

El derecho de buscar y recibir asilo está consagrado en el artículo 14.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual señala que "en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país", y es considerado como un derecho humano (CoIDH, 2018, párr. 132). Este derecho se encuentra reconocido no sólo en los instrumentos del sistema universal de derechos humanos señalados, sino también en los sistemas regionales de derechos humanos (como el americano, el europeo y el africano),[2] y en varias Constituciones nacionales.[3]

En algunos países de América Latina, las normativas nacionales han incorporado el término "refugio" para abarcar todo lo relacionado con el régimen por la ONU. Sin embargo, estas normas son distintas de las que regulan el asilo político (diplomático y territorial) y que remiten al sistema de tratados en la materia que existe en el seno de la OEA, el cual no tiene punto de contacto con el asilo contemplado en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Este llamado "dualismo" entre los términos asilo y refugio en la región ocasiona que se asocie a cada uno con sistemas de protección completamente diferentes entre sí. Sin embargo, esto no sucede en el resto del mundo, en donde se habla de asilo y solicitantes de asilo, independientemente de si estamos hablando de asilo político o asilo bajo el estatuto de los refugiados. Por ejemplo, en inglés: *asylum* y *asylum seekers*, y en francés: *asyle* y *demandeurs d'asyle* (San Juan, 2003, p. 23-24).

Así, en la región se ha generalizado la idea de que el "refugio" es el sistema de protección establecido por la Convención de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y que el "asilo" se refiere al sistema a través del cual los Estados, en ejercicio de sus facultades discrecionales, conceden protección en su territorio, o en otro lugar bajo el control de algunos de sus órganos, a una persona que alega ser perseguida por motivos políticos. Tal es la tradición de asilo político en el continente que se han celebrado diversos tratados regionales para regular la materia: Tratado de Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1889); Convención sobre Asilo (La Habana, 1928); Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933); Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos (Montevideo, 1939); Tratado sobre Derecho Penal Internacional

2 El derecho al asilo está contemplado a nivel regional en: artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo XVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano; artículo 12 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, y en el artículo 18 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

3 Por ejemplo, en el continente americano el derecho de buscar y recibir asilo está consagrado en las constituciones de 16 países: artículo 29 de la Constitución Política de Bolivia (2009); artículo 4 de la Constitución Política de Brasil (1988); artículo 36 de la Constitución Política de Colombia (1991); artículo 31 de la Constitución Política de Costa Rica (1949); artículo 13 de la Constitución de Cuba (1976); artículo 41 de la Constitución de Ecuador (2008); artículo 28 de la Constitución Política de El Salvador (1983); artículo 27 de la Constitución Política de Guatemala (1985); artículo 101 de la Constitución de Honduras (1982); artículo 11 de la Constitución Mexicana (1917); artículo 5 de la Constitución Política de Nicaragua (1987); artículo 43 de la Constitución de Paraguay (1992); artículo 36 de la Constitución de Perú (1993); Artículo 69 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999); y artículo 46 de la Constitución Política de República Dominicana (2010). Hay 8 países que, aunque carecen de norma constitucional, contemplan esta fugura en sus leyes nacionales: Argentina, Belice, Canadá, Chile, Estados Unidos de América, Panamá, Suriname y Uruguay. Y 11 países que no tienen regulaciones nacionales, pero algunos han ratificado la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Dominica, Grenada, Guyana, Jamaica, San Cristóbal y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, y Trinidad y Tobago.

(Montevideo, 1940); Convención sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954); Convención sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954); Convención sobre Extradición (Montevideo de 1993).

En suma, la figura genérica es el asilo, y las especies o modalidades son el asilo político, que puede ser territorial o diplomático, y el asilo bajo el estatuto de los refugiados; esto es, el refugio. Y las tres modalidades tienen un propósito común: salvar la vida de las personas perseguidas, independientemente del motivo de persecusión.

3. EL CONCEPTO DE REFUGIADO Y SUS LIMITACIONES

En términos legales, a nivel internacional universal, el artículo 1.A.2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 define como refugiada a:

"toda persona […] que como resultado de acontecimientos ocurridos *antes del 1 de enero de 1951* y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él".

Esta definición, si bien es relevante porque fue la primera en estar contenida en un tratado internacional de alcance universal, nació con fuertes limitaciones:

La primera es la llamada "limitación temporal" porque el artículo 1.A.2) señala que los refugiados lo deben ser como consecuencia de sucesos previos al 1 de enero de 1951. Sin embargo, esta limitación fue solventada con el Protocolo de 1967, adicional a la Convención de 1951, el cual suprimió la fecha y aplicó el articulado de la Convención a todos los refugiados que sean reconocidos como tales.

La segunda limitación es la "reserva geográfica", la cual se encuentra establecida en el artículo 1.B de la Convención que señala que las palabras "acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951", que figuran en el artículo 1.A, podrán entenderse como acontecimientos ocurridos *en Europa o en otro lugar*. Es decir, los países pueden mantener la "limitación geográfica" a Europa en su aplicación de la Convención. Por tanto, para que la Convención sea aplicable en su totalidad, es necesario que los Estados se adhieran no solo a ésta, sino también al Protocolo de 1967 y que lo hagan sin establecer la reserva geográfica.

La tercera es la "limitación de la perspectiva de género", la cual no fue "solventada" sino hasta 1995 que el ACNUR reconoció que "los derechos de las mujeres son derechos humanos" y emitió lineamientos que señalan que la violencia sexual y de género es considerada como una forma de persecusión (ACNUR, 1995). En 2002, el ACNUR emitió nuevos lineamientos sobre el tema y señaló que si bien los actos de persecución son perpetrados mayormente por las autoridades de un país, en los casos de tratos gravemente discriminatorios y de violencia sexual y de género los actos de persecución pueden ser perpetrados por agentes no estatales tolerados por el Estado (ACNUR, 2002).

La cuarta limitación es que la Convención de 1951 establece un numéro cerrado de motivos por los cuales una persona puede ser perseguida y pedir asilo: raza, religión,

nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social y opiniones políticas, lo cual no es realista con las razones por las cuales las personas pueden ser perseguidas en escenarios posteriores a 1951, como son la invasión extranjera, la violencia generalizada y de género y, en general, las amenazas a su vida y seguridad. Esta limitación se ha intentado abordar desde los sistemas regionales de derechos humanos –africano y americano– los cuales han elaborado definiciones ampliadas de quién es una persona "refugiada":

De un lado, la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África de 1969 repite la definición de refugiado la Convención de 1951 y añade que:

"El término 'refugiado' se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad (art.1.2)".

Así, esta definición incluye, además de los motivos señalados en la Convención de 1951, la agresión extranjera, la ocupación o la dominación extranjera y acontecimientos que perturben gravemente el orden público *en una parte o en la totalidad del país*, como motivos válidos para buscar la condición de refugiado. Y establece un nexo entre la ocurrencia de tales motivos y el abandono de las personas de su lugar de residencia habitual. Así, bajo los términos de esta definición pueden o no existir temores fundados de persecución ya que lo que impera es la existencia de una situación grave que priva a las personas de las garantías normales y las obliga a abandonar su país para buscar protección en el extranjero.

De otro lado, en el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la tercera conclusión de la Declaración de Cartagena de 1984 señala que la definición de refugiado, además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, debe considerar como refugiadas:

"a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público".

Como se aprecia, en esta definición se incluyeron como motivos válidos para pedir asilo: la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Ambas definiciones del término "refugiado" son muy parecidas, pero difieren en el alcance territorial: de acuerdo con la Convención de la OUA, las razones que dan lugar a la condición de refugiado pueden ocurrir "en una parte o en la totalidad del país de origen" (art.1.2), mientras que la definición de la Declaración de Cartagena no incluye esta referencia territorial.

Así, en derecho internacional, en términos generales, una persona refugiada puede ser definida como aquélla que se ve forzada a abandonar su lugar de residencia, por ciertas

razones específicas, y que se encuentra fuera de su Estado de origen y no cuenta con su protección (Chimni, 2000, p. 1). No obstante, ningún instrumento legal internacional de los analizados define qué es "asilo" ni establece la obligación de otorgarlo a los Estados. En cambio, sí otorgan a los Estados un considerable margen de discresión para decidir a quién otorgarlo y, en este sentido, definir quién es una persona refugiada (Goodwin-Gill, 2016, p. 42). Por ello, desde los inicios del régimen, los Estados, a partir de su propia voluntad soberana –guiada por motivaciones políticas– han ido estableciendo quién merece ser protegida internacionalmente en caso de persecución y quién no (Estévez, 2012, p. 188), a través de sus normas nacionales (y algunas veces regionales) que regulan el acceso al asilo.

Algunos autores como Estévez (2018) y Black (2001) señalan que, desde su concepción, el término "refugiado" fue establecido normativamente pero producido para fines políticos. Por ello, no describe las condiciones sociales, políticas y económicas de las personas que en la actualidad buscan protección internacional (como la violencia criminal y de género o los desastres medioambientales): los refugiados de nuestro tiempo. Visto desde esta perspectiva, es posible entender que la definición de "refugiado" de la Convención de 1951 si bien no describe a las personas perseguidas contemporáneas sí las excluye de la protección al imponerles y condicionarlas con una serie de requerimientos legales (Estévez, 2012, p. 188) (Estévez, 2018, pp. 136–143). Esto porque "refugiado" es un concepto político y no normativo que gira en torno a la selección de los migrantes más deseables para los fines de los Estados y no en torno a sus obligaciones de protección internacional y en materia de derechos humanos (Squire, 2009: 7).

De esta forma, las definiciones legales de quién es un "refugiado" siempre son parciales porque son producidas para servir a las políticas de los Estados (Chimni, 2009, p. 16). Ello a pesar de la invariable intersección que hay entre el régimen internacional de protección de los refugiados y la normativa internacional de derechos humanos que tiene como piedra angular la dignidad de todas las personas y el principio de no discriminación. Esto, en principio, debería ser razón suficiente para que se protegiera a toda persona perseguida, *sin discriminación alguna*, independientemente de los intereses políticos de los Estados. Sin embargo, la historia nos enseña otra cosa: los Estados poderosos frecuentemente han usado el otorgamiento de la condición de refugiado para castigar, presionar o acosar a sus enemigos políticos y económicos sin que sus decisiones estén tocadas por el derecho internacional ni por los derechos humanos sino más bien por fines meramente políticos.

Como Zetter (1991) señala, las etiquetas no sólo describen e identifican objetos o formas pre-existentes, sino que son poderosos vehículos que condicionan la identidad y conducta de las personas (concebidas como objetos de la política) a quienes se les adjudican. Así, categorías como "ciudadano", "migrante irregular" o "refugiado" definen la identidad, las trayectorias de vida, las expectativas y los derechos que estas personas creen que tienen y que, algunas veces, pueden reivindicar. Para una persona que está solicitando asilo, ser etiquetada como "refugiada" puede significar la diferencia entre la vida y la muerte. Sin embargo, los Estados no toman esta decisión desde el derecho sino desde la política.

4. INSTRUMENTALIZACIÓN POLÍTICA DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS

El régimen internacional de los refugiados se estableció a principios del siglo XX cuando la Sociedad de Naciones recibió el mandato de encontrar una solución para proteger a las víctimas del fascismo (minorías étnicas, religiosas, políticas, sexuales) y, posteriormente, Naciones Unidas a las víctimas de la Guerra Fría (personas perseguidas en el contexto del así llamado socialismo real): a los refugiados de los países comunistas, contexto en el cual fue adoptada la Convención de 1951. Así, la figura del asilo en la legislación internacional fue originalmente concebida en un contexto político (público), donde la persecución era llevada a cabo por agentes del Estado o protegidos por éste (Estévez, 2018, p. 170). Desde entonces, este régimen ha pasado por cuatro fases en las que ha sido instrumentalizado políticamente de acuerdo con los intereses de los Estados occidentales dominantes (Chimni, 2009, p. 16).

Fase 1: 1914-1945

En en el período entre guerras, como consecuencia de la caída de los imperios austro-húngaro y otomano, el genocidio armenio, y la reconfiguración de los estados-nación con la Primera Guerra Mundial, tuvieron lugar importantes desplazamientos forzados de personas. En este contexto, se realizaron los primeros esfuerzos a nivel internacional para encontrar una solución para estas personas extranjeras desplazadas por los distintos conflictos bélicos, los cuales estuvieron guiados por los intereses prácticos y las necesidades de las potencias aliadas y vencedoras en las dos guerras mundiales, como el atraer refugiados calificados que fueran profesionistas, incluidos médicos y científicos (Chimni, 2009). Es característico de esta etapa que el régimen internacional de protección funcionó con base en grupos y categorías específicos de refugiados, sin llegar a una definición general que permitiera aplicar este estatuto a otras personas ajenas a dichos grupos y sin que se lograra en este período un compromiso de los Estados a largo plazo.

Después de que terminó la Primera Guerra Mundial, y como resultado de la firma del Tratado de Versalles, en 1919 surgió la Sociedad de Naciones, que fue el primer intento de organización formal de la comunidad internacional. El nuevo organismo internacional se enfrentó a un problema de enormes proporciones: Europa contaba con nuevos países surgidos de los antiguos imperios europeos desmembrados; había conflictos fronterizos entre minorías étnicas y nacionalistas; y en Rusia, con el derrocamiento de la monarquía zarista y el ascenso de los bolcheviques al poder en 1917, se originó un sangriento conflicto civil. Como consecuencia, entre 1914 y1922, había entre 4 y 5 millones de personas desplazadas forzosamente de sus países de origen: los refugiados (Hobsbawn, 1998, p. 59).

En consecuencia, en 1921 el Comité Internacional de la Cruz Roja solicitó apoyo a la Sociedad de Naciones para que brindara asistencia a más de 1 millón de rusos desplazados durante la guerra civil en su país. Entonces, la Sociedad de Naciones nombró al explorador polar noruego Fridtjof Nansen como “Alto Comisionado de la Sociedad de Naciones en relación con los problemas de los refugiados rusos en Europa”. Nansen negoció con los Estados de recepción de los refugiados rusos la definición de su estatuto y protección legal y les gestionó empleo o su repatriación voluntaria. A su

vez, convocó a una conferencia internacional en la cual se acordó el establecimiento de documentos de viaje e identidad para los refugiados, que fueron comúnmente conocidos como los "pasaportes Nansen" (ACNUR, 2000, p. 18). En 1922, la Sociedad de Naciones extendió la responsabilidad a Nansen: ahora también se ocuparía de la situación de los aproximadamente 2 millones de griegos que huyeron como resultado de la guerra greco-turca y, posteriormente, de los refugiados armenios, asirios, asirio-caldeos y turcos (ACNUR, 1992, p. XIV).

Para 1930 Nansen había muerto y su encargo encontró continuidad, por un tiempo, en la Oficina Internacional Nansen. Sin embargo, la crisis económica mundial de 1929-1933 afectó fuertemente a Europa y permitió un ascenso de fuerzas políticas fascistas con ánimos revisionistas del Tratado de Paz de Versalles por los resultados obtenidos durante la 1ª Guerra Mundial, sobre todo por parte de Alemania, la principal perdedora. El ascenso de Hitler al poder en 1933 y su idea de una raza aria superior provocó que para ese año se produjera un éxodo de judíos de Alemania motivado por el recrudecimiento de las medidas represivas en su contra. Esto dio origen en ese año al nombramiento del profesor y periodista estadounidense James McDonald como "Alto Comisionado para los Refugiados procedentes de Alemania" (ACNUR, 2000, p. 18).

No obstante, la labor de McDonald no fue fácil: la Sociedad de Naciones se encontraba en plena crisis de legitimidad tras la salida del organismo internacional de Alemania, Italia y Japón, y la nula solidaridad de sus demás miembros para ayudar financieramente a estos refugiados. Para 1935 la situación de los judíos en Alemania era cada vez más insoportable al verse privados de la ciudadanía y del derecho al voto. El éxodo aumentó, pero la Sociedad de Naciones no mostró disposición de adoptar medidas más enérgicas a favor de esos refugiados. Decepcionado, McDonald renunció a su cargo en diciembre de 1935. Se estima que en los dos años que duró en su encargo, ayudó a reasentar a unos 80 mil judíos, sobre todo en Palestina (ACNUR, 2000, p. 19-20).

Los trabajos de Nansen y McDonald constituyen los primeros pasos para definir un concepto que precisara quién es un refugiado, a partir de una serie de acuerdos internacionales adoptados al respecto en el período entreguerras mundiales: el Acuerdo sobre Refugiados Rusos, de 5 de julio de 1922; el Acuerdo sobre Refugiados Armenios, de 31 de mayo de 1924; el Acuerdo sobre otros Grupos de Refugiados (sirios y turcos), de 30 de junio de 1928; el Plan para Brindar Certificados de Identidad a los Refugiados del Saar, de 30 de julio de 1935; el Acuerdo sobre la Condición de Refugiados venidos de Alemania, de 4 de julio de 1936; la Convención de Refugiados venidos de Alemania, de 10 de febrero de 1938; y el Convenio para Brindar Documentos de Viajes a Refugiados venidos de Alemania, Austria y España, de 15 de octubre de 1946 (ACNUR, 1979, p. 3). No obstante, estos avances normativos tuvieron un carácter muy limitado ya que cada uno de ellos se refería a un grupo específico de refugiados, caracterizado por su origen nacional y el territorio del que salieron, sin hacer generalizaciones aplicables a personas de otros orígenes.

La 2ª Guerra Mundial interrumpió los esfuerzos emprendidos a favor de los grupos específicos de refugiados y ocasionó más desplazamientos humanos en proporciones nunca antes vistas. Se calcula que en mayo de 1945 había en Europa más de 40 millones de personas desplazadas, además de 11.3 millones de trabajadores forzosos y otros

desplazados que los aliados encontraron en el territorio de la derrotada Alemania fascista. Por ello, antes del final de la guerra, en noviembre de 1943, las fuerzas aliadas crearon la Administración de las Naciones Unidas de Socorro y Reconstrucción (UNRRA), la cual estaba encargada de asistir a las personas desplazadas. Cuando acabó la guerra, la UNRRA se dedicó principalmente a apoyar la repatriación de las personas que habían huído a otros países. Así, entre mayo y septiembre de 1945 la UNRRA apoyó la repatriación de aproximadamente 7 millones de personas. La UNRRA funcionó hasta 1947 porque Estados Unidos, que financiaba el 70% de sus actividades, no estaba de acuerdo en la repatriación de personas a los nuevos países socialistas. Retiró su apoyo económico y ejerció fuertes presiones para que se creara una nueva organización de ayuda a los refugiados pero con una orientación diferente (ACNUR, 2000, p. 15-17).

Fase 2: 1945-1980

Al finalizar la 2ª Guerra Mundial el mundo quedó dividido en dos bloques: el capitalista y el socialista y tuvo lugar la Guerra Fría entre ambos bloques, cuyas políticas guiaron el régimen internacional de los refugiados en esta etapa y la concesión de asilo en apoyo de los disidentes de un bloque u otro. Por ello, ya bajo el auspicio de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en 1947 se creó la Organización Internacional de los Refugiados (OIR), como un organismo temporal y de mandato limitado hasta 1950 (que se extendería hasta 1952), para facilitar el registro, la clasificación, la protección legal y política, la asistencia, la transportación, la repatriación *a quien así lo quisiera*, y el reasentamiento y reinserción en terceros países de los refugiados de Europa del Este (ACNUR, 1979, p. 10).

De hecho, el mandato de la OIR iba claramente encaminado a reasentar a los refugiados en terceros países, con el fin de que no regresaran a los países socialistas. Por ello, sólo asistió la repatriación de 73 mil refugiados, una cifra muy menor en comparación con la ayuda que otorgó para reasentar a más de 1 millón de refugiados en Estados Unidos (que recibió cerca de la tercera parte de ellos), Australia, Israel, Canadá y varios países de América Latina (ACNUR, 2000, p. 20-21). Los países occidentales receptores argumentaron que el reasentamiento de los refugiados ayudaba a "descongestionar" a una Europa, devastada por la guerra, aunque el verdadero interés radicaba en poner presión al bloque socialista y usar la mano de obra que los refugiados representaban para las economías de los países de reasentamiento, en plena reconstrucción tras el fin de la guerra (Machado Cajide, 2013, p. 94).

En 1950, año en que la OIR debía cesar en sus funciones, aún quedaba alrededor de 1 millón de refugiados en Europa sin solución a su situación y había posturas encontradas en relación con la labor que desarrollaba. Los Estados miembros de la ONU coincidían en que era necesario dar continuidad a la cooperación para los refugiados, pero existían contradicciones respecto a los métodos y objetivos de esa cooperación. Estados Unidos, que aportaba más del 66% de los fondos, reprochaba el alto costo de su funcionamiento. Los países socialistas, de otro lado, consideraban que la OIR había sido utilizada por Occidente como un instrumento político para impedir el retorno de sus nacionales (Machado Cajide, 2013, p. 94).

En este contexto, se creó el ACNUR en 1950 y en 1951 se adoptó el tratado internacional que regularía la materia. Sin embargo, ninguno de estos procesos estuvo libre de ser

guiado por los intereses políticos de los Estados dominantes. En el caso del ACNUR, los países socialistas no vieron con buenos ojos su creación al sentirse políticamente agredidos por la tendencia de propiciar el reasentamiento de sus ciudadanos como refugiados en países occidentales, en lugar de promover su repatriación. Estados Unidos quería una institución que le costara menos dinero y que no participara en operaciones de asistencia de emergencia sino que se limitara a concluir el reasentamiento de los refugiados a los que la OIR aún no había ofrecido una solución. Y los países de Europa occidental, los más afectados por el problema de los refugiados, abogaban por una organización fuerte, permanente, independiente, con propósitos múltiples, con potestad para recaudar fondos y para asistir a los refugiados (ACNUR, 2000, p. 21-22).

En el caso de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, en los trabajos preparatorios afloraron las contradicciones por los intereses diversos de los Estados partes. Los representantes de Europa occidental eran partidarios de una definición amplia del concepto "refugiado" que se apartara de la práctica seguida hasta el momento de ofrecer ayuda sólo a determinadas categorías de personas según su origen nacional o la circunstancia específica de su huída como grupo. Sin embargo, entre esos mismos países había opiniones diversas respecto a cuál debería ser esa definición "amplia". Por su parte, Estados Unidos promovía una definición restringida, pues una de carácter general implicaría obligaciones legales de mayor alcance. De los países socialistas, sólo Yugoslavia participó (ACNUR, 2000, p. 28).

En relación con el "derecho de asilo", aún cuando había un "poderoso" fundamento legal, el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que estableció el derecho de toda persona a buscar y a disfrutar de asilo en cualquier país, la opinión prevaleciente fue la de no reconocer en la Convención un derecho de asilo, de modo que cada Estado pudiera preservar su potestad soberana de autorizar o no la entrada en su territorio a las personas que estimara pertinente. Lo que se hizo fue reconocer el principio de no devolución, es decir, la obligación de los Estados de no expulsar ni devolver a un refugiado a otro Estado donde pueda sufrir persecución (ACNUR, 2000, p. 29-30). Así, la Convención de 1951 trata de la protección a los refugiados sin mencionar más que en su preámbulo la concesión de asilo por parte de los Estados.

Aún más, la Convención nació como un instrumento de protección bastante restringido ya que consideró consideró solamente como refugiados a quienes necesitaran protección internacional como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, aún cuando hubiera personas que reunieran los demás requisitos de la definición de refugiado, y permitió a los Estados la posibilidad de formular una declaración en la que limitasen sus obligaciones a los refugiados europeos. Esto indica que el interés principal de los Estados era resolver el problema de los refugiados ya existentes, pero no establecer compromisos para el futuro. Así pues, los Estados occidentales crearon el ACNUR y redactaron la Convención de la ONU sobre los Refugiados pensando en los refugiados que huían de los regímenes comunistas.

Después de que entró en vigor de la Convención de 1951, el problema de los refugiados, lejos de solucionarse y desaparecer, se reprodujo y diversificó como resultado de un gran número de conflictos. Por ejemplo, la intervención soviética en Hungría en 1956 generó desplazamientos humanos que resultaban de interés político para los gobiernos

occidentales por el contexto de la Guerra Fría. Y en África, los conflictos ocurridos en las décadas de los 50' y 60' y el proceso de descolonización de los años 60 dejaron sangrientas guerras civiles –particularmente en la región de los Grandes Lagos: Congo, Ruanda y Burundi– que produjeron miles de refugiados. Sin embargo, estos refugiados –a diferencia de los dejados por las intervenciones soviéticas– no eran de interés para las potencias occidentales e incluso su protección entraba en contradicción con sus intereses o al menos les resultaba incómoda (ACNUR, 2000, p. 43 y ss.).

Estas nuevas personas desplazadas forzadamente no eran refugiadas en los términos de la Convención de 1951, por lo cual se impuso la necesidad de actualizar la norma por las recientes circunstancias que eran de interés político para los Estados occidentales. Así nació el Protocolo de 1967, el cual eliminó las limitaciones temporal y geográfica de la Convención (art. 1).

La década de los 70' fue testigo de conflictos desde distintas latitudes que generarían millones de refugiados alrededor del mundo: en 1971, la independencia de Bangladesh provocó la huida de aproximadamente 10 millones de refugiados bangladeshíes a la India, en lo que constituyó el mayor desplazamiento de refugiados de la segunda mitad del siglo XX (Banerjee, 2016, p. 613). Le seguirían los refugiados tibetanos en la India, los rohingyas de Birmania que huyeron a Bangladesh, y los asiáticos expulsados de Uganda por el presidente Idi Amin en 1972. Además de la huida de refugiados de Camboya, Laos y Vietnam que se produjo tras las convulsiones políticas que afectaron a esos países a mediados de la década de 1970 (Mcconachie, 2016, p. 627). El éxodo de Indochina se prolongó más de veinte años, durante los cuales más de 3 millones de personas huyeron de sus países (ACNUR, 2000, p. 67-89).

A la par, en la década de los 70', la distancia cada vez mayor entre los países desarrollados de Europa occidental, Estados Unidos, Canadá, Japón, Australia y el resto de las naciones (africanas, latinoamericanas, varias asiáticas e incluso algunas europeas) en los aspectos industrial, tecnológico, educativo y en los niveles de bienestar económico de la población trajo como una de sus consecuencias un mayor volumen de migración internacional. Esto llevó a las potencias desarrolladas a adoptar una actitud defensiva y a endurecer su política de inmigración, lo cual sería determinante en el tratamiento de los refugiados en los años venideros.

Tercera fase: 1982-2001

La tercera fase se caracterizó por la intensificación de las tensiones de la Guerra Fría y las luchas de poder en el tercer mundo. Proliferaron los golpes de Estado en estos países y las intervenciones de las democracias occidentales en sus guerras civiles, provocando su intensificación y la producción de grandes flujos de refugiados (Chimni 1998, 2009: 13). Los Estados dominantes tenían, como hasta ahora, evidentes intereses estratégicos para conceder asilo, pero mostraron poco interés en encontrar soluciones a largo plazo y duraderas para los refugiados. Por el contrario, los utilizaron como peones en los juegos geopolíticos destinados a desestabilizar a ciertos regímenes y a fomentar la rebelión en sus países de origen. Éste fue el caso de los muyahidín afganos en Pakistán, el Jemer Rojo camboyano en Tailandia, los movimientos de oposición de Eritrea y Etiopía con bases en Sudán y los rebeldes en Centroamérica.

Así, los años 80' se caracterizaron por ser una década de sucesivos movimientos forzados de población en los que comenzaron a mezclarse factores de orden económico y político. Por ejemplo, en el Cuerno de África, una serie de guerras, exacerbadas por el hambre, provocaron que millones de personas huyeran de sus hogares, como los etiopes que huyeron a países vecinos como Sudán, Somalia y Yibuti en una de las migraciones forzadas más representativas de la década (Kibreab, 2016, p. 573 y ss.). En Afganistán –una región de importancia estratégica– la invasión soviética causó la expulsión de millones de afganos hacia Pakistán (3 millones) e Irán (otros 3 millones) (Monsutti & Balci, 2016, p 599). En Centroamérica, tres guerras distintas –en Guatemala, El Salvador y Nicaragua– desembocaron en el desplazamiento de más de 2 millones de personas (ACNUR, 2000, p. 117). Y en América del Sur, el derrocamiento en Chile en 1973 del gobierno de Salvador Allende, elegido democráticamente, y la instauración de una junta militar en Argentina en 1974 produjeron cerca de 1 millón de refugiados (Zolberg, A., Shurke, A., Aguayo, S., 1989).

En Centroamérica en décadas anteriores habían tenido lugar luchas violentas entre los campesinos pobres sin tierras –que querían la reforma social y agraria– y las élites propietarias de tierras, respaldadas por el ejército y las potencias occidentales. Por ello, la intervención militar de Estados Unidos en los 80' a favor de las élites gobernantes, en aras de evitar la propagación del comunismo cerca de las fronteras estadounidenses –ya que se asociaba a los rebeldes con el régimen cubano comunista–, así como para proteger sus intereses económicos en la región, fue clave para el éxodo de miles de personas (Bradley, 2016, p.666).

En Guatemala, desde 1954 Estados Unidos ayudó a la milicia guatemalteca a derribar al presidente Jacobo Arbenz, electo democráticamente, para proteger intereses corporativos y prevenir que se extendiera el comunismo en Guatemala, donde la guerrilla –apoyada por los indígenas que constituían la mayoría de la población pero estaban excluidos de la vida política y económica– combatía al gobierno. En 1982, el general guatemalteco Efraín Ríos Montt dio un golpe de Estado para hacerse del poder y recibió ayuda militar de la Agencia Central de Inteligencia estadounidense (CIA) para apagar las operaciones de insurgencia y eliminar las guerrillas. Ríos Montt creía que los grupos indígenas mayas era "naturalmente" propensos al comunismo por lo que la contrainsurgencia tenía como objetivo no solo combatir a la guerrilla, sino eliminar a los indígenas mayas como grupo. El presidente estadounidense Ronald Reagan financió las operaciones de contra insurgencia con armas y entrenamiento, contribuyendo activamente a la matanza de más de 20,000 indígenas. Un millón de indígenas fue desplazado internamente, mientras que otros 200,000 huyeron a México. Solo un cuarto de estos refugiados fueron albergados en los campos del ACNUR (Jonas, 2013).

En Nicaragua, Estados Unidos había apoyado al régimen de Somoza por tres generaciones. Sin embargo, en la década de 1970, partidos políticos, estudiantes, sindicatos y muchos ciudadanos de clase media, así como la Iglesia católica, se opusieron al último de estos dictadores: Anastasio Somoza Debayle. Para 1979, el Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN), de izquierda, había avanzado significativamente y, en julio de 1979, Somoza huyó del país, el cual quedó bajo el control de los sandinistas. En poco tiempo, muchos nicaragüenses adinerados y de clase media y miles de miembros del gobierno de Somoza y de las fuerzas armadas abandonaron el país. Mientras tanto, la mayoría

de los nicaragüenses que se habían exiliado empezó a regresar a sus casas. Algunos de los que huyeron a Honduras crearon un grupo armado de oposición conocido como los "contras" (contrarrevolucionarios), el cual durante la guerra de los años 80' recibió apoyo de Estados Unidos ya que consideraba el gobierno sandinista de Nicaragua de izquierda una amenaza para sus intereses (ACNUR, 2000, p.135).

En El Salvador, que desde su independencia venía sufriendo frecuentes golpes de Estado y violencia política, los grupos rebeldes –aunque fragmentados– también se impusieron durante los años setenta. Alentados por el clero católico, miles de campesinos se unieron a organizaciones que pedían la reforma agraria y más justicia social. El gobierno respondió aumentando la represión y se cometieron miles de homicidios políticos. Estas represiones, en lugar de acabar con la disidencia, propiciaron un mayor apoyo a los insurgentes, especialmente en las zonas rurales. Para enero de 1981 ya había una gran diversidad de grupos de oposición que se unieron para formar el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), el cual se estableció como una importante presencia militar en muchas zonas del país y se convirtió en una seria fuerza política tanto dentro como fuera de sus fronteras. En respuesta, Estados Unidos aumentó la ayuda militar al gobierno salvadoreño y se inmiscuyó de forma más directa en la campaña de las fuerzas armadas salvadoreñas contra el FMLN. El conflicto entre el ejército salvadoreño y el FMLN continuó a lo largo de toda la década de 1980 (ACNUR, 2000, p. 135).

La mayoría de personas que huyeron de sus hogares como consecuencia de estos conflictos armados se convirtieron en desplazadas internas o en migrantes irregulares en otros países de América Central como Honduras, Costa Rica, Belice y Panamá, o de América del Norte como México, Estados Unidos y Canadá. En América Central y México sólo alrededor de 150,000 fueron reconocidos como refugiados. En Estados Unidos, a la mayoría de los más de 500,000 centroamericanos que llegó buscando asilo se le denegó por consideraciones de carácter político. Los nicaragüenses en general eran bien recibidos y recibían asilo, mientras que a un gran número de guatemaltecos y salvadoreños se les denegó y fueron expulsados, aunque algunos grupos se beneficiaron de aplazamientos de la expulsión (ACNUR, 138-139). En suma, la mayor parte de desplazados forzados de la región no fue reconocida como refugiada por los países receptores, al considerar que el deterioro económico que afectaba a las naciones de procedencia, sumado a los problemas políticos, hacía sumamente difícil distinguir entre las personas que emigraban por motivos económicos y las que salían por factores político-ideológicos (Palma Mora, 2001).

Al término de la década de los 80', el final de la Guerra Fría creó nuevas oportunidades para la paz. Sin el apoyo de las superpotencias, pronto finalizaron las guerras por poderes que habían hecho estragos en varios países del tercer mundo. En Afganistán, las tropas soviéticas se retiraron del país en 1989, poco antes de que la propia Unión Soviética se desmoronase. En Etiopía, el gobierno del presidente Mengistu cayó en 1991, lo que se tradujo en un período de calma relativa en el país. En Eritrea, la guerra civil más larga de África llegó a su fin en 1991, y el país obtuvo formalmente la independencia en 1993 (ACNUR, 2000, p. 145-146).

En Centroamérica, el proceso de paz comenzó con el Acuerdo de Esquipulas II de 1987. En El Salvador y Guatemala se alcanzaron acuerdos formales de paz en 1992 y 1996,

respectivamente, aunque muchos de los refugiados regresaron antes de esas fechas. En cada caso, los acuerdos de paz desembocaron en movimientos de repatriación a gran escala, incentivados por los países a los que habían llegado los refugiados, los cuales ya empezaban a considerarlos como una "amenaza" a su seguridad. A mediados de la década de los 90' la casi totalidad de salvadoreños (32,000) había regresado a su país. Para 1999, 42,000 guatemaltecos habían sido repatriados desde México, mientras que otros 22,000 (11,000 nacidos en territorio mexicano) habían decidido establecerse de forma permanente en ese país. En Nicaragua la repatriación a gran escala tuvo lugar hasta 1990 que el gobierno sandinista fue derrotado en las urnas. Así, a principios de la década de los 90' la mayoría de los 72,000 refugiados, 350,000 desplazados internos y 30,000 ex combatientes regresaron a sus hogares (ACNUR, 2000, p. 153).

La llegada de miles de europeos procedentes de los países socialistas –en los que estaban ocurriendo una serie de cambios sociopolíticos– a los países desarrollados de Europa occidental, Estados Unidos, Canadá, Japón y Australia intervino en las restricciones que estos países implementaron a sus políticas y normativas de acceso al asilo. En Europa se instrumentó una política de desviación de los refugiados hacia terceros países y se aplicó más rigurosamente la Convención de 1951, a fin de excluir a las personas que no cumplieran cabalmente con la definición de refugiado establecida en la Convención. Estados Unidos instauró una política de asilo selectiva y desigual que otorgó protección a las personas procedentes de países comunistas (por ejemplo los cubanos), pero que se la negó a las procedentes de El Salvador (Coutin, 2006, 2016), Guatemala y Haití, aduciendo que se trataba de emigrantes económicos y no de refugiados (Ramji-Nogales, Schoenholtz & Phillip G. Schrag, 2007). El asilo, una vez más, fue instrumentalizado políticamente para desprestigiar y oponerse a los regímenes socialistas y negar la protección a los refugiados procedentes de países en conflicto del tercer mundo.

Cuarta fase: 11 septiembre de 2001 a la actualidad

La cuarta fase del régimen internacional de refugiados está marcada por la amenaza mundial del terrorismo –después del atentado a las torres gemeales en Nueva York el 11 de septiembre de 2001–, la violencia criminal y de género, el exacerbamiento del cambio climático y el extractivismo. Los desplazamientos forzados –internos e internacionales– han continuado en aumento a la par de los deseos de los países ricos de proteger sus fronteras de migrantes no deseados (generalmente pobres y no blancos, considerados racial y culturalmente inferiores), y de la desconfianza y deslegitimación creciente de las motivaciones de los solicitantes de asilo del tercer mundo, a quienes se les considera como migrantes económicos y una amenaza para su seguridad.

Esto ha tenido como resultado la implementación de estrictos controles tanto en las fronteras como en los procedimientos migratorios y de asilo, en aras de proteger la seguridad de los Estados receptores. En adición, se han ampliado los motivos para la detención y, cuando estudian las solicitudes de asilo, los Estados se centran mucho más en la detección de riesgos potenciales para su seguridad. En algunos casos, la situación posterior al 11 de septiembre se ha utilizado para incrementar el ámbito de las exclusiones de la Convención de 1951, lo que permite denegar a los solicitantes de asilo el acceso a los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado y facilita

su expulsión. Ello en virtud de que en opinión de los países receptores "el asilo es una excepción [a su soberanía nacional] que permite pasar a demasiada gente" (ACNUR, 2006, p. 2). Estos episodios se han producido en un contexto de mayor colaboración entre las autoridades encargadas del asilo y la inmigración y los servicios de inteligencia y la policía; en suma, en un escenario de securitización[4] de las migraciones (Campesi, 2012).

Al cerrarse los canales legales de acceso, delitos que generan ganancias millonarias para el crimen organizado como el tráfico y la trata de personas han aumentado, lo cual tiene un costo más allá de lo económico para los solicitantes de asilo ya que pone en riesgo que se les acepte como refugiados puesto que a criterio de muchos países no sólo no respetan las fronteras nacionales sino que se asocian con bandas criminales para lograrlo. Esto justifica que consideren sus motivaciones para pedir asilo como falsas y que se les limiten derechos básicos en un contexto post 11 de septiembre que los políticos –como Donald Trump– han aprovechado para alimentar sentimientos antiextranjeros y actitudes xenófobas en las sociedades de acogida, en perjuicio de los refugiados y los solicitantes de asilo.

De este modo, los principios básicos de la protección internacional a los refugiados: 1) *non-refoulement* (no devolución) –que recalca que éstos no deben ser devueltos a ningún lugar donde puedan sufrir persecución– e 2) imparcialidad –según la cual se brinda protección a todos ellos sin discriminación alguna– pareciera que no tienen vigencia en el contexto actual. Si bien motivaciones políticas y estratégicas siempre han guiado el otorgamiento de la protección internacional (mano de obra, reforzar objetivos estratégicos e ideológicos, etc.), en la era actual dichos principios base parece que han perdido toda significación ya que al momento de decidir si se otorga o no asilo cualquier interés parece prevalecer sobre el derecho internacional, los derechos humanos y las obligaciones de los Estados en este respecto. Esto ha eclipsado la posibilidad de que personas perseguidas en los contextos actuales accedan al asilo, mermando gravemente su acceso a este derecho humano y, en consecuencia, a sus derechos humanos a la seguridad y libertad personales y a la vida.

Otra situación que ha mermado el acceso al asilo para las personas perseguidas en el contexto contemporáneo ha sido la proliferación de mecanismos alternativos al asilo que son más discrecionales, garantizan menos derechos que los de la Convención de 1951 y permiten a los Estados evadir efectivamente sus obligaciones internacionales. Estos mecanismos incluyen las figuras de "país de origen seguro", "alternativa de reubicación interna", "protección efectiva en otra parte" y "tercer país seguro", los cuales han sido posibles a través de la instrumentalización de la Convención de 1951 a favor de los intereses de los Estados dominantes ya que la Convención no contempla estas figuras ni obliga, en ningún lado, a que las personas reciban asilo en los Estados con los que puedan tener algún lazo o por los que hayan transitado.

4 La "securitización" es un término desarrollado por la *Copenhagen School of Critical Security Studies* para nombrar al proceso mediante el cual un fenómeno político y social es comprendido a través de una "óptica securitaria" que justifica la adopción de medidas especiales que exceden el marco jurídico y los procedimientos ordinarios de decisión política (Waever, 1995).

No obstante, el ACNUR, a través de su Comité Ejecutivo (EXCOM), introdujo estas figuras en 1989, cuando las migraciones empezaron a tomar un giro securitario, bajo el falaz argumento de que lo que no está prohibido está permitido (ACNUR, 1989). Además de que señala que los refugiados no tienen un derecho irrestricto de elegir el país de asilo, aunque "sus intenciones deberían tomarse en consideración" (ACNUR, 1979). La retórica que justifica estas figuras es que reducen los movimientos migratorios irregulares ulteriores, se evita la creación de situaciones de refugiados en "órbita" y se fomenta la cooperación internacional y la responsabilidad compartida (ACNUR, 2018, p. 3). Sin embargo, en la práctica estos acuerdos son usados por los países ricos para disminuir el número de solicitantes de asilo en sus territorios, evadir sus obligaciones de protección internacional y trasladarlas a otros países (generalmente en vías de desarrollo) y, en último término, para dejar morir a estas personas. A continuación se señalan ejemplos en Europa y América que ilustran esta situación:

a) El Sistema Dublín de la Unión Europea, adoptado en la Convención de Dublín en 1990 y posteriormente sustituído por la Regulación de Dublín II en 2003 y la de Dublín III en 2013, tiene como fin determinar de forma rápida y a partir de criterios preestablecidos qué Estado miembro es responsable de examinar cada solicitud de asilo. Intenta evitar que una persona solicite asilo en el país de su elección (*asylum shopping*) o que se encuentre en Europa sin que ningún país tome la responsabilidad de examinar su solicitud (*orbiting*). El sistema es criticado, entre otras razones, por violar *los derechos de los refugiados* ya que no todos los Estados realizan un examen justo y eficiente de las solicitudes de asilo y no todos los Estados pueden ser considerados como "seguros". Además de que los solicitantes de asilo son detenidos por largos períodos antes de ser transferidos a otro país, lo cual muchas veces se hace en contra de su voluntad (Gil, 2015) (Guild, Costello, Garlik, Moreno, & Carrera, 2015) (Fratzke, 2015).

b) El Acuerdo Unión Europea-Turquía de 2016 tiene como fin erosionar la ruta migratoria de los Balcanes usada por sirios, afganos, eritreos, iraquíes y malienses que intentan llegar a Europa central y del norte para escapar de los conflictos armados y las dictaduras militares en sus regiones de origen. La premisa del Acuerdo es usar a Turquía como "tercer país seguro" –a cambio de un desembolso económico de la UE– ya que se estableció la devolución de todos los migrantes que lleguen a las islas griegas de forma irregular, a menos que soliciten asilo ahí, en la Grecia insular, *de conformidad con* la Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (European Council & Council of the European Union, 2016).

Este acuerdo es a todas luces ilegal dado que Turquía no puede considerarse como un país seguro porque no ha adoptado la Convención de 1951 en su totalidad al no haber ratificado el Protocolo de 1967 que amplía el ámbito geográfico de la Convención más allá de las fronteras europeas, por lo que no reconoce como refugiados a quienes no son europeos. Esto, además, contraviene la Directiva 2013/32 que prohíbe las expulsiones colectivas de los solicitantes de asilo y obliga a las autoridades europeas a trasladar a "terceros países seguros" (que deben haber ratificado la Convención de 1951 sin restricciones geográficas) a las personas que ven rechazadas sus solicitudes de asilo (De Lucas, 2016).

A tres años de la entrada en vigor del Acuerdo, el saldo se traduce en miles de muertes en el mar Egeo, miseria, detenciones arbitrarias y sufrimiento para los solicitantes de asilo que se han quedado varados en las islas griegas en espera de la resolución de sus solicitudes. Algunas personas han sido devueltas a Turquía, pero la mayoría se encuentra en los cinco 'hotsposts' de las islas griegas del Egeo. El número de devoluciones a Turquía es bajo porque los comités de apelaciones de asilo de Grecia han establecido, en la mayoría de los casos, que **Turquía no brinda protección efectiva a los refugiados**, por lo que no pueden ser devueltos allí (Amnistía Internacional, 2017) (Médicos sin Fronteras, 2019). No obstante, el Acuerdo ha tenido un efecto deseado por la UE: la reducción del número de solicitantes de asilo en los otros Estados miembros. En 2015 y 2016 se presentaron 1.3 millones de solicitudes de asilo en la UE; en 2017 esta cifra se redujo a la mitad con 655,000 solicitudes; y en 2018 el número disminuyó a 581,000 solicitudes (EUROSTAT, 2019).

Como se ve, la Unión Europea, "región de justicia, cooperación, seguridad, libre circulación de personas y supresión de fronteras", cerró su sistema de asilo a los refugiados del tercer mundo a través de una política que externaliza sus fronteras. Bajo el discurso securitario de las migraciones, estas personas representan una amenaza potencial para los países de destino en términos de orden público, seguridad nacional, política, identidad y estabilidad socioeconómica, por lo que el objetivo es evitar que pisen sus territrios a través de la implementación de distintas tecnologías de poder como la del "tercer país seguro".

c) "Declaración Conjunta México – Estados Unidos" del 5 de junio de 2019. A través de este acuerdo, Estados Unidos cerró su sistema de asilo a los centroamericanos y México se convirtió *de facto* en tercer país (in) seguro, ya que las personas que crucen la frontera sur de Estados Unidos para solicitar asilo serán devueltas a México sin demora, donde deberán esperar la resolución de sus solicitudes de asilo y se les darán oportunidades laborales y acceso a la salud y educación. Por su parte, Estados Unidos se compromete únicamente a acelerar la resolución de solicitudes de asilo y proceder con los procedimientos de deportación de la forma más expedita posible. Y ambos países reiteran su compromiso para fortalecer y ampliar la cooperación bilateral y evitar la migración forzada a través del Plan de Desarrollo Integral, pero sin dar datos sobre aportaciones económicas u otras consideraciones (SRE, 2019).

Este acuerdo es una clara instrumentalización del derecho de asilo para favorecer los intereses racistas y clasistas de Estados Unidos en su gestión de la migración. A fin de cuentas, estamos hablando de una migración no blanca y pobre que es vista como racial y culturalmente inferior, y cuyas vidas son disponibles, desechables e intercambiables por dinero (Estévez, A., 2012, p. 24, 28). Esta instrumentalización del derecho de asilo tiene dos consecuencias:

Primera. El derecho de asilo –que intenta salvar la vida de las personas perseguidas– se ha quedado sin contenido al quitarle su principal garantía: el principio de no devolución, que es la piedra angular de todo el sistema internacional de los refugiados. Así, el derecho de asilo ha sido desnaturalizado y mercantilizado en un acuerdo que

intercambia vidas por aranceles,[5] rompiendo toda la lógica de este derecho: proteger a las personas perseguidas y amenazadas en su vida, seguridad y libertad.

Segunda. Se está dejando morir a las personas centroamericanas al devolverlas a México ya que México, de ninguna manera, puede ser considerado como un "tercer país seguro" porque:

1) su sistema de asilo es injusto, deficiente y devuelve a los solicitantes de asilo a sus países de origen donde corren un riesgo real de persecución u otras violaciones graves a sus derechos. Quien busca asilo en México es admitido dentro un estado de excepción permanente que se ha vuelto la regla, pues el procedimiento para la determinación de refugiado se encuentra plagado de obstáculos jurídicos y prácticos que producen un derecho humano al asilo sin contenido, sistemáticamente no realizable para las personas con necesidades de protección internacional (Ortega, 2018, p. 723)

b) México es un espacio de muerte para los migrantes irregulares y solicitantes de asilo por distintas necropolíticas[6] ampliamente conocidas como masacres y desapariciones forzadas (por ejemplo, San Fernando, Cadereyta, Ayotzinapa), ejecuciones, linchamientos, feminicidios, homicidios y violencia contra personas LGBT, trata sexual –especialmente de niños y mujeres– y laboral, reclutamiento por el crimen organizado, secuestro, extorsión, guerras entre cárteles, entre otros. De este modo, los migrantes y solicitantes de asilo, en su tránsito por México, encuentran la muerte y sufren distintos tipos de violencia, abusos y delitos, situaciones ampliamente documentadas por organizaciones de la sociedad civil (Suarez, Knippen, & Meyer, 2015) (REDODEM, 2017) (REDODEM, 2018).

5. ASILO: ¿DERECHO HUMANO O PRERROGATIVA DEL ESTADO?

Si bien los Estados que ratifican o se adhieren a un tratado internacional contraen obligaciones jurídicas vinculantes, seguimos viviendo en un contexto donde la soberanía estatal juega un papel primario en las relaciones internacionales, hayan o no temas de derechos humanos comprometidos. Por ello, los instrumentos internacionales del sistema universal, que son la base actual del sistema legal de protección para los refugiados, no imponen a los Estados firmantes la obligación de otorgar la condición de refugiados a cada persona que les solicita asilo y éstos tienen la libertad de establecer sus propias reglas, procedimientos e instituciones para procesar las solicitudes de asilo y tomar decisiones. De este modo, podemos decir que el asilo más que un derecho humano es una prerrogativa de los Estados.

5 El origen de este acuerdo fue la amenaza del presidente Donald Trump al gobierno mexicano de mayo de 2019 de aumentar los aranceles para las exportaciones de los productos mexicanos de forma progresiva a partir del 10 de junio de 2019 si no hacía algo decisivo para frenar la migración irregular centroamericana (El País, 31 de mayo de 2019).

6 Achille Mbembe, pensador camerunés, ha construido una línea de pensamiento en la que sostiene que la biopolítica no es suficiente para entender cómo la vida se subordina al poder de la muerte en África y países del tercer mundo (como México y Centroamérica), donde las personas viven como muertos vivientes por las condiciones precarias y de marginación imperantes en esos espacios. Esto es un indicio de que existe una política de muerte que denomina "necropolítica", en vez de una política de vida "biopolítica" en el sentido en que lo entendió Michel Foucault (Mbembe, 2011).

De hecho, la definición legal de "refugiado" de la Convención de 1951 no ha sido adaptada a los fenómenos contemporáneos de desplazamiento forzado y persecusión (como violencia generalizada y persecusión por motivos de género). Pero sí han proliferado categorías sociológicas como migrantes forzados, involuntarios y todas sus derivaciones (migrantes irregulares, climáticos, medioambientales, desplazados forzados, etc.), las cuales fraccionan el concepto normativo de "refugiado" y reducen, de este modo, el número de personas que pueden acceder a este tipo de protección internacional. Este fraccionamiento del término "refugiado", sirve a los intereses racistas de gestión de la migración de los poderes occidentales, al englobar en dichas categorías sociológicas –que no dan protección legal– a la mayoría de personas perseguidas en el mundo, ya que 9 de cada 10 vive en el tercer mundo (Estévez, 2019, p. 416). Ejemplos institucionalizados de esta gestión racista del asilo –que tiene como objetivo que llegue el menor número posible de refugiados procedentes del tercer mundo a los países ricos– se encuentran tanto a nivel regional como global:

A nivel regional se pueden citar en Europa el sistema Dublín (2013) y el acuerdo Turquía-Unión Europea (2016), y en América el acuerdo Estados Unidos-México (2019) y el Acuerdo Estados Unidos-Guatemala de tercer país seguro (2019). Sobra decir que esta gestión racista e institucionalizada del asilo (Estévez, 2019, p. 415) genera ambientes peligrosos y de hostilidad para migrantes, refugiados y solicitantes de asilo en los países de tránsito y destino, los cuales son facilitados por los discursos demagógicos y racistas de políticos de derecha, extrema derecha e incluso neo fascistas. Ejemplos recientes que ilustran esta situación son los 4 tiroteos masivos en Estados Unidos de agosto de 2019: Texas (3 y 31 de agosto), Chicago (4 de agosto) y Ohio (4 de agosto). En el caso del tiroteo del 3 de agosto en el El Paso, Texas, queda claro que fue un crímen de odio que tenía como objetivo eliminar a la población mexicana (BBC, 9 de agosto de 2019).

A nivel global se puede mencionar, de un lado, la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes de 2016, la cual se adoptó con el fin de abordar las insuficiencias de los instrumentos base del régimen internacional de los refugiados en el contexto contemporáneo de desplazamientos forzados. Este proceso se había iniciado desde 2001 con las Consultas Globales sobre Protección Internacional del ACNUR, las cuales concluyeron que la Convención de 1951 sigue siendo la piedra angular del sistema de protección internacional y que los países deben definir "refugiado" en un modo más amplio que el hecho en la Convención de 1951 y usar mecanismos adicionales (protección complementaria) para proteger a los refugiados que no encuadran en la definición de la Convención (ACNUR, 2010). Sin embargo, la Declaración no prosiguió con la labor de las Consultas Globales de 2001. En realidad, fue un llamado a los gobiernos, la sociedad civil y la iniciativa privada para trabajar juntos en un intento por evitar que más solicitantes de asilo lleguen a los países ricos (Estévez, 2019, p. 417).

La Declaración de Nueva York fue emitida con la misma retórica que la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de 2015, la cual reconoce las contribuciones positivas de los migrantes "al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible" y los *problemas complejos* que plantean "el desplazamiento forzoso y la migración irregular de personas en grandes movimientos" (ONU, 2015). Por ello, la Declaración de Nueva York invita "al sector privado y a la sociedad civil, incluidas las organizaciones de refugiados y migrantes, a que participen en alianzas de múltiples interesados para apoyar los

esfuerzos por cumplir los compromisos que asumimos hoy día" (ONU, 2016, párr.15). De este modo, el enfoque del régimen internacional de los refugiados pasó de ser una responsabilidad estatal en materia de derechos humanos y asistencia humanitaria a una cooperación de actores no estatales (Estévez, 2019, p. 416). Esto al final del día diluye las obligaciones estatales en la materia.

Asimismo, la Declaración de Nueva York, si bien reconoce el compromiso de la ONU con los derechos humanos, llama al diseño de una política que prevenga que los refugiados huyan o busquen asilo en los países ricos (Estévez, 2019, p. 417). Esto puede ser visto en afirmaciones como:

"18. Invitamos a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados a colaborar con los Estados y celebrar consultas con todos los interesados pertinentes […]. *El objetivo sería aliviar las presiones sobre los países de acogida afectados, mejorar la autosuficiencia de los refugiados, ampliar el acceso a las soluciones que impliquen a terceros países y apoyar las condiciones existentes en los países de origen para el regreso en condiciones de seguridad y dignidad*".

Esta perspectiva finalmente se cristalizó en los Pactos Globales sobre Migración y Refugiados de 2018. En el Pacto de Refugiados se reafirmaron los objetivos de la Declaración de "aliviar las presiones sobre los países de acogida" a través del involucramiento de los países del tercer mundo en la recepción de solicitantes de asilo (ONU, 2018, párr. 7). A cambio, los países ricos y el sector privado se comprometieron a invertir en servicios e infraestructura en estos países (ONU, 2018, párr. 32). Y el Pacto es claro en señalar que el acceso a los países desarrollados solo se podrá hacer a través de medios "legales" limitados como reunificación familiar, becas de estudiante o visas humanitarias (ONU, 2018, párr. 95). De este modo, los Pactos Globales sobre Migración y Refugiados de 2018 son un esfuerzo más para transferir las obligaciones internacionales de protección de los países ricos a los países del tercer mundo, en aras de que los migrantes irregulares y los solicitantes de asilo no lleguen a los países industrializados, a la par de asegurar ganancias para los negocios internacionales (Estévez, 2019, p. 415).

El régimen internacional de protección de los refugiados fue concebido para ofrecer protección internacional a las personas que no pueden contar con la protección de su propio Estado. Sin embargo, se encuentra en una grave crisis propiciada por los Estados poderosos que han instrumentalizado al asilo de acuerdo con sus intereses políticos desde sus inicios, lo cual es una clara muestra de que es una prerrogativa del Estado y no un derecho humano, y ahora lo sitúan en un estadio donde hay dos régimenes de asilo funcionando simultáneamente: uno en el tercer mundo y otro en los países ricos y poderosos. Como se ha visto, las acciones estatales, regionales y globales de los países dominantes van en el sentido de disuadir e impedir la llegada de solicitantes de asilo y refugiados y descargar sus responsabilidades de protección internacional en los países del tercer mundo (por ejemplo México, Guatemala y Turquía), con el respectivo costo en vida y derechos humanos de los solicitantes de asilo.

6. CONCLUSIONES

La llegada del nuevo mileno ha hecho patente el creciente número de conflictos y personas que carecen de la plena protección de su Estado y que requieren protección

internacional, a la par de la crisis del régimen internacional de los refugiados. Los conflictos actuales afectan a distintos grupos de personas (indígenas, niños, mujeres, LGBT) y combinan varios tipos de violencia (estatal, de género, de mercado, criminal y medioambiental) para alcanzar poder social o económico y, por lo general, afectan regiones ya antes azotadas por problemas similares en procesos cíclicos. En este contexto, los agentes de la violencia se han multiplicado: además de las fuerzas uniformadas y actores no estatales que ejercen el control *de facto* sobre territorios y personas, hay actores privados tolerados por el Estados como el crimen organizado –que busca tomar el control de la tierra, los cuerpos y el territorio con fines económicos–y personas asociadas con movimientos ideológicos internacionales violentos que tratan de aprovechar los motivos de queja locales.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 siguen siendo las piedras angulares del sistema de protección internacional de los refugiados y están concebidos como instrumentos universales de derechos humanos destinados a proteger a los refugiados de la persecución, evitar su devolución y garantizar sus derechos en general. Ello en conjunto con los avances regionales en la materia, especialmente en África y América, y otros en el ámbito internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario y penal. Sin embargo, la experiencia muestra que, aún cuando han permanecido inmutables y cortos ante los desafíos contemporáneos de desplazamientos forzados, muchos de los Estados signatarios no cumplen las obligaciones contraídas en su virtud, no los aplican de forma coherente o no los han incorporado a su legislación nacional, lo cual pone en jaque su carácter universal y demuestra que la práctica del asilo está plagada de contradicciones que evidencian que es una prerrogativa de los Estados y no un derecho humano.

En aras de reconciliar la práctica actual del asilo con su vocación de derecho humano que salva vidas es necesario desarrollar métodos que neutralicen la opacidad de los espacios de excepción en los que opera y en donde valen todo tipo de recortes de derechos y garantías, se legitiman las devoluciones y se externaliza la acogida y atención de refugiados a países que no cuentan con las condiciones para hacerlo. Es necesario apelar a una política en la que no primen los intereses económicos y geopolíticos por encima de las vidas, una donde se cumplan las responsabilidades jurídicas y políticas, habilitando vías legales y seguras que garanticen el acceso al asilo y las medidas de salvamento y rescate. También es necesario que se fortalezca la solidaridad internacional para hacer frente a los retos globales del desplazamiento forzado (Betts & Collier, 2017).

Así, tanto la responsabilidad del Estado como la solidaridad internacional son esenciales para hacer que el régimen de protección internacional de los refugiados funcione con eficacia, se aborden los crecientes problemas del desplazamiento en el mundo y se resuelvan las tensiones sobre la gobernanza de la protección internacional. Los refugiados necesitan protección, no rechazo. Estas personas tienen el derecho legítimo de resisitirse a vivir en espacios donde son perseguidos y corren peligro sus vidas, seguridad y libertad. En palabras de Foucault es: “el derecho de los gobernados a no ser gobernados así” (Foucault, 2000).

7. BIBLIOGRAFÍA

ACNUR (1979). *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*. Ginebra: ACNUR.

ACNUR (1979). *Refugees Without an Asylum Country No. 15 (XXX) - 1979*.

ACNUR (1989). *Problem of Refugees and Asylum-Seekers Who Move in an Irregular Manner from a Country in Which They Had Already Found Protection*Problem of Refugees and Asylum-Seekers Who Move in an Irregular Manner from a Country in Which They Had Already Found Protection. No. 58 (XL) - 1989*.

ACNUR (1992). *Compilación de instrumentos jurídicos internacionales: principios y criterios relativos a refugiados y Derechos Humanos*. San José: ACNUR.

ACNUR (1995). *Guidelines on Sexual Violence Against Refugees.*

ACNUR (2000). *La situación de los refugiados en el mundo*. *Cincuenta años de acción humanitaria*. Barcelona: Icaria, ACNUR.

ACNUR (2002). *Directrices sobre Protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados*.

ACNUR (2006). *La situación de los refugiados en el mundo. Desplazamientos humanos en el nuevo milenio.* Barcelona: Icaria, ACNUR.

ACNUR (2010). Protección de los refugiados en el derecho internacional Consultas Globales del ACNUR sobre Protección Internacional. Barcelona: Icaria, ACNUR.

ACNUR (2018). *Consideraciones legales sobre el acceso a la protección y la relación entre las personas refugiadas y el tercer país en el contexto del retorno o traslado a terceros países seguros*.

ACNUR (2018). *Pacto mundial sobre los refugiados*.

Agamben, G. (2004). *Estado de excepción. Homo sacer II, I*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora, Traducción: Flavia Costa e Ivana Costa.

Amnistía Internacional (2017). *A blueprint for despair human rights impact of the eu-turkey deal*. Disponible en: https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR2556642017ENGLISH.PDF

Banerjee, P. (2016). Forced migration in South Asia. En Elena Fiddian-Qasmiyeh, Gil Loescher, Katy Long, and Nando Sigona (Eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*. Oxford: Oxford University Press.

Bauman, Z. (2008). *Archipiélago de excepciones*. Buenos Aires: Katz.

BBC (2019). Tiroteo en El Paso: el "supremacista blanco" sospechoso de la masacre confesó que su objetivo era matar "mexicanos", *BBC News*, 9 agosto 2019, disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-49301182

Betts, A. & Collier, P. (2017). *Refuge: Rethinking Refugee Policy in a Changing World*. Oxford: Oxford University Press.

Black R. (2001). Fifty years of refugee studies: from theory to policy. *International Migration Review*, 35(1).

Bradley, M. (2016). Forced migration in Central America and the Caribbean: cooperation and challenges. En Elena Fiddian-Qasmiyeh, Gil Loescher, Katy Long, and Nando Sigona (Eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*. Oxford: Oxford University Press.

Coutin, S. B. (2006). Legalizing Moves. Salvadoran Immigrants' Struggle for U.S. Residency. Michigan: The University of Michigan Press.

Coutin, S. B. (2016). Exiled Home: Salvadoran Transnational Youth in the Aftermath of Violence. Durham and London: Duke University Press.

Campesi, G. (2012). Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea. *Revista Crítica Penal y Poder*, 3.

Chimni, B. (2000). *International Refugee Law: A Reader*, New Delhi; Thousand Oaks, California: Sage Publications.

Chimni, B. (2009). The birth of a discipline: from refugee to forced migration studies. *Journal of Refugee Studies,* 22 (1).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Opinión Consultiva OC-25/18, de 30 de mayo de 2018, solicitada por la República del Ecuador la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*.

D' Estefano, M. (1985). *Fundamentos del Derecho Internacional Público Contemporáneo*. La Habana: Universidad de La Habana.

De Lucas, J. (2016). Refugiados como moneda de cambio. Sobre el acuerdo entre la Union Europea y Turquía de 18 de marzo de 2016. *Anuario de Derechos Humanos*, 12.

El País (2019). Trump anuncia un arancel general del 5% a México como castigo por la inmigración irregular, *El País*, 31 de mayo de 2019. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2019/05/31/estados_unidos/1559256743_016777.html

Estévez, Ariadna (2012). Asilo y derechos humanos en Estados Unidos y Canadá. Cuestionamientos a Giorgio Agamben. *Norteamérica*, 7 (1).

Estévez, A. (2018). *Guerras necropolíticas y biopolítica de asilo en América del Norte*. México: UNAM, UACM.

Estévez, A. (2019). Refugees and forced migration. En John Baylis, Steve Smith and Patricia Owens, *The Globalization of World Politics. An Introduction to International Relations*, eight Edition. Oxford: Oxford University Press.

European Council, & Council of the European Union (2016). *EU-Turkey statement, 18 March 2016*. Recuperado de https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/

EUROSTAT (2019). *Asylum statistics*. Recuperado de https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_statistics

Foucault, M. (2000). *Power, vol. 3, Essential Works of Foucault (1954-1984)* (Paul Rabinow). New York: The New Press.

Fratzke, S. (2015). Not adding up. The Fading Promise of Europe's Dublin System. *Migration Policy Institute*. Disponible en: https://www.migrationpolicy.org/research/not-adding-fading-promise-europes-dublin-system

Gil-Bazo, María Teresa (2013). El asilo en la práctica de los Estados de América Latina y África. Informe de investigación, 249. Ginebra: ACNUR.

Gil, M. (2015). The safe third country concept in international agreements on refugee protection assessing state practice. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, *33*(1).

Goodwin Gill. G (2016). The international law of refugee protection. En Elena Fiddian-Qasmiyeh, Gil Loescher, Katy Long, and Nando Sigona (Eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*. Oxford: Oxford University Press.

Guild, E., Costello, C., Garlik, M., Moreno, V., & Carrera, S. (2015). *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin*.

Instituto de Derecho Internacional (1950). *Asilo en el Derecho Internacional Público*, Comisión 5a, Resoluciones aprobadas en su sesión en Bath, septiembre de 1950.

Jonas, S. (2013). Guatemalan Migration in Times of Civil War and Post-War Challenges. *Migration Policy Institute*. Disponible en: https://www.migrationpolicy.org/article/guatemalan-migration-times-civil-war-and-post-war-challenges

Kibreab, G. (2016). Forced Migration in the Great Lakes and the Horn of Africa. En Elena Fiddian-Qasmiyeh, Gil Loescher, Katy Long, and Nando Sigona (Eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*. Oxford: Oxford University Press.

Lochak, D. (2007). *Face aux migrants:* état *de droit ou* état *de siège?* París: Textuel.

Machado Cajide, L. (2013). Aproximaciones sobre el surgimiento y evolución histórica del estatuto de los Refugiados. *Anuario Digital CEMI*, 1 (1).

Martin, S. (2016). Forced migration in North America. En Elena Fiddian-Qasmiyeh, Gil Loescher, Katy Long, and Nando Sigona (Eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*. Oxford: Oxford University Press.

Mbembe, A. (2011). *Necropolítica*. Barcelona: Melusina.

Mcconachie, K. (2016). Forced migration in South-East Asia and East Asia. En Elena Fiddian-Qasmiyeh, Gil Loescher, Katy Long, and Nando Sigona (Eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*. Oxford: Oxford University Press.

Médicos sin Fronteras (2019). *Grecia: a tres años del acuerdo entre la UE y Turquía, continúa el ciclo de contención y desesperación*. Disponible en: https://www.msf.mx/article/grecia-a-tres-anos-del-acuerdo-entre-la-ue-y-turquia-continua-el-ciclo-de-contencion-y

Monsutti, A. & Balci, B. (2016). Forced migration in broader Central Asia. En Elena Fiddian-Qasmiyeh, Gil Loescher, Katy Long, and Nando Sigona (Eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*. Oxford: Oxford University Press.

ONU (2015). *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*.

ONU (2016). Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes del 19 de septiembre de 2016.

Ortega, E. (2018). Niños, niñas y adolescentes solicitantes de asilo en México: Una crítica a los defectos del procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *152*.

Palma Mora, M. (2001). La situación de los refugiados en el mundo. Cincuenta años de acción humanitaria, *Migraciones Internacionales*, 1 (1).

Ramji-Nogales, Jaya, Schoenholtz, Andrew & Schrag, Philip G. (2008). Refugee Roulette: Disparities in Asylum Adjudication. *Stanford Law Review*, 60.

REDODEM (2017). *Migrantes en México: recorriendo un camino de violencia*. México: REDODEM.

REDODEM. (2018). *El Estado indolente: recuento de las violencias en las rutas migratorias y perfiles de movilidad en México*. México: REDODEM.

San Juan, César Walter (2003). El asilo y la protección internacional de los refugiados en América latina: análisis crítico del dualismo asilo-refugio a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En Leonardo Franco (Coord.), *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.

Sassen, S. (2014). *Expulsions. Brutality and Complexity in the Global Economy*. Cambridge, Ma.: Harvard University Press.

Squire, Vicki (2009). *The Exclusionary Politics of Asylum*. Houndmills: Palgrave Macmillan.

SRE (2019). Declaración Conjunta México Estados Unidos. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/467956/Declaracio_n_Conjunta_Me_xico_Estados_Unidos.pdf.

Suarez, X., Knippen, J., & Meyer, M. (2015). *Un camino de impunidad. Miles de migrantes en tránsito enfrentan abusos y medidas severas en México*. Disponible en: https://www.wola.org/es/analisis/nuevo-informe-un-camino-de-impunidad/

Wæver, O. (1995). Securitization and Desecuritization. En R.D. Lipschutz (Ed.), *On Security*. New York: Columbia University Press.

Zetter, R. (1991). Labelling Refugees: Forming and Transforming a Bureaucratic Identity. *Journal of Refugee Studies*, 4(1).

Zolberg Aristide R., Suhrke, Astri, Aguayo, Sergio (1989). *Escape from violence, Conflict and the refugee crisis in the developing world*. Oxford: Oxford University Press.

El acceso efectivo a la justicia y los nudos críticos para el control de convencionalidad en materia de movilidad humana

Effective access to justice and critical issues for the conventionality control in the field of human mobility

Romina I. Sijniensky[1]

RESUMEN

La movilidad humana en el contexto regional actual se encuentra caracterizada por situaciones de desplazamiento forzado de grandes dimensiones, así como por afectaciones generadas por normativas y prácticas centradas en el control migratorio. Este artículo defiende la tesis de que, en este escenario, el poder judicial –y en particular la justicia constitucional- debe hacerse cargo de su rol esencial como garante de los derechos de las personas en movilidad humana, un grupo históricamente desprotegido y en situación de vulnerabilidad. Para ello, se presentan reflexiones en torno al control de convencionalidad en la materia desde una doble perspectiva: la que se refiere al desarrollo e implementación de los estándares interamericanos, así como la relativa al acceso efectivo a la justicia.

PALABRAS CLAVES

Movilidad humana, Sistema interamericano, Control de convencionalidad, Acceso a la justicia

ABSTRACT

The large dimensions of forced displacement, as well as the effects generated by regulations and practices focused on immigration control, characterize the current regional

1 Abogada senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Graduada de la Universidad de Buenos Aires. Realizó una Maestría en Derecho (LLM) con honores *summa cum laude* en la Universidad de Utrecht, Países Bajos, y una Maestría en Argumentación Jurídica en la Universidad de Alicante, España.

context of human mobility. This article defends the thesis that under such scenario the judiciary - and in particular, the constitutional justice - must take responsibility for its essential role as guarantor of the rights of persons in the context of human mobility, a historically unprotected group and in a situation of vulnerability. To this end, it advances some thoughts regarding the conventionality control in the matter from a twofold standpoint: that which refers to the development and implementation of Inter-American standards, as well as that relating to effective access to justice.

KEYWORDS

Human mobility, Inter-American system, Conventionality control, Access to justice

1. INTRODUCCIÓN

En este artículo[2] me propongo partir de una idea bastante simple. Una idea que postula que, dadas las dimensiones actuales del desplazamiento forzado en el continente americano, así como las afectaciones generadas por las visiones securitistas de la gestión de la migración, el poder judicial –y en particular la justicia constitucional (Pérez Tremps, 2003)- debe tomarse en serio su función esencial (Atienza, 2019): la defensa de los derechos de las personas en movilidad humana, un grupo históricamente desprotegido y en situación de vulnerabilidad (Sijniensky, 2013)[3]. En esta actuación del poder judicial, como garante de los derechos fundamentales de las personas en movilidad, la incorporación del eje del control de convencionalidad se torna ineludible.

El control de convencionalidad tiene dos aristas (González Domínguez, 2016). Se refiere tanto a aquél que realiza la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos –como órgano sobre el cual se concentra la función de interpretar y aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos- al fallar en un caso concreto o al promover una interpretación autorizada de una norma vinculada a la protección de los derechos humanos en el continente americano, como al que realizan los funcionarios estatales. Es esta última vertiente la que ha recibido mayor atención por parte de la jurisprudencia, la doctrina y la academia en los últimos años.

De hecho, toda la lógica del sistema interamericano de protección de los derechos humanos se basa justamente en la necesidad de que las autoridades nacionales, en el ámbito de sus funciones, actúen de conformidad con la Convención Americana y las interpretaciones que de ésta hagan sus órganos de protección. Cuando ello no sucede se habilita la vía internacional. En el marco de estas obligaciones internacionales, se ha desarrollado la doctrina del control de convencionalidad interno, como una herramienta para la aplicación del derecho internacional al derecho interno[4], ejercicio que posibilita una interpretación y adecuación compatible a los postulados convencionales, tanto de la normativa como de las políticas y prácticas estatales.

---

2 Agradezco a Carina Sobieray y a Pablo González por sus valiosos comentarios y sugerencias. Agradezco también muy especialmente al Juez Humberto A. Sierra Porto por sus enseñanzas en torno al control de convencionalidad, por incentivar siempre el pensamiento crítico y por su continuo apoyo durante los años que coincidimos en el tribunal interamericano. Por supuesto, las opiniones vertidas en este artículo son personales y de responsabilidad exclusiva de la autora.

3 Las 100 Reglas de Brasilia reconocen la migración y el desplazamiento interno como una causal de vulnerabilidad en el acceso a la justicia.

4 En estos términos lo conceptualizó el Juez Ferrer-Mac Gregor en su voto a la Resolución de supervisión de cumplimiento emitida por la Corte Interamericana en el *Caso Gelman Vs. Uruguay* (2013, párr. 84).

Desde su primera sentencia en materia estrictamente ligada a la movilidad humana -el *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*-, la Corte Interamericana subrayó la necesidad de que el control de convencionalidad también fuera ejercido en materia migratoria[5]. Si bien el control de convencionalidad, según lo ha conceptualizado dicho tribunal (González Domínguez, 2016, p. 103), involucra a todas las autoridades estatales[6], en este artículo nos centraremos en aquel que corresponde realizar al poder judicial no sólo como baremo de la conformidad de las actuaciones estatales con la Convención Americana, sino principalmente desde su rol institucional como garante de los derechos humanos allí reconocidos.

Con posterioridad a dicha sentencia, son contados los casos sometidos a la jurisdicción contenciosa de la Corte que conciernen a temas vinculados con la movilidad humana[7], los cuales vinieron a complementar los impulsos iniciales en torno al principio de igualdad y no discriminación y el acceso a la información sobre la asistencia consular[8]. Al respecto, corresponde recordar que los casos que llegan a conocimiento de la Corte se encuentran mediatizados a través del sistema de peticiones individuales que inicia ante el otro órgano del sistema, esto es, la Comisión Interamericana. Por tal motivo, los hechos y situaciones que conoce la Corte se ven limitados por los casos que efectivamente sean sometidos a su jurisdicción contenciosa. De hecho, gran parte de los criterios desarrollados obedecen al uso de la jurisdicción consultiva de la Corte para fijar interpretaciones autorizadas. Esta afirmación, por cierto fácilmente comprobable, nos alerta sobre las dificultades y barreras para un efectivo e igualitario acceso a la justicia para las personas en movilidad y nos invita a reflexionar sobre cuáles son los factores y las circunstancias que hacen que el *Caso Vélez Loor*, a pesar de no abordar la totalidad de la dimensión jurídica relativa a las necesidades de protección de las personas en movilidad humana en nuestra región, siga reflejando casi una década después las demandas de acceso a la justicia para este grupo en situación de vulnerabilidad (Sijniensky, 2011).

Partimos, entonces, de la base que el ejercicio del control de convencionalidad no sólo está conectado con el desarrollo e implementación de los estándares internacionales (aspecto sustantivo), sino que se encuentra íntimamente ligado a las posibilidades

5 Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párrs. 287 y 288.

6 Ver, por ejemplo, el Comunicado de prensa C-427/14 emitido por la Asamblea General de la OEA, en el cual los Estados "[a]notaron la importancia de tomar en cuenta el contenido de la Opinión Consultiva 21/14 para que los países de la región adopten sus respectivas legislaciones en concordancia con lo dispuesto en su contenido".

7 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones, y Costas.* Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251; *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272; *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282. Además, existe una serie de casos en los cuales se aborda el desplazamiento forzado.

8 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

ciertas de que los reclamos de las personas en el contexto de la movilidad o de sus familiares efectivamente lleguen a tribunales que cuenten con conocimientos especializados en la materia, y sean oídos y decididos adecuadamente por éstos asegurando determinadas garantías mínimas (aspecto procesal). Teniendo este doble aspecto en cuenta, en este artículo nos proponemos presentar algunas reflexiones sobre el acceso efectivo a la justicia y el control de convencionalidad en materia de movilidad humana.

Excedería el propósito de este artículo exponer de forma pormenorizada todos los criterios desarrollados por el sistema interamericano en materia de movilidad humana que podrían dar lugar al ejercicio del control de convencionalidad por parte de los poderes judiciales nacionales. Estos estándares se relacionan con varios derechos reconocidos en la Convención Americana, en particular con la libertad de circulación y residencia (artículo 22.1), el derecho a buscar y recibir asilo (artículo 22.7), la no devolución (artículo 22.8), la libertad personal (artículo 7), las garantías de debido proceso y el derecho de acceso a la justicia (artículos 8, 25 y 22.6), la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 22.9), entre otros. Además, existen ya valiosas sistematizaciones realizadas por ambos órganos del sistema, esto es por la propia Corte Interamericana[9] y por la Comisión Interamericana[10], así como por otros actores relevantes como ser el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en conjunto con CEJIL[11]. Sin embargo, consideramos pertinente comenzar por hacer un breve recorrido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la materia para situarla en contexto. Luego, plantearemos los desafíos y algunas herramientas para garantizar el acceso efectivo a la justicia nacional e interamericana por parte de las personas en movilidad, enfocándonos en los aspectos institucionales. Posteriormente, abordaremos las particularidades del control de convencionalidad en torno a dos escenarios claves relacionados con la movilidad humana. Finalmente, nos adentraremos en los nudos críticos para el control de convencionalidad en materia de la movilidad humana y expondremos buenas prácticas en el ámbito a partir de los dos escenarios claves donde se considera que la respuesta judicial y el ejercicio del control de convencionalidad tienen un rol preponderante en el contexto actual.

2. EL DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA EN CONTEXTO

El impulso normativo en materia migratoria a partir del año 2003 marcó, en varios países de la región, la incorporación del enfoque de derechos humanos a la cuestión

9 *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 2: Personas en Situación de Migración o Refugio* (2017), elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la colaboración de la Cooperación Alemana (GIZ), disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf

10 CIDH, *Informe sobre Movilidad Humana*, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (2015), disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf

11 *Fichas técnicas sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la protección de las personas del interés del ACNUR* (2017), elaboradas por ACNUR y CEJIL. Están disponibles en: https://www.acnur.org/fichas-tecnicas-sidh.html

migratoria, llegando incluso a consagrarse la migración como un derecho humano fundamental[12]. Este progreso no fue uniforme ni monolítico en términos regionales pero implicó, sin dudas, un avance sustantivo en la afirmación de las personas migrantes como sujetos de derecho acreedoras de un trato equitativo en los países de tránsito y de destino.

Coincide este año con la emisión por parte de la Corte Interamericana de su *Opinión Consultiva OC-18/2003*, en la cual se afirmó el carácter *jus cogens* del principio de igualdad y no discriminación[13]. Además, la Corte fijó uno de los principios basales de su jurisprudencia en materia migratoria, al establecer que el acceso a un recurso sencillo y efectivo que ampare a la persona en la determinación de sus derechos y el debido proceso son derechos que deben ser asegurados a todas las personas con independencia de su estatus migratorio[14]. Es decir, no sólo se hizo hincapié en un aspecto sustantivo, sino que se abría el camino para exigir la efectiva reclamación de derechos ante el poder judicial, con independencia de cualquier estancia irregular. El acceso a la justicia y el debido proceso se consolidaban, así, como pilares fundamentales para la garantía de los derechos de las personas en movilidad, más aún para aquellas que se encuentran en una situación de mayor desprotección a causa de su entrada o estancia irregular en el país o la falta de documentos de identidad.

Al mismo tiempo, la Corte reconocía que las personas en movilidad se encuentran en una situación de vulnerabilidad que, por un lado, marca una diferencia en el acceso a los recursos públicos del Estado y, por el otro, favorece las vulneraciones de derechos y su impunidad a partir de los prejuicios, la xenofobia y el racismo, entre otros. Esta vulnerabilidad se encuentra anclada en diferencias de trato entre nacionales y extranjeros en la legislación y por la forma en que opera en la realidad las desigualdades estructurales y la ausencia o diferencia de poder en relación con las personas nacionales o residentes[15]. En razón de la particular vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos de las personas en situación de movilidad, la activación de un plexo de garantías diferenciadas a fin de que dichas personas o sus familiares "pueda[n] hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables"[16] se vuelve un asunto central.

A finales del año 2010, la Corte Interamericana emitía su sentencia inaugural en un caso contencioso relativo a la materia migratoria y el señor Jesús Tranquilino Vélez Loor se convertía en la primera persona en situación de movilidad en lograr que su caso llegara ante el último eslabón de la justicia interamericana. En el *Caso Vélez Loor*, además de referirse a la no criminalización de la migración irregular y a las limitaciones a la facultad de los Estados de utilizar medidas privativas de libertad para el control de los flujos migratorios dando preeminencia al principio de excepcionalidad, la Corte se adentró

12 Por ejemplo, la República Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, la República del Ecuador, la República de Guatemala y la República Oriental del Uruguay (Ceriani Cernadas, 2018, p. 44).

13 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03*, párr. 101 y punto resolutivo cuarto.

14 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03*, párrs. 106, 107, 109, 121 y 122, así como los puntos resolutivos sexto y séptimo.

15 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03*, párrs. 112 y 113.

16 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-16/99*, párr. 117.

en el análisis de una serie de garantías procesales, las cuales son imprescindibles para resolver los factores de desigualdad y asegurar un efectivo acceso a la justicia a las personas migrantes. Se enfatizaron, como garantías fundamentales, las exigencias de contar con asistencia jurídica gratuita y de notificar al detenido extranjero de su derecho a comunicarse y contar con la asistencia del consulado de su país de origen.

El aumento exponencial durante los años 2013 y 2014 de personas menores de 18 años de edad que se desplazaban del norte de Centroamérica hacia los Estados Unidos pasando por México marcó el desarrollo del procedimiento de la solicitud de *Opinión Consultiva OC-21/2014*. En ésta se puso en evidencia que las necesidades diferenciales de una porción importante del colectivo en movilidad no eran tenidas en cuenta en la normativa y práctica estatal. La falta de articulación entre las leyes migratorias y de protección internacional con las leyes de protección integral de la niñez se hizo evidente. En este contexto, la emisión de la *Opinión Consultiva OC-21/2014* y su reconocimiento por parte de la Asamblea General de la OEA como esa "hoja de ruta" que marca las armonizaciones requeridas para asegurar las necesidades de protección de la niñez en movilidad[17] permitió, otra vez, un avance sustantivo en términos de leyes y prácticas migratorias. Por ejemplo, México adaptó sus leyes de infancia a los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño a fines del año 2014, incorporando un capítulo específico sobre la infancia en movilidad y en su reglamento receptó el principio de no detención[18]. De igual forma, Ecuador sancionó en el año 2017 su Ley Orgánica de Movilidad Humana, en la cual expresamente apartó del ordenamiento jurídico la posibilidad de recurrir a medidas privativas de libertad en caso de personas menores de 18 años de edad e incorporó un enfoque de infancia con alcances generales en la materia[19].

Los casos contenciosos que llegaron al sistema interamericano proporcionaron un campo fértil para el desarrollo de estándares interamericanos en materia de movilidad humana. Dichos desarrollos conciernen principalmente aspectos procesales relativos a las garantías mínimas de debido proceso -ya sea en procesos migratorios, en la adopción de medidas de expulsión y/o deportación o en procedimientos para la determinación de la condición de refugiado-, la prohibición de expulsiones colectivas y el principio de no devolución.

En efecto, la temática central de varios casos contenciosos gira en torno al hecho de que las expulsiones se concretaron de forma sumaria. Ello condujo a que la Corte fijara criterios para delimitar el ámbito de actuación discrecional por parte de los funcionarios estatales en este campo. En particular, estableció que la expulsión debe ser el resultado de un procedimiento en el cual se evalúen de forma real y circunstanciada las condiciones personales, no sólo de cada individuo sino también de su núcleo familiar. Por lo anterior, la Corte sostuvo que debe asegurarse un procedimiento formal con una serie de garantías mínimas. En el caso de que haya personas menores de 18

17 Asamblea General de la OEA, Comunicado de prensa C-427/14.

18 Capítulo Décimo Noveno de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de México y artículo 111 de su Reglamento de 2015.

19 Artículo 2.

años de edad involucradas, el interés superior será también un aspecto esencial que las autoridades competentes deberán considerar.

La Corte tuvo, además, la oportunidad de desarrollar diversos criterios relativos a las obligaciones estatales con respecto a las personas solicitantes de asilo y refugiadas desde un enfoque de derechos humanos, que a su vez tuvo en cuenta la especialidad del régimen de protección desarrollado a nivel universal bajo la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como las legislaciones internas de los Estados que implementan un esquema de protección internacional para dichas personas[20]. En el marco del *Caso de la Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, la Corte determinó que el derecho a buscar y recibir asilo, leído en conjunto con los artículos 8 –garantías judiciales- y 25 –protección judicial- de la Convención Americana, garantiza que la persona solicitante del estatuto de refugiado sea oída con las debidas garantías mediante un procedimiento justo y eficiente para la determinación de tal condición[21]. La Corte resaltó que "en virtud de la naturaleza de los derechos que podrían verse afectados por una determinación errónea del riesgo o una respuesta desfavorable, las garantías de debido proceso resultan aplicables, en lo que corresponda, a ese tipo de procedimientos, que son normalmente de carácter administrativo"[22]. El valor jurídico de los criterios allí desarrollados ha sido reafirmado por los Estados del continente en la Declaración y Plan de Acción de Brasilia de 2014[23].

Otra línea de casos –un poco más copiosa- se relaciona con el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado parte y a no tener que salir forzadamente fuera del territorio del Estado en el cual la persona extranjera se halle legalmente[24]. Estos casos están asociados en su mayoría a situaciones de conflicto armado. No obstante, ello no precluye el hecho de que los criterios establecidos puedan ser aplicados a causas o factores diversos de desplazamiento forzado.

Del panorama expuesto se deriva que la Corte Interamericana ha desarrollado estándares internacionales en materia de movilidad humana, los cuales constituyen unos pisos mínimos que ofrecen una guía para el accionar de los Estados –incluido el

20 Corte IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección* (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párrs. 42 y 97.

21 Corte IDH. *Caso de la Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia,* párr. 154.

22 Corte IDH. *Caso de la Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 157.

23 El 2 y 3 de diciembre de 2014, los Gobiernos de América Latina y el Caribe se reunieron en Brasilia en ocasión del 30º aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. A la clausura de la Reunión Ministerial, organizada por el Gobierno de Brasil, 28 países y tres territorios de América Latina y el Caribe (Antigua y Barbuda, Argentina, las Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Islas Caimán, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Curazao, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Santa Lucía, Surinam, Trinidad y Tobago, las Islas Turcas y Caicos, Uruguay y Venezuela) adoptaron por aclamación la Declaración y el Plan de Acción de Brasilia, acordando trabajar juntos para mantener los estándares de protección más altos a nivel internacional y regional.

24 *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 3: Personas Situación Desplazamiento* (2017), elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la colaboración de la Cooperación Alemana (GIZ), disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo3.pdf

ejercicio del control de convencionalidad- en lo relativo a la protección de los derechos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas, así como de las personas desplazadas forzadamente, de modo tal que se integra el enfoque de derechos humanos al marco específico de la protección internacional.

Ciertamente, las temáticas abordadas por la Corte Interamericana no reflejan de forma integral el abanico de aspectos jurídicos que en el ámbito de los derechos humanos pueden ser relevantes para la efectiva protección de los derechos de las personas en movilidad, como lo demuestra los avances que paralelamente se configuraron en las normativas y prácticas nacionales, así como en el marco de los procesos de integración subregionales como el MERCOSUR (Roca, 2017, pp. 234-239). En estos ámbitos se generaron debates en otras áreas de interés, con una propensión a difuminar las fronteras entre la situación irregular de entrada o estancia en un país –mal llamada muchas veces como "ilegalidad"- y el ejercicio pleno de los derechos; conquistar la garantía del acceso universal a los derechos sociales (Asa y Ceriani Cernadas, 2010); y deconstruir bajo el ideal de ciudadanía universal las restricciones a los derechos políticos (Courtis y Penchaszadeh, 2015).

Sin embargo, como ya se adelantara, el cumplimiento de la obligación de realizar un control de convencionalidad no sólo está conectado con el desarrollo e implementación de los estándares internacionales, sino que también se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho de acceso a la justicia. Por consiguiente, resulta pertinente problematizar a continuación sobre la existencia de desafíos institucionales, procesales y sustantivos que ponen a prueba las capacidades reales del poder judicial en general, y de la justicia constitucional en particular, de asegurar un efectivo acceso a la justicia a las personas en movilidad, así como una respuesta institucional apropiada desde un enfoque de derechos en cuanto al conocimiento y especialización en una materia que históricamente no le ha sido familiar.

3. DESAFÍOS Y HERRAMIENTAS PARA GARANTIZAR EL ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA

La Corte Interamericana ha reconocido que "las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, *inter alia,* a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia"[25]. Como puede advertirse del recorrido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de movilidad humana expuesto anteriormente, son contados los casos que han sorteado con éxitos los obstáculos en el acceso a la justicia nacional e interamericana. Por lo tanto, corresponde preguntarnos ¿cuáles son estos desafíos y barreras que limitan o impiden el acceso a la justicia para las personas en movilidad? y ¿qué medidas pueden adoptarse para superarlos?

25 Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá,* párr. 98, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana,* párr. 153.

Para empezar, es preciso reconocer que un elemento particular en estos casos lo constituye la propia situación de movilidad, puesto que implica que la persona o grupo de personas se encuentra fuera de su país de origen, es decir en un medio social y jurídico diferente y muchas veces con un idioma que desconoce. Ello puede traer aparejado barreras socioculturales, geográficas o económicas[26], así como jurídicas y formales relativas al desconocimiento del modo en que está dispuesto el ordenamiento jurídico del país de tránsito o de destino y la forma en que está estructurado el sistema de administración de justicia. Por ejemplo, Lila García ha identificado "la alta movilidad y transitoriedad de sus viviendas, la falta de documentos para hacer una consulta legal, las dificultades idiomáticas o culturales [y] la residencia en lugares alejados", como algunas notas específicas que atañen a la condición migrante (García, 2016, p. 42).

A su vez, la situación de movilidad, puede abarcar diversos escenarios y necesidades de protección a lo largo del ciclo de desplazamiento. No serán los mismos obstáculos los que enfrenta una persona en búsqueda de asilo, que una persona trabajadora migratoria indocumentada, una persona migrante menor de 18 años de edad, una persona migrante víctima de trata, o un familiar de un migrante víctima de delito, por nombrar algunas situaciones y condiciones que requieren un enfoque diferenciado[27].

Pero, más allá de estos desafíos adicionales que atienden a las necesidades específicas de protección, existen otras barreras transversales que hacen referencia a los propios diseños institucionales de la administración de justicia y las lógicas con las que la misma opera. Es por esta razón que se ha resaltado la necesidad de que las personas en el contexto de la movilidad tengan acceso a la información sobre cómo ejercer los reclamos ante las instancias pertinentes, incluyendo la posibilidad de acceder a los tribunales de manera efectiva. En esta línea, el Relator de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de los Migrantes (2018) resaltó que el acceso a la información resulta un derecho instrumental que permite ejercer, entre otros, el derecho de acceso a la justicia[28]. Además, afirmó que para que éste sea efectivo deben asegurarse una serie de garantías mínimas de debido proceso, incluyendo el derecho a la asistencia jurídica y representación legal, el derecho a la información y a intérprete, el derecho a la asistencia consular, y el acceso a recurso y reparación[29].

En el plano nacional, Andrés Mahnke (2019) ha señalado que los principales desafíos para las instituciones que administran justicia en casos que involucran a personas en el contexto de la movilidad se manifiestan en dos niveles. Por un lado, en el aspecto material en cuanto a las herramientas que concretizan la prestación del servicio eficiente para este grupo, tales como la necesidad de contar con traductores o intérpretes capacitados para asistir a quienes se comunican en otro idioma y, por el otro, en el aspecto teórico que se refiere a la necesidad de capacitar a las y los funcionarios del sistema, no sólo en el derecho interno y las interacciones entre sus diversos órdenes,

26 Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párrs. 318-321.

27 Para ahondar sobre estas necesidades específicas, ver Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos humanos de los migrantes, Felipe González Morales (2018), UN Doc. A/73/178.

28 *Ibídem,* párr. 17.

29 *Ibídem*, párr. 71.

sino también en los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, así como aquellos que rigen el estatuto de los refugiados o apátridas.

A fines de revertir los desafíos y barreras institucionales a nivel nacional, se han diseñado diversas estrategias, relacionadas con el acceso a la información especializada y a los estándares interamericanos en la materia, así como la protocolización de las reglas de actuación. Un ejemplo interesante en esta línea lo constituye el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México[30]. Por supuesto, ello debe ir acompañado de las respectivas capacitaciones y programas de formación permanentes para los operadores de justicia. Otra buena práctica, que ha sido puesta de relieve a nivel regional, es la creación de la Comisión del Migrante bajo la órbita de la Defensoría General de la Nación de Argentina, la cual asume la representación legal gratuita de las personas migrantes en los supuestos que pudieren dar lugar a la denegación de la entrada o expulsión del territorio nacional (Roca, 2017, pp. 243-245).

Los obstáculos en el acceso a la justicia nacional a su vez se reflejan en barreras en el acceso a la justicia interamericana. Pero éstos no van a ser los únicos, habrá otros específicos y algunas prácticas propias de la dinámica con la que el sistema interamericano de protección opera actualmente, sobre los que ciertamente es necesario ahondar en la investigación y reflexión.

Un obstáculo estructural al acceso al sistema interamericano como instancia complementaria de protección es la falta de universalidad, en el sentido que no todos los Estados miembros de la OEA han ratificado la Convención Americana y/o aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana resquebrajando, de este modo, la integralidad del sistema de protección[31]. Así, la Comisión Interamericana ha afirmado que "la ratificación de instrumentos interamericanos envía un mensaje social sobre el carácter prioritario de la protección de los derechos humanos, y abre una puerta de protección a nivel internacional cuando el sistema nacional falla en ofrecer un remedio. Este principio tiene importantes repercusiones para los sistemas de justicia, ya que la administración de la justicia constituye la primera línea de defensa en la protección de los derechos humanos a nivel nacional"[32]. Por ende, la falta de universalidad del sistema interamericano puede tener secuelas sobre la implementación efectiva de los estándares desarrollados, en este caso en materia de movilidad humana, y pone en desventaja a una porción importante de la población del continente en cuanto al grado de protección de sus derechos, más aún cuando se trata de "grupos, colectividades y sectores en particular riesgo a violaciones de sus derechos humanos"[33].

Por otra parte, el tiempo que demora la tramitación del caso ante el sistema interamericano en su integralidad, y específicamente ante la Comisión Interamericana

30 Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2013/9362.pdf

31 CIDH, *Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc.21, 2014.

32 *Ibídem*, párr. 10.

33 *Ibídem,* párrs. 10 y 18.

como órgano de entrada, no sólo puede constituir una barrera en el acceso a la justicia interamericana, sino que genera un impacto mayor en los casos relativos a la movilidad, en que la temporalidad y celeridad de la tramitación puede resultar un factor apremiante para obtener una respuesta oportuna[34]. En efecto, el atraso procesal ha sido identificado como "uno de los principales desafíos históricos" de la Comisión, y es por ello que dicho órgano ha venido adoptando en los últimos años medidas concretas para mitigarlo y lograr superarlo[35]. Consecuentemente, en temas de movilidad el recurso a las medidas cautelares y/o provisionales puede ofrecer un camino acertado en casos de gravedad inminente. Al respecto, resulta llamativo que en el sistema interamericano esta vía no ha sido utilizada prácticamente[36], mientras que en el sistema europeo de protección de los derechos humanos se aplican mayoritariamente a supuestos de expulsión y extradición, a través de las cuales se ordena generalmente la suspensión de estas medidas mientras se examina la demanda[37].

En términos de movilidad, otro desafío de naturaleza procesal está ligado al hecho de que las posibles vulneraciones a los derechos humanos pueden ocurrir a lo largo de las diversas etapas del ciclo de desplazamiento, esto es en los países de origen, tránsito, destino y retorno. La posibilidad de plantear demandas contra más de un Estado por un mismo caso no ha sido suficientemente explorada en el sistema interamericano y plantea, por ende, interrogantes en cuanto a aspectos procesales específicos que pudieran surgir.

Esta aproximación a la problemática, así como fue planteada de abajo hacia arriba, nos permite entender también algunos de los desafíos y barreras que se reproducen en el acceso al sistema interamericano, pues uno de los requisitos es justamente el agotamiento de los recursos internos. En este marco un desafío ulterior está dado por el hecho de que, tanto en materia migratoria como de la protección de refugiados, las actuaciones y decisiones pasan primordialmente por instancias administrativas. El acceso a la vía judicial se encuentra condicionado por la forma en que están regulado los procedimientos a nivel interno y el entendimiento que tengan los propios tribunales de su rol en estos procesos.

Correr el velo de la legalidad y atender la cuestión migratoria desde la dimensión de la dignidad humana implica dejar de lado aproximaciones puramente centradas en aspectos formales, de soberanía y visiones securitistas, para también reconocer que se encuentran involucrados los más elementales derechos. En este sentido, no se trata de una mera cuestión de gobernanza o de la política de fronteras de un gobierno, sino de acceso al goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos tanto en tratados internacionales como en el marco jurídico interno. Postulamos, pues, que "la idea de legalidad debe verse reforzada con la constitucionalidad" (Pérez Tremps, 2003, p. 4) y también con la convencionalidad de la normativa, políticas y prácticas en esta materia.

34 CIDH, *Informe anual correspondiente al año 2018*, párrs. 7 a 13.

35 *Idem.*

36 Ver al respecto la Sistematización de las resoluciones sobre medidas provisionales emitidas por la Corte Interamericana, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/Sistematizacion.pdf

37 Ver al respecto la ficha temática sobre medidas cautelares del Tribunal Europeo de Derechos humanos, disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_SPA.pdf

4. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MATERIA DE MOVILIDAD HUMANA

Ya hemos recalcado que el control de convencionalidad interno rige también en materia migratoria. El poder judicial ejerce en estos supuestos un "rol protector clave" (Mahnke Malschafsky, 2019). Sin embargo, hablar del ejercicio del control de convencionalidad por parte de la administración de justicia en el ámbito de la movilidad humana no es asunto fácil, pues concierne a una esfera tradicionalmente ligada –y en algunos casos reservada- al poder administrativo estatal.

Bajo esta premisa, consideramos que en la actualidad existen dos escenarios claves de afectación de derechos, en los cuales la función esencial del poder judicial como garante de los derechos humanos, y como cabeza del control de convencionalidad interno, juega un rol preponderante en el ámbito de la movilidad humana. Estos dos escenarios se encuentran a su vez conectados con el contexto actual de la movilidad en la región. Repasemos primeramente los tres corredores de desplazamiento que constituyen los principales focos de atención por parte de los organismos internacionales en las Américas y que han dado lugar a la judicialización de casos para luego abordar los escenarios.

Uno de los focos que lleva ya varios años siendo monitoreado es el corredor migratorio del norte de Centroamérica hacia México y los Estados Unidos, marcado –como ya se adelantó- por un alto índice de menores de 18 años desplazándose solos o acompañados debido a la acción de las pandillas y la inseguridad. En estas circunstancias, se verificó un aumento en un 1.000% de las solicitudes de asilo en México entre los años 2012 a 2016, las cuales en su mayoría son de personas provenientes del Triángulo Norte de Centroamérica (El Salvador, Guatemala y Honduras)[38]. Más recientemente, el foco ha estado en las caravanas de migrantes que viajan de Centroamérica hacia la frontera sur de los Estados Unidos[39]. Por otra parte, se encuentra la situación de Nicaragua a partir de abril 2018, donde 70.000 personas fueron forzadas a huir a causa de la represión estatal violenta contra las protestas sociales[40]. Un 79% aproximadamente solicitó protección internacional en la vecina Costa Rica[41]. Finalmente, la mayor crisis está dada por la situación de las personas venezolanas forzadas a desplazarse no sólo por causas políticas, sino también debido a la escasez de alimentos, medicamentos y atención en

38 CIDH, Comunicado de Prensa No. 75/17, *CIDH saluda avances para la protección de personas solicitantes de asilo y refugiados en México,* disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/075.asp

39 CIDH, Comunicado de Prensa No. 225/18, *CIDH expresa preocupación por la situación de la "Caravana de migrantes" proveniente de Honduras y llama a los Estados de la región a adoptar medidas para su protección;* Comunicado de Prensa No. 037/19, *CIDH insta a garantizar derechos de personas que integran la caravana de migrantes y refugiados en Honduras y Guatemala; y Comunicado de Prensa No. 180/19 CIDH expresa profunda preocupación por la situación de personas migrantes y refugiadas en Estados Unidos, México y Centroamérica.* Disponibles en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/225.asp; http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/037.asp; http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/180.asp

40 CIDH, *Informe sobre Migración forzada de personas Nicaragüenses a Costa Rica* (2019).

41 Solo en Costa Rica, 55.500 personas han solicitado protección internacional. CIDH, *Informe sobre Migración forzada de personas Nicaragüenses a Costa Rica* (2019), p. 11.

salud, así como por la elevada inseguridad[42]. Las cifras proporcionadas por las agencias de la ONU para los refugiados (ACNUR) y los migrantes (OIM) reflejan las dimensiones de la situación. Según estimaciones de febrero de 2019, la cantidad de venezolanos que habían abandonado su país se elevaba a 3,4 millones[43]. Los principales países de acogida de venezolanos en la región son Colombia con más de 1.100.000 refugiados y migrantes; Perú con 506.000, Chile con 288.000, Ecuador con 221.000, Argentina con 130.000 y Brasil con 96.000. Esto nos muestra, entre otras particularidades, que países como Colombia o Perú se convirtieron bajo esta coyuntura en estados receptores de ingentes cifras de personas con necesidades de protección.

Ahora bien, las crisis de flujos migratorios experimentadas en los últimos años no solo han modificado los patrones tradicionales de desplazamiento en la región, sino que han profundizado las brechas entre la faceta normativa y la práctica. Por otra parte, las dimensiones de las situaciones -como la venezolana- que han potenciado las cifras de desplazamiento forzado están poniendo a prueba la capacidad de los Estados, muchos de los cuales se encontraban fuera del elenco de los países receptores, para dar respuesta a las necesidades de protección de las personas en movilidad, y particularmente aquellas forzadas a huir de sus países de origen, desde un enfoque de derechos. En este contexto, es posible identificar dos escenarios claves que requieren la actuación judicial en su carácter de garante de los derechos humanos de las personas en movilidad.

Un escenario está relacionado con situaciones en las que la afectación a los derechos se encuentra asociada al endurecimiento de las políticas migratorias. En efecto, a pesar de los fundamentales avances normativos expuestos previamente, el impulso regresivo también se hizo –y continúa haciéndose- sentir fundamentalmente en las políticas y la práctica. Ya en el año 2015, al emitir su informe sobre movilidad humana, la Comisión Interamericana advertía que la sistematización de los estándares y la accesibilidad de los mismos para guiar la actuación de las autoridades estatales "resulta[ba] particularmente relevante en momentos en que las políticas migratorias de algunos Estados de la región están más enfocadas en un abordaje de la migración más desde un enfoque de seguridad nacional y contención de los flujos migratorios que desde un enfoque de derechos humanos"[44]. Así, la Comisión señalaba una tendencia hacia el endurecimiento de las políticas migratorias por medio de medidas que procuraban: "a) la externalización del control migratorio; b) la securitización de las fronteras; c) la criminalización de los migrantes, en particular de migrantes en situación irregular a través del uso generalizado de la detención migratoria y de deportaciones sumarias; d) limitar el acceso a procedimientos de protección internacional, en particular al procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiados"[45]. Este tipo

42 CIDH, Comunicado de Prensa No. 006/17, *CIDH expresa preocupación por situación de personas migrantes venezolanas y llama a Estados de la región a implementar medidas para su protección,* disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/006.asp

43 ONU noticias, *La cifra de venezolanos que han salido del país alcanza los 3,4 millones,* disponible en: https://news.un.org/es/story/2019/02/1451741

44 CIDH, *Informe sobre Movilidad Humana* (2015), párr. 14.

45 *Ibídem,* párr. 14.

de leyes, políticas y prácticas migratorias orientadas hacia la seguridad, disuasión y criminalización de la migración irregular en sí mismas generan un impacto negativo sobre el goce y ejercicio de los derechos, así como obstáculos en el acceso efectivo a la justicia, tal como ha subrayado el Relator de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes[46].

En definitiva, el abordaje securitista de la gestión de la migración que alienta la estigmatización y criminalización de la movilidad humana –por ejemplo, a través del uso indiscriminado de la detención, el desconocimiento de las más mínimas notas de debido proceso en casos de expulsión, la imposición de visas bajo requisitos de muy difícil cumplimiento, los cierres de fronteras o la infracción al principio de no devolución[47]-, ha provocado el uso de corredores cada vez más inhóspitos y riesgosos para los derechos de las personas en movilidad, potenciando el riesgo de vulneración de derechos. Pero, además, se han extendido los ámbitos de actuación y decisión discrecional del poder administrativo y, en algunos casos, hasta se ha pretendido blindar estas facultades de cualquier control judicial. En el marco de las políticas securitistas, la tendencia a conferir un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades migratorias para decidir sobre las detenciones y ejecutar expulsiones sin mínimas garantías (García, 2016, p. 25) requiere un control judicial en clave de derechos.

En este sentido, si bien se reconocen las facultades regulatorias del Estado en cuanto a la entrada, estancia y salida de personas de su territorio, el enfoque de derechos exige apartarse de respuestas automatizadas. El control judicial de las privaciones de libertad y el respeto por el principio de excepcionalidad más estricto constituye uno de los ámbitos donde el actuar del poder judicial debe asegurar el respeto de la dignidad humana. Así también resulta fundamental la garantía del debido proceso en el marco de trámites de expulsión, así como la protección de la vida familiar y la determinación del interés superior del niño en estos supuestos. En palabras de Lila García "[la] convivencia entre el derecho a migrar y las facultades de expulsión es justamente la piedra de toque para el rol del poder judicial: el balance entre unos y otras" (García, 2016, p.25). Se propicia, por ende, que en casos de expulsión las autoridades estatales realicen un análisis ponderado de las circunstancias individuales en cada asunto particular, y de ser necesario también las familiares, análisis que debe poder ser sometido a revisión judicial.

El otro escenario se encuentra asociado a situaciones de limitaciones e impedimentos en el acceso a los derechos sociales, tales como la salud, el trabajo o la educación, y la falta de cobertura de las necesidades básicas de subsistencia, particularmente de quienes se han visto forzados a huir de sus países de origen. En esta última vertiente, resulta de vital importancia los desarrollos jurisprudenciales que puedan verificarse a futuro en el marco del sistema interamericano a partir de la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana[48]. En efecto, el hecho de que la Corte Interamericana

46 *Ibídem,* párr. 72.

47 Ver, a modo de ejemplo, CIDH, Comunicado de Prensa No. 047/19, *CIDH expresa preocupación por nuevas medidas para responder a la migración forzada de personas venezolanas en Ecuador,* disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/047.asp

48 *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 22: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales* (2019), elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con

haya inaugurado su jurisprudencia relativa a dicha disposición en temas como el derecho al trabajo y a la salud, proporciona también una puerta de entrada al control de convencionalidad respecto a los derechos sociales en el ámbito de la movilidad humana, distinto al abordaje tradicional a través de los derechos civiles y no limitado a lo establecido en el Protocolo de San Salvador.

En conclusión, si bien las dinámicas propias de los corredores de desplazamiento activos en la región, así como las particularidades de las políticas, institucionalidades, ordenamientos jurídicos y prácticas en el ámbito migratorio y de la protección internacional, hacen que las cuestiones jurídicas acuciantes no sean uniformes en los diversos países del continente, es posible identificar dos vertientes de situaciones de vulneración de derechos que han desencadenado reclamos ante los tribunales y una consecuente judicialización de situaciones relacionadas con la movilidad humana que demanda respuestas sustantivas basadas en los derechos humanos.

5. NUDOS CRÍTICOS PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

No pretendemos aquí presentar un listado pormenorizado de casos judiciales que abordan y resuelven los aspectos jurídicos y situaciones particulares que se derivan de los dos escenarios claves expuestos anteriormente y reclaman ser atendidos por los órganos judiciales, pues ello excede el objetivo de este artículo. En cambio, tomaremos otra aproximación. A partir de dos instancias que destacan sentencias emitidas por tribunales internos donde se recogió positivamente los estándares interamericanos -el "Premio Sentencias Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional" y los Comunicados de Prensa emitidos por la Comisión Interamericana[49]-, ilustraremos sobre la judicialización de algunos nudos críticos para el control de convencionalidad en materia de movilidad humana. Nos centraremos en los años 2017 y 2018 por ser los más recientes. Por supuesto, advertimos que estos casos no representan un muestreo exhaustivo de todos los nudos críticos. Sin embargo, una aproximación como la propuesta nos permite mostrar desde un ángulo esperanzador –en el sentido de que se presenta como alcanzable lo que aquí se pretende- aquellos casos que han sorteado los obstáculos de acceso a la justicia y han encontrado una respuesta enmarcada en los estándares desarrollados por el sistema interamericano, en tanto la interpretación y actualización de los contenidos constitucionales (Pérez Tremps, 2003, p. 3) se ha efectuado a la luz de los postulados convencionales.

Promovido por varios organismos internacionales y nacionales, así como por organizaciones de la sociedad civil, se instauró a nivel del continente americano el *Premio Regional Sentencias Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional*, cuyo propósito consiste en "visibilizar aquellas sentencias que se han emitido bajo las más altas normas y estándares en derechos humanos, así como

la colaboración de la Cooperación Alemana (GIZ), disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo22.pdf

49 Por supuesto, también podría darse el caso de que durante la etapa de supervisión de cumplimiento de la sentencia ante la Corte Interamericana se emitan sentencias ejerciendo el control de convencionalidad. Sin embargo, como se ha puesto de resalto anteriormente, son relativamente pocos los casos contenciosos relacionados con aspectos de la movilidad humana.

las buenas prácticas que han servido para garantizar el acceso a la justicia y el goce efectivo de los derechos humanos de las personas migrantes o sujetas de protección internacional en las Américas"[50]. Se pretende, de este modo, "alentar la emisión de criterios jurisprudenciales con enfoque de derechos humanos que consoliden el cambio de paradigma que criminaliza a la migración y priva de derechos a las personas en contextos de movilidad, por aquel que reconoce a las personas migrantes y sujetas de protección internacional como sujetos de derechos"[51].

En la edición correspondiente al año 2017, el primer lugar fue otorgado a una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional del Perú (exp. No. 02744 2015-PA/TC) relativa al derecho al debido proceso y a la protección a la familia en el marco de un proceso migratorio sancionador que ordenaba la salida obligatoria del país, sin que se hubiera valorado los vínculos del recurrente en el país ni determinado el interés superior de su hija menor de edad y de nacionalidad peruana[52]. El Tribunal Constitucional enlistó, con base en los estándares internacionales, una serie de garantías mínimas que deben ser respetadas en todo procedimiento migratorio sancionador que involucre a una persona migrante en situación irregular. Además, sostuvo que la autoridad competente deberá realizar un análisis específico de la situación personal y familiar que atraviesa cada migrante al momento de definir su condición migratoria, valorando la edad, el tiempo de permanencia, antecedentes penales, situación laboral, vínculos familiares, entre otros. En cuanto al decisorio, no sólo se decretó la nulidad de la resolución administrativa, sino que también se declaró un estado de cosas inconstitucional en razón de la falta de una norma legal o reglamentaria que regulara un procedimiento unificado, claro y específico, donde se precisen las garantías formales y materiales de las personas migrantes sujetas a un procedimiento migratorio sancionador, por lo que se ordenó la adopción de la normativa reglamentaria correspondiente.

El segundo puesto fue para un pronunciamiento emitido por el Decimoctavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito de México (sentencia 551/2014) en torno al derecho a solicitar asilo y el principio de legalidad, específicamente desarrollando el punto en cuanto a que la alternativa de huida interna o reubicación no es, conforme al derecho internacional, un motivo de exclusión para ser considerado refugiado.

El tercer puesto fue conferido a la Sala de Control Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua (exp. SCC-REV-59/2016) por un amparo en el que se tuteló el derecho a la identidad y el interés superior de un joven migrante, debido a que su calidad migratoria no le permitía cumplir con la exigencia de comparecer

50 Ver las Bases para el Premio de Sentencias 2019, disponibles en: https://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=1289:premio-de-sentencias-acceso-a-la-justicia-de-personas-migrantes-o-sujetas-de-proteccion-internacional-2019&Itemid=273

51 ACNUR - OACNUDH - Sin Fronteras IAP (2018), *Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, ganadora del Premio Regional de Sentencias sobre Acceso a la Justicia para Personas Migrantes y Refugiadas en las Américas.* Disponible en: https://www.acnur.org/noticias/press/2018/10/5bca29fe4/sala-de-lo-constitucional-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-el-salvador.html

52 Información disponible en: http://premiosentencias2017.sinfronteras.org.mx/premiosentencias.html

personalmente ante el procedimiento de filiación en su país de origen, por lo que se permitió que fuera reconocido por su padre sin requerir su presencia judicial.

Además, se otorgó una mención especial para un amparo directo del Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito de México (sentencia DT-407/2014), en el cual se estableció que el debido proceso y la garantía de un efectivo acceso a la justicia en materia laboral incluye el derecho para un migrante de ser asistido gratuitamente por un traductor o un intérprete.

En la tercera edición del concurso, correspondiente al año 2018, se postularon 48 sentencias[53]. La sentencia premiada en primer lugar fue emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador (sentencia 411-2017), en la cual declaró un estado de cosas inconstitucionales por la existencia de un fenómeno de desplazamiento forzado de personas y por la omisión de las autoridades estatales de categorizar dicho fenómeno y reconocer sus dimensiones. De acuerdo con lo resuelto, dicho fenómeno se encuentra asentado en "el contexto de violencia e inseguridad que afecta gravemente a colectivos vulnerables de distintas zonas geográficas del país controladas por las pandillas y en las afectaciones sistemáticas a derechos fundamentales […] causadas por la criminalidad organizada". Asimismo, en dicha decisión la Sala ordenó diversas medidas con efectos amplios, entre las cuales destaca reconocer a las personas la calidad de víctimas de dicho fenómeno y de sujetos de derechos y categorizarlos normativamente; diseñar e implementar políticas públicas y protocolos de actuación orientados a prevenir el desplazamiento forzado de los habitantes del país; y brindar medidas de protección a quienes ya tienen de facto la condición de desplazados y, además, garantizarles la posibilidad de retorno a sus residencias.

El segundo puesto fue otorgado a la sentencia emitida por la Sexta Sala de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia (sentencia T-210/18), mediante la cual se tuteló el derecho a la salud de una mujer venezolana que requería quimioterapia y radioterapia para tratar su padecimiento de cáncer, así como el derecho a la salud de un niño de dos años que debía ser intervenido quirúrgicamente. La prestación de dichos servicios y procedimientos les había sido denegada, debido a que los pacientes no se encontraban afiliados al sistema público de salud y no contaban con ningún documento para acreditar la regularización de su permanencia en el país que les permitiera realizar tal afiliación. Luego de reconocer que el cumplimiento por parte de los migrantes venezolanos de algunos deberes que impone la legislación migratoria para lograr su regularización en Colombia y la normativa en salud para lograr la afiliación resultan ser de difícil cumplimiento, la Sala interpretó que los migrantes con permanencia irregular en el territorio nacional tienen, como mínimo, derecho a recibir atención en salud de urgencias con perspectiva de derechos humanos, así como la atención en salud preventiva con un enérgico enfoque de salud pública.

53 ACNUR - OACNUDH - Sin Fronteras IAP (2018), *Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, ganadora del Premio Regional de Sentencias sobre Acceso a la Justicia para Personas Migrantes y Refugiadas en las Américas.* Disponible en: https://www.acnur.org/noticias/press/2018/10/5bca29fe4/sala-de-lo-constitucional-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-el-salvador.html

En el tercer puesto se premió una sentencia emitida por la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo Federal de Argentina (exp. 3061/2017). El voto mayoritario declaró la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia que modificó la ley de migraciones debido al incumplimiento de los requisitos para dictar ese tipo de actos. Consideró, además, que las modificaciones introducidas restringen indebidamente el derecho al debido proceso, especialmente a causa de los "plazos fugaces" para impugnar las decisiones de expulsión en sede judicial o administrativa; la falta de previsiones acerca de la defensa legal de las personas afectadas a un procedimiento migratorio y el régimen de notificaciones en tanto presupuesto indispensable del derecho de defensa. Asimismo, se refirió a la amplitud bajo la cual se concibe en dicha normativa la retención preventiva del migrante. Por otra parte, cuestionó las restricciones establecidas en cuanto a la posibilidad de control judicial de las órdenes de expulsión de la autoridad administrativa y del criterio de ésta en cuanto a la dispensa de la expulsión por motivos de reunificación familiar, desconociendo el deber del Estado de proporcionar una tutela administrativa y judicial efectiva.

Adicionalmente, se concedieron dos menciones especiales para sentencias emitidas por la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile (causa rol 351/2013) y el Juzgado Octavo de Distrito de Amparo en Materia Administrativa de la Ciudad de México (juicio de amparo 357/2018), las cuales se referían respectivamente a privaciones de libertad prolongadas en condiciones inadecuadas e indignas, así como al derecho de las personas privadas de su libertad en estaciones migratorias a contar con un representante legal que les brinde asesoría jurídica.

Por otra parte, la Comisión Interamericana, dentro de sus funciones de monitoreo y promoción de los derechos humanos, ha emitido una serie de comunicados de prensa en los cuales pondera positivamente el rol de las cortes nacionales en asegurar los derechos de las personas en movilidad. Así, encontramos el Comunicado de Prensa No. 75/17[54], en el cual la Comisión Interamericana saluda avances para la protección de personas solicitantes de asilo y refugiadas en México, en particular para que puedan llevar sus procedimientos en libertad, de conformidad con los estándares internacionales. En ese marco, recalcó la emisión de una sentencia en los siguientes términos:

> *La Comisión también saluda la sentencia emitida por el Vigésimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito del 19 de abril de 2017, en donde se decidió otorgar la suspensión de la detención migratoria para que un solicitante de asilo pudiese llevar su procedimiento en libertad. Esta sentencia resolvió que la privación de la libertad, cualquiera que sea su forma de denominación, tiene que ser excepcional y proporcional al objeto que busca proteger, por lo que ordenó la inmediata libertad del solicitante de asilo y estableció como medida alternativa a la detención el que el solicitante se presente a firmar semanalmente al juzgado. La CIDH también destaca que la sentencia retoma los estándares con relación a la excepcionalidad de la detención migratoria del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como del*

54 Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/075.asp

> *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.*

Mediante su Comunicado de Prensa No. 178/18[55], la Comisión Interamericana, en conjunto con la Relatora de Naciones Unidas sobre el desplazamiento interno, saludó la sentencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador, en la cual se "reconoce la existencia de un fenómeno de desplazamiento forzado de personas que tiene origen en el contexto de la violencia e inseguridad en El Salvador, mismo que causa afectaciones sistemáticas a derechos humanos, lo que constituye un estado de cosas inconstitucional". Al respecto, instaron al Estado "a cumplir con dicha sentencia y a seguir realizando acciones en materia de desplazamiento interno encaminadas a la prevención, protección, asistencia durante el desplazamiento, y el retorno, reasentamiento y reintegración de las personas desplazadas internamente".

En ese mismo año, en su Comunicado de Prensa No. 84/18[56], la Comisión Interamericana destacó la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-210/18, que reconoce el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental para personas migrantes en situación irregular procedentes de Venezuela, al referir que "valora positivamente" la misma. En particular destacó lo siguiente:

> *Esta sentencia resolvió a favor de una mujer y un niño de dos años de nacionalidad venezolana que venían huyendo de la crisis que atraviesa Venezuela, en particular del desabastecimiento de medicamentos. Al respecto, la Corte Constitucional ordenó que se autorizaran los medicamentos y la cirugía que eran necesarios para preservar el derecho a la salud; que se revise la normativa vigente; que las personas migrantes puedan afiliarse al sistema de salud; que se adopten medidas dirigidas a la consecución de recursos de cooperación internacional y nacional; y cualquier otro tipo de medidas que permitan avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del derecho a la salud de las personas migrantes sin importar su situación migratoria.*

Como puede advertirse, las sentencias reseñadas abordan una variada gama de situaciones que se relacionan con los dos escenarios claves expuestos, en los cuales el rol protector del poder judicial y el ejercicio del control de convencionalidad resultan fundamentales en aras de hacer efectivo el respeto y garantía de los derechos de las personas en movilidad. De este modo, los casos expuestos ofrecen un mapeo de los temas relativos a la movilidad humana que han sido abordados por los tribunales y que han recibido una respuesta protectora en consonancia con los estándares desarrollados por el sistema interamericano. Ciertamente, dichas sentencias constituyen ejemplos de buenas prácticas en ese sentido, al implementar los estándares internacionales y otorgar protección a las personas en movilidad desde un enfoque de derechos humanos.

55 Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/178.asp

56 Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/184.asp

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

En este año de celebraciones del 40 aniversario de la entrada en vigencia de la Convención Americana y de la labor de la Corte Interamericana, resulta pertinente presentar algunas reflexiones sobre el acceso efectivo a la justicia y el control de convencionalidad en materia de movilidad humana, un área que adquiere cada vez mayor gravitación en el quehacer judicial regional. En efecto, el contexto regional se encuentra determinado por situaciones de desplazamiento forzado de grandes dimensiones, así como por afectaciones generadas por normativas y prácticas concebidas bajo una visión securitista de la gestión de la migración. Ello hace que la función esencial del poder judicial –y en particular de la justicia constitucional- como garante de los derechos de los grupos y colectivos históricamente desprotegidos y en situación de vulnerabilidad cobre una importancia fundamental.

Al actuar como garantes de los derechos fundamentales en materia de movilidad humana, los operadores de justicia deben ejercer también un control de convencionalidad. Sin embargo, el ejercicio del control de convencionalidad no sólo se refiere al desarrollo e implementación de los estándares internacionales. En el caso del poder judicial, dicho control va a depender de las posibilidades ciertas de que los reclamos efectivamente lleguen a tribunales que cuenten con conocimientos especializados en la materia, y que los mismos sean oídos y decididos adecuadamente por éstos asegurando determinadas garantías mínimas. Para ello, el sistema interamericano brinda, a través de sus tratados y de la jurisprudencia emanada de sus órganos de protección, un conjunto de reglas y principios relativos a la protección de los derechos de las personas en el ámbito de la movilidad humana y de sus familiares que ofrecen parámetros en clave de derechos para la resolución adecuada de sus reclamos, así como un plexo de garantías que coadyuvan a asegurar un efectivo acceso a la justicia.

Las sentencias de tribunales nacionales que fueron expuestas ofrecen un primer mapeo de los temas relativos a la movilidad humana que han sido sometidos a decisión jurisdiccional y que han encontrado una respuesta protectora enmarcada en los estándares desarrollados por el sistema interamericano. Se evidencian, así, algunos ejes críticos en que el control de convencionalidad interno debe prevalecer por sobre otras consideraciones o barreras en el acceso a la justicia. La senda del buen camino ya está marcada.

Bibliografía

Asa, Pablo y Ceriani Cernadas, Pablo (2010), “Migrantes, Derechos Sociales y Políticas Públicas en América Latina y el Caribe: la universalidad en juego”, en Arcidiácono, Pilar; Espejo Yaksic, Nicolás y Rodríguez Garavito, César (Coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Siglo del Hombre Editores, Colombia, pp. 333-386.

Atienza, Manuel (2019), *Siete tesis sobre el activismo judicial*, columna publicada en https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial

Ceriani Cernadas, Pablo (2018), "La promoción y protección de derechos de las personas migrantes a través del Comité de la ONU sobre derechos de trabajadores/as migrantes y sus familias: algunas reflexiones basadas en la experiencia como miembro del Comité", *Revista Migraciones Internacionales*, Año 02, OIM, pp. 29-50.

Courtis, Corina y Penchaszadeh, Ana Paula (2015), "El (im)posible ciudadano extranjero. Ciudadanía y nacionalidad en Argentina", Revista SAAP, Vol. 9, Nº 2, pp. 375-394.

Entrevista a Andrés Mahnke Malschafsky (2019), Defensor Nacional de Chile, *Migración y Acceso a la Justicia: la mirada latinomericana*, Región América Latina, disponible en: https://eurosocial.eu/reciprocamente/entrevista-sobre-acceso-a-la-justicia-de-migrantes/

García, Lila (2016), "Personas migrantes y acceso a la justicia. Notas para pensar una tutela efectiva a partir de los casos judicializados de personas en situación de expulsión", *Derecho y Ciencias Sociales*, Nº 15, pp. 21-46.

González Domínguez, Pablo (2016), "La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad", *Revista Estudios Constitucionales*, Año 14, Nº 2 103, pp. 101-142.

Pérez Tremps, Pablo (2003), "La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina", *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, n. 2, abril-junio 2003, pp. 66-81.

Roca, Santiago (2017), "El derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso de las personas migrantes en Argentina", *Revista del IIDH*, volumen 65, Costa Rica, pp. 215-280.

Sijniensky, Romina I. (2011), "Limitaciones al uso de medidas privativas de libertad para el control de los flujos migratorios: comentario al caso Vélez Loor Vs. Panamá de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, volumen 2011, tomo IV, Instituto de Justicia Constitucional, Guatemala, pp. 71-97.

Sijniensky, Romina I. (2013), "From the non-discrimination clause to the concept of vulnerability in international human rights law: advancing on the need for special protection of certain groups and individuals", en Haeck,Y., McGonigle, B., Burbano-Herrera, C., and Contreras- Garduno, D. (eds.), *The Realization of Human Rights: When Theory Meets Practice: Studies in Honour of Leo Zwaak*, Intersentia, Antwerp, pp. 259-272.

Lo straniero come “ospite”: riflessioni a partire dal caso italiano

The migrant as guest: considerations starting from the italian case

Emanuele Rossi - Francesca Biondi Dal Monte[1]

RESUMEN/ABSTRACT

Italian

Il saggio indaga i diritti fondamentali dei migranti e i percorsi finalizzati alla loro integrazione sul territorio, adottando come innovativa chiave di lettura quella dell’*ospitalità*. In particolare, dopo aver chiarito cosa debba intendersi per ospitanti ed ospitati, anche in relazione al rapporto tra *status civitatis* e *status personae*, viene approfondito il tema dell’accoglienza degli stranieri, i diritti loro riconosciuti e i percorsi di integrazione sul territorio. In tal modo viene indagato il contenuto dell’ospitalità e le condizioni poste per beneficiarne, soffermandosi altresì sui percorsi che possono condurre un ospite ad emanciparsi da tale condizione, mutando il proprio status e divenendo cittadino. Una particolare attenzione è dedicata al caso italiano e al contributo offerto a tale riflessione dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo, intervenute – con numerose sentenze – sui delicati “confini” dell’ospitalità dei migranti, soprattutto in termini di riconoscimento di diritti fondamentali.

English

The essay investigates the fundamental rights of migrants and their integration into the territory by adopting the “hospitality”, as innovative key of interpretation. In particular, the definition of hosts and guests is explored, also under the perspective of the relationship between *status civitatis* and *status personae*. The reception of migrants, their

1 Emanuele Rossi, Professore ordinario in Diritto costituzionale, Scuola Superiore Sant’Anna (Full Professor in Constitutional law); Francesca Biondi Dal Monte, Ricercatore in Diritto costituzionale, Scuola Superiore Sant’Anna (Assistant Professor in Constitutional law) Il presente lavoro è frutto della collaborazione tra i due autori. La stesura dei paragrafi 2 e 4 è stata curata da Emanuele Rossi; quella dei paragrafi 3, 5 e 6 da Francesca Biondi Dal Monte. La stesura dei paragrafi 1 e 7 è opera di entrambi gli autori

rights and the possible integration paths in the territory are examined. In this way the content of the hospitality and the conditions placed to benefit from it are investigated, also focusing on the way that can lead a guest to emancipate himself/herself from this condition, changing his/her status and becoming a citizen. Particular attention is paid to the Italian case and to the contribution offered to this topic by the jurisprudence of the Italian Constitutional Court and the European Court of Human Rights, which has intervened - with many decisions - on the delicate “boundaries” of the hospitality of migrants, especially in terms of recognition of fundamental rights.

PALABRAS CLAVES

Italian

Immigrazione, cittadinanza, ospitalità, accoglienza, diritti, doveri, integrazione, diritto costituzionale

English

Immigration, citizenship, hospitality, reception, rights, duties, integration, constitutional law

Sommario. 1. Introduzione: immigrazione e ospitalità. 2. Il possesso della cittadinanza come possibile distinzione tra ospitanti e ospiti. Critica. 3. Non tutti gli ospiti sono uguali: le differenze della condizione giuridica degli stranieri. 4. Il contenuto dell’ospitalità, tra diritti e doveri. 5. I percorsi per l’integrazione dello straniero e l’ospitalità “condizionata”. 6. Emancipare dalla condizione di ospitalità: l’acquisto della cittadinanza (come processo). 7. Conclusione: l’ospitalità e i suoi limiti.

1. INTRODUZIONE: IMMIGRAZIONE E OSPITALITÀ.

Nella lingua latina il termine *straniero* rinvia alla radice etimologica da cui provengono sia il termine *nemico* ("hostis"), che il termine *ospite* ("hospes"): entrambe queste espressioni, infatti, derivano da una radice indoeuropea che identifica lo "straniero", ovvero una persona esterna ed estranea rispetto alla comunità di riferimento. Ma a tale diversità la collettività può riferirsi con atteggiamenti diversi e contrapposti: può considerare e trattare lo straniero come un ospite da rispettare in quanto gradito (*hospes*); al contrario, può vedere in esso un nemico da combattere perché sgradito e pericoloso (*hostis*). A tale dicotomia possono essere ricondotte le scelte normative proprie di ciascun ordinamento, e che si muovono sul crinale della considerazione complessiva dello straniero come nemico, da rifiutare o respingere, o come ospite, da accogliere e proteggere.

Non deve quindi sorprendere come nelle attuali società europee (come anche in altri Paesi, specie occidentali), segnati da consistenti e crescenti fenomeni immigratori, il termine ospitalità rimandi quasi immediatamente al fenomeno dell'*immigrazione*: quella posta dai processi immigratori è, infatti, la sfida forse più consistente e dagli esiti incerti per il mondo occidentale, e costituisce uno dei temi più caldi del dibattito pubblico attuale negli Stati occidentali, e sul quale si deve registrare una forte - e pericolosamente crescente - contrapposizione sul piano culturale, e quindi dei valori civili e sociali, fino a far parlare di "uno scontro di civiltà" in atto (Huntington, 2000; Corradetti – Spreafico, 2005; Bauman, 2016). L'immigrato appare, e viene percepito, come un "ospite", sulla base del presupposto per cui il territorio "appartiene" al popolo che vi esercita la sovranità: e che, di conseguenza, chiunque abiti quel territorio ma non appartenga al popolo sovrano debba essere considerato come uno straniero, nella migliore delle ipotesi "ospitato" dai "legittimi proprietari".

Ma cosa significa "ospitare"? In che modo uno straniero può essere ospitato (o non ospitato) in un contesto diverso dal proprio? Una preliminare distinzione al riguardo si impone: chi ospita è, insieme, un ordinamento giuridico (nelle sue diverse eventuali articolazioni territoriali) nonché l'insieme dei cittadini che vi appartengono. Possiamo dire che ad ospitare sono sia lo Stato inteso come apparato che lo Stato inteso come comunità: l'uno e l'altro in forza del principio di solidarietà (che nell'ordinamento italiano è sancito nell'art. 2 Cost., come si dirà): ma con una diversa forza di vincolo nelle due situazioni. Per lo Stato-apparato, infatti, la solidarietà "pubblica" o "paterna" costituisce un obbligo costituzionalmente imposto; per i cittadini, singoli o associati, essa può essere risposta sia ad obblighi normativamente imposti che – soprattutto – ad istanze

volontarie e liberamente scelte: si è parlato, al riguardo, di una solidarietà "fraterna" (Galeotti, 1996: 7; Marzanati, Mattioni, 2007).

Per l'uno e per gli altri, comunque, o*spitare significa garantire diritti e richiedere l'adempimento di doveri*. Un ordinamento "ospita" in quanto garantisce una serie di diritti ed in quanto pretende che chi è ospitato contribuisca alla vita collettiva, alla pari dei "cittadini", con la propria attività e sulla base delle proprie risorse. Di conseguenza, la capacità di una società o di un ordinamento di essere "ospitale" si misura in termini di quanti diritti (e di "quanto" di ciascun diritto, come si dirà) essa è in grado di riconoscere e garantire ai propri "ospiti", nonché di come riesce ad integrare gli ospitati ponendoli sullo stesso piano dei cittadini nell'adempimento dei doveri di solidarietà.

Nel presente contributo, dopo aver chiarito cosa debba intendersi per ospitanti ed ospitati, sarà approfondito il tema dell'accoglienza degli stranieri, i diritti loro riconosciuti e i percorsi di integrazione sul territorio. Ciò consentirà di indagare il contenuto dell'ospitalità e le condizioni eventualmente poste per beneficiarne, soffermandosi altresì sui percorsi che possono condurre un ospite ad emanciparsi da tale condizione, mutando il proprio *status* e divenendo cittadino. A tal fine sarà in particolare approfondito il caso italiano e il contributo offerto a tale riflessione dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale è intervenuta – in numerose occasioni – sui delicati "confini" dell'ospitalità dei migranti, soprattutto in termini di riconoscimento di diritti fondamentali.

2. IL POSSESSO DELLA CITTADINANZA COME POSSIBILE DISTINZIONE TRA OSPITANTI E OSPITI. CRITICA

Sin qui, si è data per scontata la distinzione tra "ospitanti" e "ospiti" in termini di "cittadini" e "stranieri": ma sul punto occorre approfondire.

Se infatti da un lato la distinzione tra *status personae* e *status civitatis* ha costituito un elemento caratterizzante la formazione degli Stati moderni sin dalle rivoluzioni liberali, d'altro canto l'aumento dei fenomeni migratori in tutti i Paesi occidentali ha indotto a ripensare lo stesso concetto di cittadinanza quale categoria del costituzionalismo moderno.

Accanto ai significati "tradizionali" di cittadinanza come *nationalité* e *citoyenneté*, si è infatti affermato un concetto di *cittadinanza in senso sostanziale*, inteso quale patrimonio di diritti e doveri propri della persona in quanto tale, ed indipendente da un vincolo giuridico formale che la lega allo (o ad uno) Stato. In tale visione, il concetto di cittadinanza viene utilizzato ad indicare quell'insieme di diritti che normalmente è attribuito a ogni cittadino nelle società democratiche, e che si identifica sostanzialmente con l'idea universale di dignità dell'uomo: ciò investe anche il concetto di sovranità e di soggezione ad essa, segnandone il passaggio da un suo significato in termini politici e di appartenenza giuridica ad uno riferito piuttosto ad un sistema di valori.

Malgrado questo, il valore e l'importanza della cittadinanza intesa come *appartenenza* ad uno Stato, e come connesso contenuto di diritti e doveri di chi è cittadino, non vengono certamente meno, ma continuano a costituire un riferimento essenziale della stessa sovranità statale. Anche in relazione a quest'ultima dimensione, tuttavia, va con-

siderata una ulteriore prospettiva, nella quale alla "cittadinanza legale" è contrapposta la "cittadinanza sociale" o "attiva", "costruita più che sul legame etnico della nascita, sull'apporto dato allo sviluppo dei valori civili della comunità dove il soggetto viene a svolgere la propria vita e a esercitare il proprio lavoro" (Cheli, 2010, 6). Un concetto di cittadinanza che qualcuno ha definito "costituzionale" (Ronchetti, 2014: 31 ss.; Lollo, 2017: 142) e che non assume come riferimento i modi di acquisto classici della cittadinanza che fanno capo allo *jus soli* e *jus sanguinis*, bensì si fonda "sulla residenza e sull'inserimento della persona nella comunità nazionale di uno Stato di cui non è cittadino" (Nascimbene, 2011: 1307). Alcuni hanno letto in tale dimensione il portato della concezione habermasiana di una "cittadinanza repubblicana" (E. Grosso, 2010: 275 ss.). Si tratta in sostanza di un'idea di cittadinanza strettamente connessa con la residenza liberamente scelta dalla persona, cui conseguirebbe il diritto alla piena uguaglianza di trattamento, a prescindere dalla propria nazionalità (Carrozza, 2013: 46; Jimena Quesada, 2016: 3). L'insieme di tali "cittadini di fatto" verrebbe a costituire quella "comunità di diritti e doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto", cui ha fatto riferimento anche la Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 172/1999, con il ritenere appartenenti a tale comunità di diritti e doveri anche gli apolidi (Scrufari , 2016: 433).

Come può comprendersi, dunque, l'assimilazione che si è data quasi per scontata (ospitati = stranieri, cioè non cittadini) appare al contrario assai problematica e discutibile: la linea di confine tra ospiti e ospitati non coincide integralmente con quella tra cittadini e stranieri, in quanto possono esservi stranieri che non sono ospiti (in quanto già integrati nella comunità nazionale), e che anzi possono svolgere una funzione di ospitalità nei confronti dei nuovi arrivati. Come già si è accennato, il compito di ospitare spetta infatti a tutti coloro che appartengono alla "comunità di diritti e doveri": ad essi non soltanto devono essere riconosciuti i diritti fondamentali garantiti dalle Costituzioni nazionali e dalle convenzioni internazionali, ma spetta anche l'adempimento dei doveri di solidarietà che riguardano tutti. Detto in altri termini: anche gli stranieri che sono inseriti nel contesto sociale del Paese di accoglienza (in quanto magari residenti di lungo periodo) devono condividere risorse, spazi, opportunità con i nuovi arrivati (Polacchini, 2016: 164).

Vedremo come la legislazione e la giurisprudenza hanno recepito questa evoluzione, anche in relazione allo stesso contenuto dell'ospitalità.

3. NON TUTTI GLI OSPITI SONO UGUALI: LE DIFFERENZE DELLA CONDIZIONE GIURIDICA DEGLI STRANIERI

Se dunque sul versante degli ospitanti è problematico segnare una netta differenziazione rispetto agli ospiti, non di minore complessità è definire il concetto di "ospite". Al riguardo, non può essere sottaciuto un equivoco ricorrente, ovvero che tutti gli ospiti siano uguali. Non è così: né di fatto né soprattutto, per quel che ci riguarda in questa sede, di diritto. Anche ammettendo, in termini generali, che gli ospiti siano i "non cittadini" che vengono in relazione con l'ordinamento del Paese di accoglienza e che chiedono di essere ospitati sul relativo territorio, la loro considerazione in termini unitari non è possibile né corrisponde allo stato (giuridico) della realtà.

Sempre confrontandoci in prima battuta con il contesto ordinamentale italiano - peraltro sotto questo aspetto comune a quello degli altri Paesi appartenenti all'Unione europea - si pensi ad esempio ai cittadini degli Stati membri di detta Unione, ai quali è riconosciuta la "cittadinanza europea" ai sensi degli art. 20 e ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Tali "stranieri" godono - in Italia, come negli altri Paesi dell'UE - di una serie di diritti, quali in primo luogo la libertà di circolazione e soggiorno, nonché la tutela delle autorità diplomatiche e, soprattutto, l'elettorato attivo e passivo, se residenti in Italia, per le elezioni comunali e del Parlamento europeo, alle stesse condizioni dei cittadini italiani. Anche in questo caso, si tratta di "ospiti" assai particolari e potremmo dire "privilegiati": tanto che la legge italiana (nel silenzio di una previsione esplicita da parte della Costituzione) non li considera neppure come "stranieri".

Per quanto riguarda poi gli stranieri provenienti da Paesi terzi all'Unione europea, occorre operare una distinzione tra coloro che godono di una condizione specifica di protezione rispetto agli altri. Il rifugiato e la persona titolare di protezione sussidiaria godono di uno status specifico al quale deve essere riconosciuto un regime di particolare favore: essi sono titolari di un permesso per motivi di protezione internazionale che, data la natura forzata della loro migrazione, li legittima ad un trattamento di maggiore favore. Deve richiamarsi a tale proposito la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo statuto dei rifugiati, nonché alcune direttive dell'Unione europea, tra le quali in particolare la n. 2011/95/UE, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, con conseguente attribuzione di uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria.

A tal proposito si ricorda che nell'ambito di tale ultima normativa, il «*rifugiato*» è definito come colui che, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica, si trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale Paese (se si tratta di apolide deve trovarsi fuori dal territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale e per lo stesso timore sopra indicato non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno). La «*persona ammissibile alla protezione sussidiaria*» è invece quella che non possiede i requisiti per essere riconosciuta come rifugiata, ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine (o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale), correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto Paese. In ragione di ciò, il legislatore ha disciplinato la condizione di tali soggetti riconoscendo loro un complesso di diritti più ampio rispetto a quello di qualsiasi altro straniero: è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino in materia di assistenza sanitaria e sociale, di accesso all'istruzione (per i minori), in materia di lavoro subordinato, di lavoro autonomo ed altre situazioni; mentre è parificato allo straniero regolarmente soggiornante relativamente ad altri diritti.

Possiamo osservare, relativamente a tali scelte, come quest'ultima categoria di "ospiti" venga ritenuta meritevole di particolare attenzione e tutela: se ciò può comprendersi (e condividersi) in forza della situazione di difficoltà in cui coloro che vi appartengono

si trovano a vivere nel proprio Paese, dall'altro induce a considerare la differenza con altre categorie di stranieri. Coloro che migrano perché nel proprio Paese non riescono a trovare un lavoro, e quindi a sostenere economicamente sé e la propria famiglia, sono evidentemente considerati in modo diverso rispetto a quanti, ad esempio, in patria non godono della libertà di espressione o della libertà di associazione politica. Per l'Italia i secondi sono "ospiti privilegiati", persone che devono essere necessariamente ospitate e, in forza del principio di *non-refoulement*, non possono essere respinte o rinviate nel Paese di origine (Savino, 2017: 19). I primi, al contrario, possono anche non essere considerati ospiti, o possono diventare tali soltanto in numero e a condizioni prestabilite (sulla base, ad esempio, di "quote" predefinite di ingresso sul territorio). Si tratta di una situazione che è giuridicamente fondata nell'art. 10, comma 3, della Costituzionale italiana, per il quale "lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge" (Costa, 2018). Tale principio trova eco anche in altre Costituzioni nazionali (si vedano ad esempio l'art. 16 della Costituzione tedesca e l'art. 13 della Costituzione spagnola).

Infine, vi sono gli stranieri che non rientrano in alcuna delle categorie appena indicate, e che tuttavia - in base alla legislazione ordinaria, ma anche alla normativa dell'Unione europea – sono ulteriormente distinti, come noto, tra "regolari" e "irregolari": i primi, ulteriormente distinti tra soggiornanti di lungo periodo ed altri; i secondi, tra coloro che hanno fatto ingresso irregolarmente sul territorio e vi sono rimasti senza mai regolarizzare la propria condizione e coloro per i quali la condizione di regolarità è venuta meno in un secondo momento (es. perché non sono riusciti a rinnovare il proprio permesso di soggiorno in mancanza di un contratto di lavoro).

Le due sotto-categorie di stranieri *regolari* sono distinte in ragione della durata della residenza, e quindi del carattere non episodico e di non breve durata del permesso di soggiorno: da cui consegue il differente trattamento riservato, ad esempio, in relazione alla tipologia del permesso di soggiorno posseduto. Così il titolare di un permesso CE per soggiornanti di lungo periodo gode di una serie di diritti e prestazioni differenti rispetto a quello del titolare di un semplice permesso di soggiorno. Il primo risiede infatti sul territorio nazionale da almeno 5 anni e vanta quindi un legame più stretto con la comunità ivi residente, tale da legittimare una più ampia partecipazione alla vita di tale comunità, anche in materia di accesso al sistema di welfare. Analoghe considerazioni possono muoversi in relazione al titolare di un permesso di soggiorno di durata biennale, poiché tra le condizioni di rilascio è previsto, tra l'altro, il possesso di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, e per esso può quindi presumersi, ragionevolmente, una permanenza sul territorio nazionale di lungo periodo.

Diversamente, la condizione giuridica dello straniero titolare di un semplice permesso annuale varia ulteriormente a seconda dello specifico status posseduto. Così, ad esempio, in forza di convenzioni internazionali operanti anche nel nostro Paese, il *lavoratore* immigrato, pur titolare di un permesso di durata annuale, gode di un catalogo di diritti sociali più ampio rispetto a quello degli altri stranieri *non lavoratori* titolari di un permesso di analoga durata.

Vi sono poi altri status che legittimano un peculiare trattamento in relazione alle *ragioni* della migrazione ovvero all'*età*. Ad esempio i minori stranieri, oltre a non essere espellibili, godono della più ampia protezione possibile anche in materia di diritti sociali, ai fini del loro pieno sviluppo psico-fisico, in conformità agli obblighi internazionali che l'Italia è chiamata ad osservare (Valtolina, 2014; Patroni Griffi, 2010: 271).

Ed infine, vi sono gli "ultimi della fila", quelli che vivono irregolarmente sul territorio statale, o perché – come anticipato – il loro titolo legittimante è venuto meno ovvero in quanto quel titolo non è mai stato posseduto e l'ingresso è avvenuto irregolarmente (Zanfrini, 2007, 39). Al riguardo si è cercato, nel corso degli anni, di impedire o perlomeno limitare tale fenomeno, agendo per lo più sul versante repressivo e di sicurezza: si tratta di interventi tanto ripetuti quanto, perlopiù, inefficaci, spesso di forte impatto mediatico ed al contempo di quasi impossibile applicazione. Tuttavia, a tutti gli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato devono essere garantiti "i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona" (cfr. Corte cost. sent. nn.252/2001, 269/2010, 299/2011 e 61/2011), in quanto "i diritti che la Costituzione proclama inviolabili spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani" (Corte cost. sent. 105/2011). E ciò pur considerando che la molteplicità degli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati. Dunque, anche con tale categoria di "ospiti", che indubbiamente costituiscono "gli ultimi della fila", l'ordinamento deve mostrare il proprio volto di garante dei diritti fondamentali: e ciò almeno fino a quando essi rimangono nel territorio italiano, giacché la legge prevede che essi debbano essere rimandati al Paese di provenienza quando non ricorrano ragioni di specifiche tutele.

4. IL CONTENUTO DELL'OSPITALITÀ, TRA DIRITTI E DOVERI

Detto dunque della distinzione tra ospitanti ed ospiti, dobbiamo ora ritornare sull'interrogativo posto all'inizio, vale a dire in che cosa effettivamente consiste - o, meglio, deve consistere: sia in termini complessivi che relativamente all'ordinamento giuridico italiano - l'ospitalità nei confronti degli stranieri.

Abbiamo in partenza risposto che in generale ospitalità significa garantire diritti e richiedere l'adempimento di doveri. Occorre ora approfondire questi aspetti, partendo dal versante dei diritti (Ruggeri, 2016: 25; Bonetti, 2016; 143).

A tale riguardo occorre avere presente una distinzione fondamentale, ricavabile anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. Vi è, in primo luogo, quella che potremmo definire una dimensione "verticale": *quali diritti* devono essere riconosciuti agli "ospiti" (in relazione ad esempio al diritto alla salute, all'istruzione, alla libera circolazione, ecc.). In tale dimensione, alla luce della giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto, come detto, che i diritti inviolabili devono essere garantiti a tutti, cittadini e non cittadini, occorre rovesciare la prospettiva prevalentemente seguìta: non si tratta cioè di valutare quali diritti dei cittadini possano estendersi ai non cittadini, quanto - all'inverso - si tratta di individuare quali e quanto dei diritti che in linea generale devono essere garantiti ad ogni persona possano essere limitati ai soli cittadini, in forza del

vincolo (e del valore) della cittadinanza (ci si riferisce, ad esempio ai diritti cosiddetti politici, sebbene anche in relazione ad essi il discorso andrebbe articolato). È pertanto il possesso della cittadinanza che determina la cifra della ragionevolezza in questo ambito, ed è sulla base della prima che la seconda deve essere valutata caso per caso.

Non è possibile in questa sede individuare quali siano i diritti del primo tipo rispetto a quelli del secondo, perché in verità la vera differenza (tra ospitanti ed ospiti) si pone su un diverso piano.

Sempre facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, infatti, la dimensione indicata deve essere considerata in sistema con un'altra, che potremmo definire "orizzontale", in quanto "interna" a ciascun diritto: detto in altri termini, ogni diritto contiene in sé un "nucleo irriducibile" cui si aggiunge una parte di tutela, per così dire, "meno fondamentale" (come peraltro risulta evidente, su un diverso piano, in relazione alla previsione contenuta nell'art. 117, comma 2, lett. *m*, della Costituzione, che si riferisce alla determinazione dei *livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale*). Soltanto ciò che attiene a detto nucleo irriducibile deve essere garantito a tutti (in forza di quanto si è detto), mentre la parte ulteriore potrà essere garantita dal legislatore soltanto ad alcuni soggetti e non a tutti. È quanto chiaramente affermato dalla sentenza n. 252/2001 della Corte costituzionale, nella quale si legge che il «"nucleo irriducibile" di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona deve essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso». Sulla parte che, al contrario, non costituisce il "nucleo irriducibile", la discrezionalità del legislatore ha evidentemente un margine di operatività più ampio.

Tale giurisprudenza, ribadita anche con l'ordinanza n. 385/2001 in relazione al diritto alla difesa e con la sentenza n. 269/2010 con riguardo ancora al diritto alla salute (Chieffi, 2010: 183), comporta dunque che l'eguale titolarità di un diritto fondamentale non significa garanzia di uguale godimento, in quanto il legislatore può prevedere – senza violare la Costituzione – differenti trattamenti dello straniero e del cittadino, a condizione che la disparità di trattamento non risulti irragionevole. Dunque, la distinzione "orizzontale" indicata dalla Corte opera in funzione limitatrice di quella "verticale", il risultato finale dovendosi trarre dall'intersezione dei due criteri: in sostanza, agli stranieri devono essere riconosciuti tutti i diritti inviolabili – almeno nel loro nucleo fondamentale, e salvo quelli che connotano lo *status civitatis* – ma il legislatore può garantire, in relazione a ciascuno di essi, un *quantum* di tutela maggiore in ragione della cittadinanza, purché tale differenziazione risulti non irragionevole (Rossi, 2010: 87).

Con la sentenza n. 306/2008, la Corte costituzionale ha, infatti, riconosciuto al legislatore il potere di "dettare norme, non palesemente irragionevoli e non contrastanti con obblighi internazionali, che regolino l'ingresso e la permanenza di extracomunitari in Italia", come anche di "subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni – non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza – alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata": al contempo, tuttavia, essa ha affermato che "una volta che il diritto a soggiornare alle condizioni predette

non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini".

In tale decisione la Corte costituzionale chiarisce inoltre che rientrano nelle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute (e perciò vincolanti per l'Italia in forza dell'art. 10, comma 1, Cost. a prescindere da un procedimento di ratifica) le previsioni che "nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato". Tale posizione sembra trovare un precedente nel parere 18/03 della Corte interamericana dei diritti dell'Uomo, ove si afferma che il principio di uguaglianza dinanzi alla legge e di non discriminazione attiene allo *jus cogens*, posto che su di esso si fonda tutto l'ordinamento giuridico e l'ordine pubblico nazionale e internazionale. Ne consegue che non può ritenersi legittimo un atto giuridico o un trattamento che entrino in conflitto con tale principio fondamentale per motivi di genere, razza, colore, lingua, religione o convinzioni, opinioni politiche, origine nazionale, etnica o sociale, cittadinanza, età, situazione economica, patrimonio, stato civile, nascita o qualsiasi altra condizione.

In riferimento al superamento della condizione di cittadinanza quale presupposto per il riconoscimento di diritti e prestazioni, viene in rilievo anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, resa in applicazione del divieto di discriminazione sancito dall'art. 14 Cedu in connessione con i diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione e dai suoi protocolli. A tal proposito si può richiamare la sentenza *Gaygusuz c. Austria*, 16 settembre 1996, nella quale la Corte ha affermato che deve essere garantita, senza alcuna discriminazione basata sulla cittadinanza, una prestazione sociale connessa allo stato di disoccupazione. Principio poi confermato nella successiva sentenza *Koua Poirrez c. Francia*, 30 settembre 2003, nella quale la Corte europea ha riconosciuto il diritto all'assegno di assistenza a un cittadino straniero in condizione di disabilità, dichiarando conseguentemente discriminatoria la disciplina francese che riconosceva tale prestazione unicamente ai titolari di cittadinanza o ai cittadini di paesi con i quali la Francia aveva concluso accordi di reciprocità in materia di sicurezza sociale. E in senso analogo si veda più di recente anche la sentenza *Dhahbi c. Italia*, 8 aprile 2014, nella quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato non conforme alla Convenzione la disciplina italiana in tema di assegni per le famiglie numerose inizialmente riservata ai soli cittadini italiani.

Con riferimento ai motivi posti alla base di un differente trattamento, la Corte europea dei diritti dell'uomo riconosce agli Stati un certo margine di apprezzamento, anche se soltanto ragioni di particolare importanza possono giustificare un trattamento differenziato, basato esclusivamente sulla nazionalità. Non sono state pertanto accolte le argomentazioni fondate sulla necessità di equilibrare le spese di welfare con le risorse disponibili, restringendo conseguentemente la platea dei destinatari in ragione della cittadinanza; né l'assenza di accordi di reciprocità in materia di sicurezza sociale è stata ritenuta idonea a fondare un trattamento deteriore dello straniero rispetto ai propri cittadini, dal momento che la Corte ha più volte precisato che, ratificando la Cedu, lo Stato aderente si obbliga ad assicurare a ciascuna persona all'interno della propria giurisdizione i diritti e le libertà definite nella stessa Convenzione.

A ciò deve aggiungersi quanto detto sopra, in relazione alle diverse condizioni degli stranieri che vengono in relazione con l'ordinamento italiano: così, ad esempio, vi sono coloro che sono titolari di protezione internazionale (rifugiati o titolari di protezione sussidiaria); coloro che hanno un permesso di soggiorno; coloro che non hanno alcun titolo per soggiornare sul territorio. Si possono dunque immaginare alcuni cerchi concentrici secondo i quali i diritti e le prestazioni (che sostanziano il "contenuto dell'ospitalità") vanno ad ampliarsi progressivamente in ragione dello status della persona.

In definitiva, dunque, possiamo dire che anche sul versante dei diritti la condizione degli ospiti non è omogenea né tantomeno uniformemente definita: come peraltro è giusto che sia (anche all'interno di ciascuna famiglia non tutti gli ospiti sono uguali…), purché nel rispetto di un contenuto minimo di tutele, sotto il quale non si può parlare di ospitalità.

Per quanto riguarda invece la dimensione dei doveri, dovrebbe essere considerato scontato ritenere che anche chi è ospitato è tenuto al rispetto delle Costituzione, ed in essa del principio di solidarietà, che comporta l'adempimento dei doveri inderogabili stabiliti dalla Costituzione stessa, in modo diretto ovvero attraverso la riserva di legge posta dall'art. 23 Cost. Anche su questo punto il dibattitto politico e mediatico che si è sviluppato nei Paesi occidentali ed anche in Italia risulta talvolta fuorviante, quando si afferma che gli stranieri devono rispettare le leggi del Paese in cui sono emigrati: come se ciò non fosse un presupposto scontato e indiscutibile (salvo accertare e punire le violazioni, che è aspetto evidentemente diverso e che non riguarda soltanto gli stranieri). Piuttosto, il problema è costituito dalla misura in cui, come ad esempio stabilisce la "Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione", di cui subito si dirà, essi devono anche rispettare "i valori su cui poggia la società" italiana: punto assai delicato e discutibile, sia per ragioni di carattere generale e teorico (integrazione non significa assimilazione, né ospitalità può richiedere rinuncia alla propria identità) che per ragioni di carattere più pratico (quali sono questi valori? come se ne accerta il rispetto? con quali conseguenze? ecc.). A tal proposito, la Corte di Cassazione (sez. I, sent. 15 maggio 2017, n. 24048, Singh) ha affermato che "se l'integrazione non impone l'abbandono della cultura di origine, in consonanza con la previsione dell'art. 2 Cost. che valorizza il pluralismo sociale, il limite invalicabile è costituito dal rispetto dei diritti umani e della civiltà giuridica della società ospitante. È quindi essenziale l'obbligo per l'immigrato di *conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale*, in cui ha liberamente scelto di inserirsi, e di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e quindi della liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina" (corsivo aggiunto). Vale, anche per tale affermazione, quanto appena detto in relazione alla Carta dei valori: «il giudicare "per valori", per loro natura mutabili nel tempo e nello spazio, è un modo di procedere refrattario a oggettivi criteri regolativi e delimitativi, a maggior ragione lo è nel caso di specie, attesa la assoluta vaghezza di quei "valori occidentali" cui l'immigrato sarebbe tenuto a conformarsi» (Negri, 2017).

Possiamo, alla luce di tutto questo, formulare una conclusione sul punto. Se i "valori" di cui si parla sono contenuti e "tradotti" nelle forme proprie delle regole giuridiche e normative, l'osservanza di queste ultime deve considerarsi sufficiente anche ai fini del

rispetto dei valori. Se invece per "rispetto dei valori" si intendesse qualcosa di ulteriore alla richiesta di osservanza delle regole giuridiche, ed in particolare la condivisione personale e convinta della bontà di certi modi di essere, di pensare, e così via, ciò dovrebbe essere il frutto non di una imposizione normativa quanto invece, e piuttosto, di un processo di integrazione. In altri termini, si può essere ospiti anche se non si condivide tutto di quello che fanno o pensano gli ospitanti; mentre non si può essere ospiti se si trasgrediscono le regole giuridiche che consentono una convivenza pacifica.

Vi è infine un'altra dimensione, che non riguarda né l'ambito del rispetto delle leggi né del rispetto del sistema di valori. Mi riferisco a quella solidarietà di cui si è detto all'inizio, e che può realizzarsi attraverso comportamenti posti in essere non in adempimento di obblighi normativamente imposti, quanto invece sulla base di istanze volontarie e liberamente scelte. Questo tema, che ha rilevanze operative sia sul versante – ad esempio – della regolazione dei cosiddetti enti del Terzo settore (cioè di quegli enti non profit che svolgono attività di interesse generale per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale: art. 4 del decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117), come anche della disciplina del servizio civile di cui si dirà, può senz'altro favorire un atteggiamento di maggiore disponibilità da parte degli ospitanti e non costituisce alcuna difficoltà nel suo riconoscimento in termini generali, pur nell'esigenza di rapportarlo e commisurarlo alla situazione specifica delle persone coinvolte (per un minore la situazione è diversa rispetto ad un adulto, ad esempio).

5. I PERCORSI PER L'INTEGRAZIONE DELLO STRANIERO E L'OSPITALITÀ "CONDIZIONATA"

La realizzazione dell'integrazione degli ospiti nella comunità degli ospitanti non può avvenire, come è evidente, con un unico atto e in un unico momento: essa richiede, al contrario, un processo che spesso può risultare lungo e complesso, da accompagnare e sostenere in vista dell'obiettivo finale: la piena integrazione sul territorio e, volendo, l'ottenimento della cittadinanza.

Tale processo non può che avere, come si dirà, caratteristiche proprie da persona a persona: nondimeno, sembra possibile indicare, ricavandole dalla prassi amministrativa ed anche dalla legislazione e dalla giurisprudenza, alcune "tappe" che costituiscono fasi di avvicinamento alla piena integrazione. Esse potrebbero costituire anche un'ossatura della possibile costruzione di un percorso da disciplinare in termini generali e declinare poi in alcuni settori nevralgici per la vita dello straniero sul territorio nazionale: lavoro, scuola, abitazione, accesso ai servizi, partecipazione attiva, ecc.

Nella costruzione di tali percorsi occorrerà comunque considerare, oltre che come detto la specificità di ciascuna persona, anche l'appartenenza degli stranieri alle diverse "categorie" sopra indicate, di cui è necessario tenere conto ai fini di un'efficace integrazione: se stranieri soggiornanti da un lungo periodo oppure neo arrivati; se lavoratori o disoccupati, se adulti o minori, ecc. È evidente dunque che, a seconda di tali fattori, sarà necessario, oltre che opportuno, individuare appositi percorsi di integrazione, che potranno anche avere intensità e durata diversificati (in termini inversamente proporzionali alla "vicinanza" della categoria rispetto alla cittadinanza e perciò all'equiparazione completa con i cittadini italiani).

Accanto a percorsi di integrazione basati sull'adesione per così dire "volontaria" dello straniero-ospite, occorre dar conto dell'eventualità che l'ospitalità sia in qualche modo "condizionata" al rispetto di un "patto" o di un "accordo", che può talvolta assumere anche rilevanza giuridica: in tal senso l'esperienza dell'Italia può essere significativa, in quanto riferita principalmente all'integrazione di stranieri che si riconoscono nella religione islamica in un contesto, come quello italiano, fortemente segnato da un'appartenenza cristiana e cattolica in particolare.

Un primo tentativo fu costituito dall'adozione, nel 2007, di una "Carta dei Valori, della Cittadinanza e dell'Integrazione" (cui si è già fatto cenno), allo scopo di riassumere e rendere espliciti i principi fondamentali del nostro ordinamento che regolano la vita collettiva, sia dei cittadini che degli immigrati, cercando di focalizzare i principali problemi legati al tema dell'integrazione. La Carta, redatta secondo i principi della Costituzione italiana e delle principali Carte europee e internazionali dei diritti umani, si sofferma in modo particolare su alcuni dei problemi che la multiculturalità pone alle società occidentali.

Detto documento è stato adottato mediante un decreto del Ministero dell'Interno (del 23 aprile 2007, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 15 giugno 2007), con cui è stato riconosciuto alla Carta "il valore di direttiva generale per l'Amministrazione dell'Interno". Il decreto istituisce anche un Consiglio scientifico con il compito "di approfondire e proporre le più opportune iniziative per la conoscenza, la diffusione della Carta dei valori ed i successivi interventi e di studiare le soluzioni più adeguate per l'armonica convivenza delle comunità dell'immigrazione e religiose nella società italiana".

Senza soffermarsi in questa sede sul (discusso) valore giuridico di tale documento (Colaianni, 2007; Consorti, 2009), esso è l'evidente sintomo, per quanto qui rileva, di un tentativo di condizionare l'ospitalità ad alcuni "valori" e principi rilevanti per l'ordinamento giuridico italiano, e la cui condivisione (o, perlomeno, il cui rispetto) sono posti come condizione per integrare lo straniero all'interno del contesto ordinamentale.

Tale ultimo tema si combina, come accennato, in modo specifico con la dimensione più specificamente religiosa dell'immigrazione, o per meglio dire di una parte consistente dell'immigrazione rilevante per il nostro Paese: ed infatti l'anno successivo è stata sottoscritta una "Dichiarazione di intenti per una federazione dell'Islam italiano" da parte di sette componenti della Consulta per l'Islam e dal segretario del Centro islamico della grande Moschea di Roma. Scopo dell'iniziativa è di "dare vita ad una struttura federativa che aggreghi i musulmani che vivono in Italia e che si riconoscano nei principi della Costituzione e della Carta dei valori". Si tratta di un documento di natura essenzialmente privata e la cui efficacia è limitata ai soggetti sottoscrittori, ma la cui redazione è stata sostenuta dal Governo italiano (Consorti, 2009: 16; Macrì, 2012: 3).

Sul piano più propriamente normativo va invece segnalata l'introduzione, mediante la legge 15 luglio 2009 n. 94, dell'art. 4 *bis* nel Testo unico sull'immigrazione (decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 386), con cui si è previsto il cosiddetto "accordo di integrazione", sul modello di altre esperienze straniere (Milani, 2017): si tratta di un patto tra straniero e Stato, articolato per crediti, anche conosciuto come "permesso a punti" , che lo straniero ha l'obbligo di sottoscrivere al momento del suo ingresso sul territorio nazionale quale condizione necessaria per il rilascio del permesso di

soggiorno. L'accordo comporta per lo straniero l'impegno a conseguire specifici obiettivi di integrazione nel periodo di validità del permesso di soggiorno, e prevede l'acquisizione o la perdita di determinati punti, in ragione di certe condotte. Alla perdita integrale dei crediti consegue la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato (Biondi Dal Monte, Vrenna, 2013: 253; Corsi, 2017, 45).

Viene dunque ad essere introdotto un percorso obbligatorio di integrazione per via legislativa, nell'ambito del quale alcuni elementi, come la conoscenza della lingua italiana (Biondi Dal Monte, Casamassima, Rossi, 2017) ovvero la frequenza di corsi di formazione, non costituiscono soltanto prestazioni concernenti il diritto all'istruzione e alla formazione dello straniero, ma – insieme – specifici obiettivi di integrazione da raggiungere per evitare l'espulsione. Si è dunque evidenziato come tutto ciò sembri tramutare diritti sociali (o almeno finalità pubbliche che richiedono attuazione legislativa) in un obbligo sanzionato a carico dello straniero, trascurando le difficoltà che il processo di integrazione presenta per gli stessi stranieri (Pezzini, 2010: 172). Il modello di accordo di integrazione predisposto per la sottoscrizione del patto tra straniero e Stato, oltre a prevedere, all'articolo 1, gli impegni dello straniero, richiede l'adesione alla sopra citata Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione, impegnandosi a rispettarne i principi.

Si tratta dunque di un deciso "salto di qualità" sul tema delle condizioni dell'ospitalità: se infatti la redazione della Carta dei valori può intendersi quale volontà di offrire un quadro riepilogativo e sintetico dei principi dell'ordinamento giuridico, e la cui adesione è sostanzialmente rimessa alla buona volontà degli stranieri, con la novella legislativa del 2009 si è passati invece ad un'imposizione giuridica vera e propria, dotata di una forza normativa e corredata da sanzioni nel caso di mancata sottoscrizione.

Su un diverso piano, ma collegato al tema dei possibili percorsi di integrazione dell'"ospite" nella comunità ospitante, possono considerarsi alcuni "progetti" di educazione alla cittadinanza, finalizzati al consolidamento del rapporto tra ospitante e ospitato. Tra questi possiamo richiamare il servizio civile nazionale (ora rinominato "universale" dal decreto legislativo 6 marzo 2017 n. 40), in relazione al quale la Corte costituzionale, con la sentenza 119/2015 (resa sulla disciplina legislativa precedente), ha affermato che l'ammissione ad esso "consente oggi di realizzare i doveri inderogabili di solidarietà", permettendo a chi lo svolge "di rendersi utile alla propria comunità". Un impegno volontario, dunque, cui corrisponde un diritto di ogni appartenente alla comunità in quanto "opportunità di integrazione e di formazione alla cittadinanza": così che "l'esclusione dei cittadini stranieri, che risiedono regolarmente in Italia, dalle attività alle quali tali doveri si riconnettono appare di per sé irragionevole". Pertanto, "l'esclusione dei cittadini stranieri dalla possibilità di prestare il servizio civile nazionale, impedendo loro di concorrere a realizzare progetti di utilità sociale e, di conseguenza, di sviluppare il valore del servizio a favore del bene comune, comporta un'ingiustificata limitazione al pieno sviluppo della persona e all'integrazione nella comunità di accoglienza" (Penasa , 2015).

Coerentemente con tale pronuncia, la legge n. 107/2016 ha aperto la partecipazione volontaria al servizio civile, oltre che ai cittadini italiani e dei Paesi dell'Unione europea, agli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia. Se tale allargamento è da valutare

positivamente (sebbene esso risultasse, come detto, obbligato a seguito della sentenza della Corte costituzionale), meno positivamente va valutata la previsione (contenuta nell'art. 14, comma 2, del d.lgs. 40/2017) per cui «l'ammissione al servizio civile universale non costituisce in alcun caso, per il cittadino straniero, presupposto per il prolungamento della durata del permesso di soggiorno». Come è stato rilevato, "siccome l'esperienza del servizio civile è funzionale alla valorizzazione di una dimensione sostanziale della cittadinanza e alla promozione di processi di inclusione sociale (e, *lato sensu*, politica), il decreto avrebbe potuto utilmente prevedere lo svolgimento del servizio civile non solo fra le cause di prolungamento del permesso di soggiorno, ma anche fra quelle per l'ottenimento dello stesso, fino a prevedere un apposito titolo, volto ad assicurare la partecipazione all'esperienza ed il suo completamento, anche successivamente convertibile in altro titolo abilitante al soggiorno" (Centro interuniversitario di studi sul servizio civile, 2017: 10).

6. EMANCIPARE DALLA CONDIZIONE DI OSPITALITÀ: L'ACQUISTO DELLA CITTADINANZA (COME PROCESSO)

Dopo aver chiarito le differenze tra ospitanti ed ospitati, ed aver ragionato sul contenuto dell'ospitalità e delle condizioni eventualmente poste per beneficiarne, occorre soffermarsi da ultimo sui percorsi che possono condurre un ospite ad emanciparsi da tale condizione, mutando il proprio *status* e divenendo parte integrante della comunità ospitante.

Abbiamo detto che ciò che dovrebbe distinguere gli ospitanti dagli ospiti è - in termini generali - il possesso della cittadinanza, ma che tale criterio non ha valore assoluto: sia in quanto il relativo concetto è oggetto di tensioni sia in quanto il trattamento dei non cittadini nell'ordinamento italiano è differenziato in ragione di vari fattori. Nondimeno, dobbiamo considerare che l'acquisto della cittadinanza, da parte di stranieri (o apolidi), consente di emanciparsi dalla condizione di "ospiti": e che quindi i criteri posti dall'ordinamento per l'acquisto della cittadinanza assumono rilievo decisivo nel discorso che si sta facendo. Conviene dunque valutare con attenzione detti criteri, anche al fine di considerare la percorribilità della prospettiva, sopra indicata, che fonda la procedura di ottenimento della cittadinanza su una progressiva integrazione nel territorio.

Partiamo dunque dai criteri in essere. In generale, è noto come la definizione delle regole di acquisto e di perdita della cittadinanza sia di competenza di ciascun ordinamento: ogni Stato moderno definisce infatti "formalmente la sua comunità di cittadini, identificando un insieme di persone come propri membri e designando per esclusione tutte le altre come non-cittadini o stranieri" (Brubaker, 1997: 45). In quanto situazione esclusivamente giuridica, dunque, la cittadinanza "assume quella estensione che il diritto di ogni stato ritiene di doverle conferire, in relazione alle sue particolari finalità" (Mortati, 1975: 123). In generale, tuttavia, ogni ordinamento fa riferimento a due principali modi di acquisto della cittadinanza: la discendenza ereditaria (ovvero lo *jus sanguinis)*, ovvero la nascita in un determinato territorio (lo *jus soli)*. Si tratta di due opzioni fondamentali con cui lo Stato regola la formazione della sua comunità futura, dando prevalenza ai rapporti di sangue (o comunque familiari, come nel caso di acquisto

della cittadinanza mediante matrimonio) oppure al legame con il territorio (Cuniberti, 1997; Grosso, 1997).

L'ordinamento italiano ha fondato la propria legislazione principalmente sullo *jus sanguinis*, per cui è cittadino italiano il figlio di padre o madre cittadini italiani, e riservando al criterio dello *jus soli* un ambito applicativo del tutto marginale (acquista la cittadinanza italiana chi è nato nel territorio della Repubblica se entrambi i genitori sono ignoti o apolidi, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori secondo le leggi dello Stato a cui questi appartengono). Insieme a tali criteri "originali" (nel senso di prevedere l'acquisto della cittadinanza alla nascita), la legge italiana consente anche l'acquisto della cittadinanza da parte di stranieri, prevedendo criteri diversi in ragione di categorie differenti di stranieri. La legge vigente (legge n. 91/1992) ha infatti previsto che i cittadini dell'Unione europea possono acquistare la cittadinanza italiana dopo quattro anni di residenza sul territorio; i discendenti di cittadini italiani dopo tre anni di residenza ovvero se dimostrano di aver risieduto legalmente nel paese nei due anni antecedenti al compimento della maggiore età; agli stranieri provenienti da Paesi terzi è richiesta invece una residenza sul territorio per almeno dieci anni e per i loro figli, nati in Italia, è richiesta la residenza ininterrotta e continuativa fino al diciottesimo anno di età. Come può osservarsi, tali ulteriori criteri si fondano esclusivamente sul fattore tempo, e per questo sono definiti "asettici" (Azzariti, 2011: 429): in nessun modo viene considerato e valorizzato il modo con cui quel tempo è trascorso, vale a dire se dando prova di voler partecipare alla vita della comunità oppure se come ospite estraneo e passivo. Ciò è tanto più grave in quanto, come si è detto, la democrazia ha bisogno del consenso e della partecipazione attivi e la Repubblica necessita del contributo di ciascuno al perseguimento dello sviluppo della società: così che si produce uno iato tra la comprensione di sé, propria delle democrazie, e il modo in cui esse conferiscono la cittadinanza (Benhabib, 2005: 219).

Per superare tale situazione, una possibile soluzione potrebbe consistere nel valorizzare il legame di fatto tra individuo e Stato e la volontarietà di tale processo identitario. In altri termini, occorrerebbe considerare l'acquisto della cittadinanza come un *percorso da costruire*, volto a privilegiare – nel conseguimento dello *status* di cittadino – alcuni indici di integrazione sul territorio (quali ad esempio la frequenza di corsi di studio), ed eliminando ogni inutile aggravamento burocratico per gli stranieri che risiedono da tempo in uno Stato o che, addirittura, vi sono nati (Biondi Dal Monte, 2013, 284). Proprio la presenza stabile e strutturale di cittadini stranieri nella società, che trova un indice significativo anche nella crescita di seconde e terze generazioni di migranti, sollecita la valorizzazione del legame di fatto tra individuo e Stato, verso l'elaborazione di una concezione di "comunità" costruita con il contributo di tutti coloro che sono attivi e presenti all'interno dello spazio sociale. In questa prospettiva potrebbe essere ripensata anche la concezione stessa di nazione, da intendersi come il risultato della creazione progressiva di una comunità attraverso forme di unione libera e spontanea e l'accettazione di principi comuni (Bartole, 2012: 154; Id, 2013: 759.).

Tutto ciò ci pare pienamente coerente con la dimensione dell'ospitalità di cui si discorre in questa sede: l'ospite viene progressivamente inserito nel contesto ospitante ed invitato a parteciparvi in modo attivo, godendo dei diritti ed assumendo

le responsabilità di quell'appartenenza. Al termine di siffatto processo, se lo vorrà, potrà affrancarsi dalla condizione di "ospite" ed essere inserito *pleno jure* in quella comunità che lo ha dapprima ospitato e poi integrato: l'acquisto della cittadinanza viene così ad assumere il significato di compimento pieno dell'ospitalità e, insieme, del suo venir meno.

7. CONCLUSIONE: L'OSPITALITÀ E I SUOI LIMITI

L'analisi di alcuni aspetti dell'applicabilità del tema dell'ospitalità al fenomeno migratorio sollecita dunque una rinnovata riflessione sulla dicotomia tra *status civitatis* e *status personae* nel riconoscimento di diritti umani fondamentali.

In conclusione, possiamo trarre due considerazioni.

La prima: che quando si ha riguardo ai diritti umani fondamentali (e in particolare ai diritti sociali), la distinzione tra cittadini e non cittadini (basata sul possesso dello *status civitatis*) rischia facilmente di trasformarsi in una discriminazione irragionevole. Il che induce a considerare in modo specifico lo "statuto" dei diritti sociali rispetto ad altre categorie di diritti (in particolare, di quelli politici) per giungere alla considerazione che – in forza di quanto sopra affermato con riguardo alla titolarità dei diritti inviolabili a tutte le persone – la linea di confine tra ciò che deve essere garantito a tutti e ciò che può essere limitato a vantaggio dei soli cittadini deve essere individuata non sulla base del criterio di quali diritti dei cittadini possano estendersi ai non cittadini, quanto - all'inverso - di quali diritti che in linea generale devono essere garantiti ad ogni persona possano essere limitati ai soli cittadini, in forza del vincolo (e del valore) della cittadinanza (Pugiotto, 2010: 337).

La seconda considerazione induce a riflettere sulla diversa prospettiva con cui guardare alla cittadinanza (formale o "legale"): non più (soltanto) quale *presupposto* di riconoscimento dei diritti, quanto piuttosto (e insieme) quale *tappa conclusiva* di tale riconoscimento e massimo obiettivo di integrazione della persona nella società. La procedura di ottenimento della cittadinanza potrebbe, dunque, essere concepita come un "processo" di progressiva integrazione sul territorio: "un'integrazione che avviene attraverso il riconoscimento di diritti", anche auspicabilmente di natura politica, al fine di superare la costante dissociazione – per quanto riguarda gli stranieri – tra obbligo tributario e rappresentanza politica (Biondi Dal Monte, 2013: 283).

Sotto un profilo prevalentemente socio-politico, si pone poi una domanda che, nel dibattito pubblico degli Stati nazionali, soprattutto nei Paesi occidentali, è considerata centrale: ovvero quali limiti un ordinamento può prevedere nei confronti dell'ospitalità degli stranieri?

Il problema è stato recentemente sottolineato anche da Papa Francesco, il quale nel Messaggio per la celebrazione della Giornata mondiale della pace 2018 ("Migranti e rifugiati: uomini e donne in cerca di pace") ha da un lato rivolto ai governanti dei diversi Paesi l'invito biblico a praticare l'ospitalità nei confronti degli stranieri («Non dimenticate l'ospitalità; alcuni, praticandola, hanno accolto degli angeli senza saperlo»: Lettera agli Ebrei, 13,2), ma insieme ha sottolineato come "Praticando la virtù della prudenza, i governanti sapranno accogliere, promuovere, proteggere e integrare,

stabilendo misure pratiche, nei limiti consentiti dal bene comune rettamente inteso, per permettere quell'inserimento. Essi hanno una precisa responsabilità verso le proprie comunità, delle quali devono assicurare i giusti diritti e lo sviluppo armonico, per non essere come il costruttore stolto che fece male i calcoli e non riuscì a completare la torre che aveva cominciato a edificare".

In che modo dunque il legislatore potrà "fare bene i calcoli" ed evitare il rischio di non riuscire a completare l'opera che gli è affidata?

Attualmente le soluzioni adottate dall'ordinamento italiano (in linea con gli altri ordinamenti occidentali) riguardano, in primo luogo, l'adozione di una regolazione di carattere numerico - e quindi quantitativa - degli accessi. Al di là, ed oltre, tale aspetto, un'ulteriore limitazione dell'ospitalità riguarda il tema del *contenuto* della stessa, ovvero della garanzia dei diritti degli ospiti e delle politiche di integrazione che li riguardano. Come già indicato, infatti, il tema dell'ospitalità, declinato nella dimensione dell'immigrazione (e del rapporto con gli immigrati), comporta una doppia tensione: da un lato, nella relazione tra la garanzia dei diritti degli ospiti e di quelli degli ospitati, che investe il principio di cittadinanza e la titolarità della sovranità. D'altro canto, ma correlato al primo, sta il rapporto tra garanzie da assicurare ai migranti, sia individualmente considerati come anche nelle loro diverse culture di appartenenza, e salvaguardia dell'identità, da intendere quale "interazione di valori storici, culturali, religiosi, normativi, etici che connotano la collettività rendendola un unicum" (Cerrina Feroni, 2017, 30).

Ciò pone evidentemente, in concreto, problemi non semplici, da affrontare caso per caso e nella logica complessiva della ricerca di un bilanciamento ragionevole: non solo tra diritti da riconoscere alle diverse categorie di stranieri, ma anche tra i diritti di questi ultimi (complessivamente intesi) e i diritti dei cittadini. Ci si chiede in altri termini se il diritto dello straniero può essere garantito solo se compatibile con il livello di benessere cui un cittadino può aspirare; ovvero, se è possibile imporre a un cittadino una diminuzione del proprio livello di benessere allorché ciò sia funzionale alla garanzia di diritti fondamentali dei non cittadini.

Non è facile, in tale delicato contesto, individuare vie d'uscita o soluzioni rassicuranti: l'impressione è che di fronte ad esigenze fondamentali di vita (cibo, salute, sopravvivenza) sarà sempre più difficile (oltre che "ingiusto"…) opporre l'esigenza di garantirsi beni della vita "superflui". E ciò farà altresì emergere la necessità di un diverso bilanciamento, fondato su una differente valutazione in termini di compatibilità. Una compatibilità che valorizzi il rapporto tra principio personalista e principio di solidarietà, alla cui luce la distinzione tra persone fondata sul criterio della cittadinanza è destinata a far emergere tutti i propri limiti.

BIBLIOGRAFIA

Azzariti, G. (2011). *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*. In *Diritto pubblico*, 2, 426 ss.

Bartole, S. (2012). *La Costituzione è di tutti*. Bologna: Il Mulino.

Bartole, S. (2013). *La Nazione italiana e il patrimonio costituzionale europeo. Appunti per una prima riflessione*. In *Scritti scelti*, Napoli: Jovene, 759 ss.

Bauman, Z. (2016). *Stranieri alle porte*. Bari: Laterza.

Benhabib, S. (2005). *La rivendicazione dell'identità culturale*, Bologna: Il Mulino.

Biondi Dal Monte, F. (2013). *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento nazionale e prospettive sovranazionali*. Torino: Giappichelli.

Biondi Dal Monte, F., Vrenna, M. (2013). *L'accordo di integrazione ovvero l'integrazione per legge. I riflessi sulle politiche regionali e locali*. In E. Rossi – F. Biondi Dal Monte – M. Vrenna (cur.), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze* (253-287). Bologna: Il Mulino.

Biondi Dal Monte, F., Casamassima, V., Rossi, E. (cur.). (2017). *Lingua, istruzione e integrazione delle nuove minoranze*. Pisa: Pisa University Press.

Bonetti, P. (2016). *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*. In C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (cur.), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri* (143-250). Napoli: Editoriale scientifica.

Brubaker, R. (1997). *Cittadinanza e nazionalità in Francia e Germania*. Bologna: Il Mulino.

Carrozza, P. (2013). *Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali*, In E. Rossi – F. Biondi Dal Monte – M. Vrenna (cur.), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze* (27-59). Bologna: Il Mulino.

Centro interdipartimentale sul servizio civile (2017). *Il servizio civile universale: analisi e criticità*. In *Studi Zancan*, 3, 5-23.

Cerrina Feroni, G. (2017). *Diritto costituzionale e società multiculturale*. In Rivista AIC, 1-39.

Cheli, E. (2010). *Diritti fondamentali degli immigrati: premesse costituzionali*. In R. Pisillo Mazzeschi, Pustorino, A. Viviani (cur.), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori* (3-6). Napoli: Editoriale Scientifica.

Chieffi, L. (2010). *Immigrati irregolari e diritto alla salute* In R. Pisillo Mazzeschi, Pustorino, A. Viviani (cur.), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori* (183-212). Napoli: Editoriale Scientifica.

Colaianni, N. (2007). *Una carta postcostituzionale?* In *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 1-10.

Consorti, P. (2009). *Nuovi razzismi e diritto interculturale. Dei principi generali e dei regolamenti condominiali nella società multiculturale*. In *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 1-28.

Corradetti, C., Spreafico, A. (2005). *Oltre lo "scontro di civiltà": compatibilità culturale e caso islamico*, Roma: Fondazione Adriano Olivetti.

Corsi, C. (2017). *Da stranieri a cittadini. Linee di un percorso italiano*. In G. Cerrina Feroni, V. Federico (cur.), *Società multiculturali e percorsi di integrazione*. Firenze: Firenze University Press, 37-64.

Costa, P. (2018). *Art. 10*. Roma: Carocci.

Cuniberti, M. (1997). *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*. Padova: Cedam.

Galeotti, S. (1996). *Il valore della solidarietà*. In *Diritto e società.*, 7 ss.

Grosso E. (1997). *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*. Padova: Cedam.

Grosso, E. (2010). *I doveri costituzionali*. In Aa.Vv., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti. Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Napoli: Jovene, 229 ss.

Huntington, S.P. (2000). *The Clash of Civilization and the Remaking of World Order* (trad. it. *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale)*. Milano: Garzanti.

Jimena Quesada, L. (2016). *El "destino" de la ciudadania en la era de la globalizacion*. In C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (cur.), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri* (3-24). Napoli: Editoriale scientifica.

Lollo, A. (2016). *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè.

Macrì, V. (2012). *Brevi riflessioni sui pareri espressi dal Comitato per l'Islam italiano*. In *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 3 ss.

Marzanati, A., Mattioni, A. (cur.) (2007). *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma: Città Nuova.

Milani, G. (2017). *Cittadini jure linguae. Test linguistici e cittadinanza in Europa*, Milano: Giuffrè.

Mortati, C. (1975). *Istituzioni di diritto pubblico*. Padova: Cedam.

Nascimbene, B. (2011). *Cittadinanza dell'Unione europea e cittadinanza di residenza. Recenti profili*. In Aa.Vv., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida* (1301 ss.). Milano: Giuffrè.

Negri, A. (2017). *Sikh condannato per porto del kirpan: una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e "valori del mondo occidentale"*. In *www.penalecontemporaneo.it*.

Patroni Griffi, A. (2010). *Lineamenti della tutela costituzionale dei minori stranieri*. In R. Pisillo Mazzeschi, Pustorino, A. Viviani (cur.), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori* (255-270). Napoli: Editoriale Scientifica.

Penasa, S. (2015). *Verso una "cittadinanza costituzionale"? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, In *Rivista AIC*, 3, 1-10.

Pezzini, B. (2010). Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino. In Aa.Vv., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno*

annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti. Cagliari, 16-17 ottobre 2009 (163 ss.). Napoli: Jovene

Polacchini, F. (2017). *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna: Bononia University Press.

Pugiotto, A. (2010). *"Purchè se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*. In Aa.Vv., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti. Cagliari, 16-17 ottobre 2009* (333 ss.). Napoli: Jovene

Ronchetti, L. (2014). *La "cittadinanza costituzionale" degli stranieri: una questione d'efficacia costituzionale*. In L. Ronchetti (cur.), *La Repubblica e le migrazioni* (31 ss.). Milano: Giuffrè.

Rossi, E. (2010). *Da cittadini vs. stranieri a regolari vs. irregolari. Considerazioni sull'evoluzione della disciplina giuridica dei non cittadini nell'ordinamento italiano*. In *Riv. dir. cost.*, 87 ss.

Rossi, E., Biondi Dal Monte, F., Vrenna, M. (cur). (2013). *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*. Bologna: Il Mulino.

Ruggeri, A. (2016). *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*. In C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (cur.), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri* (25-56). Napoli: Editoriale scientifica.

Savino, M. (2017). *La risposta italiana alla crisi: un bilancio*. In M. Savino (cur.), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea* (13-32). Napoli: Editoriale Scientifica.

Scrufari, M.C. (2016). *Lo* status *degli apolidi tra luci ed ombre: da invisibili senza identità a titolari di diritti fondamentali*. In C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (cur.), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri* (433-456). Napoli: Editoriale scientifica.

Valtolina, G. (cur.) (2014). *I minori stranieri non accompagnati in Italia. Sfide e prospettive*. Milano: McGraw-Hill Education.

Zanfrini, L. (2007). *Sociologia delle migrazioni*. Roma-Bari: Laterza.

Niños sin patria: la realidad de los hijos de migrantes venezolanos, nacidos en colombia

Stateless children: children's reality of venezuelan migrants,born in colombia

Ana María Moreno Sáchica[1]

RESUMEN

Con ocasión de la coyuntura política, social y económica en la República Bolivariana de Venezuela y el creciente fenómeno migratorio de la población venezolana, surge la cuestión jurídica de determinar si los niños y niñas nacidos en Colombia, hijos de migrantes venezolanos, tienen garantizado el derecho a la nacionalidad. La realidad actual demuestra que existen obstáculos prácticos para los padres venezolanos que buscan el reconocimiento de la nacionalidad de sus hijos, situación que deviene en la aparición de nuevos casos de apatridia en Colombia y la necesidad de adoptar medidas para prevenir este fenómeno.

ABSTRACT

Considering the political, social and economic situation in the Bolivarian Republic of Venezuela and the growing migration phenomenon of venezuelan population, the legal question arises to determine whether the right to nationality of the children born

1 Abogada de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Magister en Derecho Internacional Público de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y especialista en Derecho administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana. Actualmente es la Coordinadora del Grupo de Nacionalidad de la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores. Lidera la implementación de los instrumentos internacionales en materia de apatridia y el derecho a la nacionalidad en Colombia.

Las opiniones expresadas en este documento son de la autora y no reflejan necesariamente las del Ministerio de Relaciones Exteriores o las del Gobierno colombiano. Mis agradecimientos a Juan Ignacio Mondelli, Asesor Regional de Protección para la Determinación de la Condición de Refugiado de la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), por sus valiosos aportes para este artículo y por inspirarme a trabajar cada día en la erradicación de la apatridia en Colombia.

in Colombia of Venezuelan migrants, is being guaranteed. Venezuelan parents face practical obstacles when claiming their children's nationality recognition. This situation arises new cases of statelessness in Colombia, which need to be resolved.

PALABRAS CLAVE

Nacionalidad, Apatridia, Legislación, Obstáculos prácticos, Registro Civil, Prevención, Derechos de los niños.

KEY WORDS

Nationality, Statelessness, Legislation, Practical obstacles, Civil Registry, Prevetion, Children's rights.

INTRODUCCIÓN

La coyuntura actual en Venezuela ha dado lugar a un flujo masivo de población venezolana a territorio colombiano sin precedentes en la tradición migratoria de nuestro país y con ello, la aparición de diferentes fenómenos derivados de la migración, entre los que se encuentra el problema de la apatridia.

Dentro de este contexto migratorio, necesariamente emerge la cuestión jurídica que se pretende abordar en el presente artículo, la cual apunta a analizar la problemática en la que se encuentran los niños y niñas, nacidos en Colombia, hijos de migrantes venezolanos, en términos de acceso efectivo y garantía del derecho a la nacionalidad.

Bajo este entendido, se efectuará una revisión de los antecedentes y el contexto fáctico de la problemática planteada, del marco jurídico internacional e interno sobre el derecho a la nacionalidad y la apatridia, para posteriormente entrar a analizar, de forma particular, la situación de los menores, nacidos en territorio colombiano, hijos de migrantes venezolanos, frente a las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia en relación con el derecho a la nacionalidad, el interés superior del niño y prevención de la apatridia. Finalmente, se expondrán las medidas que ha adoptado el Gobierno nacional para dar solución a los casos de los niños y niñas, hijos de migrantes venezolanos, y los desafíos que trae la implementación de este tipo de soluciones.

ANTECEDENTES

Desde que se agudizó la crisis humanitaria en el vecino país en el año 2015, (CONPES 3950, 2018) de acuerdo con información de Migración Colombia al 30 de septiembre de 2018, existían alrededor de **1.032.016** ciudadanos venezolanos regulares e irregulares en territorio colombiano.

De acuerdo con el Ministerio de Salud y Protección Social, durante el período comprendido entre el 19 de agosto de 2015 y el 22 de febrero de 2019 ocurrieron 5.669 nacimientos de menores en el territorio nacional, hijos de madres venezolanas.

A su vez, según la Registraduría Nacional del Estado Civil, **24.512** menores han nacido en Colombia desde el 19 de agosto de 2015 al 30 de junio de 2019, hijos de migrantes venezolanos, a quienes se les expidió registro civil de nacimiento que no sirve de prueba de la nacionalidad colombiana.

El panorama expuesto evidencia la imposibilidad de estos niños y niñas de ser reconocidos como nacionales colombianos por nacimiento, de acuerdo con las normas en materia de adquisición de la nacionalidad colombiana para hijos de padres extranjeros. (Constitución Política de Colombia, artículo 96 numeral 1, literal a, 1991).

Estos niños, de acuerdo con el procedimiento de registro en Colombia, (Decreto 1260 de 1970), si bien obtienen un registro civil de nacimiento, en el que consta el hecho del nacimiento como una garantía del derecho a la identificación previsto en la *Convención sobre los Derechos del Niño*, el registro contiene una nota de "No válido para demostrar nacionalidad" (ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, Art.7, 1989), con lo cual se evidencia que el registro en este caso no es prueba de la nacionalidad.

Lo anterior, responde al hecho de que los padres venezolanos, de acuerdo con las normas actuales, no cumplen con el requisito del domicilio al momento del nacimiento de su hijo. (Circular Única de Registro Civil e Identificación, 2018)

Tal es el caso de los migrantes venezolanos que se encuentran en situación irregular en territorio colombiano o, no son titulares de las visas catalogadas para demostrar el requisito de domicilio según las directrices emitidas por la autoridad registral, y que por esta circunstancia sus hijos no pueden ser inscritos como nacionales colombianos.

En este contexto, en el último año ha surgido la inquietud sobre cuál es la situación de estos niños y niñas que han nacido en Colombia, hijos de migrantes venezolanos, que no cumplen con el requisito de domicilio bajo la normatividad vigente y que les impide que sus hijos sean reconocidos como colombianos.

De igual forma, se plantea el interrogante de si estos niños y niñas pueden ser reconocidos como venezolanos, por ser hijos de padres venezolanos, cuando han nacido en Colombia, en los términos de la legislación venezolana.

El problema jurídico antes expuesto resulta novedoso, como lo es el fenómeno migratorio para un país como el nuestro, que en tiempos pasados fue emisor de migrantes, y en los tiempos actuales se ha convertido en país receptor de altos flujos migratorios, sin precedentes en la historia de nuestra nación.

Por lo tanto, es de suma importancia que exista una comprensión del fenómeno de la apatridia, en este caso, frente a la situación actual de los niños y niñas, nacidos en Colombia, hijos de migrantes venezolanos, de sus causas y graves consecuencias en términos de vulneración de derechos humanos, en aras de despertar la conciencia social frente a una realidad invisible para la mayoría, pero tangible en la vida de una persona que por no tener una nacionalidad no tiene acceso al conjunto de derechos que tiene cualquier persona al nacer.

DERECHO A LA NACIONALIDAD Y APATRIDIA

La nacionalidad, de acuerdo con lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un "vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado" (Corte IDH, OC-4/84, 19 de enero de 1984, Serie A No.4, párr. 35) y como tal, "es un prerrequisito para que puedan ejercerse determinados derechos." (Corte IDH, Caso Gelman Vs.Uruguay. Fondos y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 128).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos "adoptó una sólida interpretación de los derechos de la nacionalidad" al expresar:

> "[…] *es debidamente considerado como uno de los derechos más importantes del hombre, después del derecho a la vida misma, porque todas las prerrogativas, garantías y beneficios que el hombre deriva de su pertenencia a una comunidad política y social – el Estado- provienen o son respaldados por este derecho*." (Open Society Justice Initiative, 2017, pág. 33)

Bajo este entendido, la vulneración del derecho a una nacionalidad conduce al problema de la apatridia:

> "La condición jurídica de nacional y de apátrida son por definición opuestas. El Art. 1.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 define como **apátrida** a una persona que no es considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación. En el derecho internacional, la **nacionalidad** se define como el vínculo jurídico y político entre una persona y un determinado Estado. Así, la apatridia es la situación en la cual una persona no es nacional de ningún país. (Mondelli, 2017, pág 87).

MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

Para iniciar este análisis es preciso tomar en consideración el marco jurídico que se ocupa de regular los alcances del derecho a la nacionalidad, los derechos de los niños y el problema de la apatridia, contenidos en los instrumentos internacionales vinculantes para Colombia.

La *Convención Americana de Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica) aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 16 de 1972 contempla, en el artículo 20.1, el derecho de toda persona a la nacionalidad, así como una salvaguarda para prevenir la apatridia (Pacto de San José, artículo 20.2, 1969), en el sentido de establecer el derecho que tiene toda persona "a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra" (OEA, Pacto de San José, art. 20.2, 1969).

A su turno, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada mediante Ley 12 del 22 de enero de 1991, establece en los artículos 7 y 8, el derecho de todos los niños a adquirir una nacionalidad y la obligación a cargo de los Estados parte de garantizar el derecho a la nacionalidad, "sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida." (ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, art.7, 1989)

Así mismo, el Estado colombiano mediante la Ley 1588 de 2012 aprobó la *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas* de 1954 y la *Convención para Reducir los Casos de Apatridia* de 1961.

En el caso de la Convención de 1954 es preciso aclarar que si bien este instrumento fue aprobado mediante ley de la República y declarado exequible por la Corte Constitucional, el Estado colombiano no adhirió al mismo. No obstante, "la Comisión de Derecho Internacional ha concluido que la definición del artículo 1 (1) -sobre persona apátrida-, forma parte del derecho internacional consuetudinario." (ACNUR, 2014, pág. 9)

La *Convención para Reducir los Casos de Apatridia* de 1961 fue aprobada por el Congreso de la República, declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-622 de 2013 y el Estado colombiano adhirió a este instrumento el 13 de noviembre de 2014.

La Convención de 1961 tiene como finalidad prevenir la apatridia, a través de la garantía del derecho a la nacionalidad y la reducción de las causas que dan lugar al surgimiento de situaciones de apatridia. Así mismo, la Convención prevé una cláusula de salvaguarda en el numeral 1 del artículo 1, en virtud de la cual se establece la obligación a cargo de los Estados contratantes de conceder su nacionalidad "a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida" (Convención para Reducir los Casos de Apatridia, numeral 1, art. 1, 1961)

Por otra parte, Colombia adoptó la Declaración y el Plan de Acción de Brasil en diciembre de 2014, los cuales establecen un marco regional en materia de apatridia, y se plantean diversas acciones para prevenir que surjan nuevos casos de apatridia y resolver los existentes, así como para mejorar la identificación y la protección de las personas apátridas. (ACNUR, Declaración de Brasil, 2014)

Todos los anteriores instrumentos, de acuerdo con la noción jurisprudencial del *Bloque de constitucionalidad* (Corte Constitucional, C-225 de 1995) se entienden incorporados a la Constitución y en el mismo rango normativo, en consonancia con el artículo 93 constitucional, el cual consagra la prevalencia de "los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción" (Constitución Política de Colombia, 1995, art.93) y por ende, con plena validez y carácter vinculante dentro de nuestro sistema.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con el deber de prevenir y reducir la apatridia, (Corte IDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párr. 142,156), resaltó la obligación a cargo de los Estados "de no adoptar prácticas o legislación sobre "otorgamiento" de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas." (Mondelli, 2017, pág. 89)

De igual forma, la Corte sostuvo que la condición migratoria:

> "1) no puede constituir una justificación para privar a una persona del derecho a adquirir una nacionalidad, ni del goce y ejercicio de sus derechos y; 2) no se trasmite a los hijos. Asimismo, indicó que el nacimiento en el territorio es la única condición que debe demostrarse para adquirir la nacionalidad, cuando la persona no tiene derecho a otra nacionalidad" (Mondelli, 2017, pág. 89).

MARCO JURÍDICO INTERNO

Dentro del conjunto de normas internas relevantes para este análisis, es preciso tener en cuenta las siguientes:

Entre las normas de rango constitucional, se encuentra el *artículo 44* de la Constitución Política, relativo a los derechos de los niños y el interés superior del niño; el *artículo 93*

que contempla la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y el *artículo 96,* el cual prevé las formas de adquirir la nacionalidad colombiana.

En cuanto a las normas relevantes de orden legal y reglamentario, se encuentra la *Ley 43 de 1993*, modificada por la *Ley 962 de 2005*, la cual establece el régimen de nacionalidad en Colombia; *el Decreto 1067 de 2015*, el cual contiene las normas del sector de Relaciones Exteriores y el numeral 3.11.2. de la *Circular única de registro civil e identificación* de 2018 (Capítulo II de la Circular 168 de 2017).

- *Régimen sobre adquisición de nacionalidad colombiana*

De acuerdo con el artículo 96 numeral 1 literal A de la Constitución Política de Colombia, son nacionales colombianos por nacimiento, los naturales de Colombia, que "siendo hijos de extranjeros, **alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento**." (Constitución Política de Colombia, art. 96, numeral 1, literal A, 1991)

En virtud de esta disposición, para que un niño, hijo de padres extranjeros, sea reconocido como colombiano por nacimiento, no basta con que el nacimiento ocurra en territorio colombiano, en aplicación del criterio del *ius soli*, sino que se requiere también de la comprobación del requisito del domicilio, *ius Domicili*, por parte de los padres extranjeros.

Así, en Colombia, a diferencia de lo que ocurre en varios países de la región, no se aplica el criterio del *Ius soli*, como requisito único para adquirir la nacionalidad, y en cambio, se exige el concepto del domicilio, el cual se ha mantenido a lo largo de nuestra tradición constitucional y legal.

En la actualidad, las normas vigentes en materia de nacionalidad, particularmente el artículo 2 de *la Ley 43 de 1993* establece que el requisito de domicilio para efectos del reconocimiento de la nacionalidad colombiana por nacimiento, debe ser entendido bajo los términos del concepto previsto en el artículo 76 del Código Civil (Ley 43 de 1993, art. 2) esto es, la "residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella" (Código Civil, art. 76, 1887).

A su turno, la Corte Constitucional, mediante pronunciamiento en sede de revisión de tutela, reiteró la aplicación de la noción de domicilio contenida en el Código Civil para efectos del reconocimiento de la nacionalidad colombiana para los hijos de padres extranjeros, cuyo nacimiento haya ocurrido en Colombia. (Sentencia C-075 de 2015)

Conforme al pronunciamiento anterior, se ha establecido por vía de interpretación administrativa, la definición del término del domicilio previsto en el Código Civil, a través de directrices contenidas en Circulares expedidas por la Registraduria Nacional del Estado Civil, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, en las cuales se han relacionado las categorías de visas que cumplirían con los supuestos de hecho del domicilio previstos en la norma de derecho civil.

Así, de acuerdo con la definición establecida por la práctica administrativa, un extranjero se entiende domiciliado en Colombia, si es titular de una de las visas definidas para el efecto por el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Registraduria Nacional del Estado

Civil mediante Circular expedida por esa entidad. (Circular Única de Registro Civil e Identificación, 2018).

- *Circular 168 del 22 de diciembre de 2017, Capítulo II*

El inciso cuarto y el parágrafo 3 del artículo 5° de la Ley 43 de 1993, consagra el reconocimiento de la nacionalidad colombiana a los hijos de padres extranjeros "nacidos en territorio colombiano a los cuales ningún Estado les reconozca la nacionalidad" (Ley 43 de 1993, inciso cuarto, parágrafo 3, art. 5), sin la exigencia de la prueba de domicilio, en cumplimiento del artículo 20 del Pacto de San José de Costa Rica, de la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 93 de la Constitución Política.

La mencionada disposición permitió la expedición de la Circular 168 del 22 de diciembre de 2017, compilada en el numeral 3.11.2 de la *Circular Única de registro civil e identificación* de 2018, la cual constituye un precedente para el análisis y resolución de casos de apatridia en Colombia.

La Circular en su Capítulo II desarrolló la norma contenida en el inciso 4 y parágrafo 3 del citado artículo 5 de la Ley 43 de 1993, a través de la creación de un procedimiento administrativo conjunto entre la Registraduria Nacional del Estado Civil y el Ministerio de Relaciones Exteriores, para reconocer la nacionalidad colombiana a un niño nacido en Colombia, hijo de padres extranjeros, cuando se determina que no es reconocido por ningún Estado como nacional suyo. (Circular Única de registro civil e identificación, 2018).

En este sentido, se considera que la Circular es un avance y una buena práctica a nivel regional, pues establece "un mecanismo para aplicar la salvaguarda para prevenir la apatridia prevista en el Art. 20.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos." (Mondelli, 2018, pág.89)

Al respecto, vale la pena resaltar lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C- 622 de 2013, mediante la cual declaró la constitucionalidad de la *Convención para Reducir los Casos de Apatridia* de 1961, en la cual resaltó la importancia del reconocimiento de la nacionalidad a las personas nacidas en el territorio que de otro modo serían apátridas, en los siguientes términos:

> "*Son los Estados quienes autónomamente regulan soberanamente este derecho esencial, conforme a su Constitución. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que corresponde a cada Estado establecer la posibilidad de adquirir la nacionalidad por quien originariamente fuere extranjero, a través de normas de derecho interno. Con todo, estas regulaciones estatales no pueden vulnerar otros principios superiores de derecho internacional o hacer nugatorio el derecho en sí mismo.*" (Sentencia C - 622 del 10 de septiembre de 2013)

RÉGIMEN SOBRE ADQUISICIÓN DE NACIONALIDAD VENEZOLANA

El artículo 32 de la Constitución Política venezolana de 1999 contempla las formas de adquirir la nacionalidad venezolana, bajo el siguiente tenor:

> "1. Toda persona nacida en territorio de la República.

2. ***Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento y madre venezolana por nacimiento****.*

3. ***Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento o madre venezolana por nacimiento, siempre que establezcan su residencia en el territorio de la República*** *o declaren su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.*

4. ***Toda persona nacida en territorio extranjero de padre venezolano por naturalización o madre venezolana por naturalización****, siempre que antes de cumplir dieciocho años de edad, establezca su residencia en el territorio de la República y antes de cumplir veinticinco años de edad declare su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.*" (Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela, 1999, art.32)

De acuerdo con la disposición transcrita, la nacionalidad venezolana se adquiere, entre otros criterios, en aplicación del criterio del *ius sanguini*s, es decir, en virtud del vínculo de consanguinidad entre padres e hijos.

Así mismo, la *Ley de nacionalidad y ciudadanía* (Gaceta Oficial número 37.971 del 01 de julio de 2004), en su artículo 10 dispone que la adquisición de la nacionalidad venezolana para los nacidos en el exterior, hijos de padre o madre venezolanos por nacimiento, deberá hacerse mediante la declaración de voluntad prevista en el Reglamento de la Ley de Nacionalidad.

En el supuesto de hecho previsto en el numeral 3 de la norma constitucional venezolana se prevé una modalidad de adquisición de la nacionalidad no automática, que exige la manifestación de la voluntad del padre o la madre venezolana para el otorgamiento de la nacionalidad venezolana a su hijo nacido en el exterior.

Ahora bien, la reglamentación en materia de registro civil en Venezuela (Reglamento número 1 de la Ley Orgánica de Registro Civil, artículo 8, Gaceta Oficial número 40.093 del 18 de enero de 2013), establece las competencias de las oficinas consulares, a saber:

"[…]

1. *Inscribir las declaraciones de voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana de los* ***hijos o hijas de padre o madre venezolanos por nacimiento, nacidos en el exterior conforme al Artículo 32.3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*** […]

2. ***Inscribir los nacimientos de hijos o hijas de venezolanos o venezolanas ocurridos en el exterior****, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Registro Civil y el presente Reglamento.*

3. ***Inscribir los reconocimientos de hijos o hijas de venezolanos o venezolanas realizados en territorio extranjero****.* (Reglamento número 1 de la Ley Orgánica de Registro Civil, artículo 8, Gaceta Oficial número 40.093 del 18 de enero de 2013),

De las normas antes transcritas en materia de adquisición de nacionalidad venezolana, es posible concluir, que los niños y niñas nacidos en Colombia, hijos de padres

venezolanos, tienen derecho a adquirir la nacionalidad venezolana, en virtud del vínculo de consanguinidad con sus padres (*ius sanguinis*).

Sin embargo, frente a esta afirmación surge el siguiente interrogante: "bajo el artículo 20.2 qué sucede cuando una persona tiene derecho a adquirir la nacionalidad de un país (ius sangunis) pero, en la práctica, enfrenta dificultades insuperables para solicitarla u obtenerla?" (Mondelli, 2017, art.89)

ANÁLISIS DE LOS CASOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS, NACIDOS EN COLOMBIA, HIJOS DE MIGRANTES VENEZOLANOS

De acuerdo con las cifras de Migración Colombia, entre el 6 de abril y el 8 de junio de 2018 se registraron **442.462** migrantes en situación irregular en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos -RAMV-, (CONPES 3950, 2018).

Por otra parte, de acuerdo con la misma entidad, **415.298** ciudadanos venezolanos cuentan con el Permiso Especial de Permanencia, PEP, el cual es expedido a los migrantes venezolanos que se encuentran dentro del territorio nacional y que buscan permanecer en el mismo.

De acuerdo con los criterios establecidos a nivel administrativo para definir la forma de probar el requisito del domicilio en Colombia para el reconocimiento de la nacionalidad colombiana por nacimiento, un extranjero se encuentra domiciliado en Colombia cuando es titular de las visas relacionadas en la Circular Única de registro e identificación de 2018 expedida por la Registraduria Nacional del Estado Civil.

En consecuencia, los migrantes venezolanos en situación irregular o a quienes se les ha expedido una visa que no acredita el domicilio, o un Permiso Especial de Permanencia, no pueden cumplir con el requisito de domicilio en los términos de las normas administrativas que fijan el alcance del mismo.

Bajo este entendido, la imposibilidad de los migrantes venezolanos de demostrar el requisito de domicilio al momento del nacimiento de sus hijos en territorio colombiano, da lugar a que estos niños y niñas no puedan ser inscritos como colombianos por nacimiento, de conformidad con las normas de adquisición de la nacionalidad colombiana vigentes.

- **OBSTÁCULOS PRÁCTICOS**

De acuerdo con el Manual Sobre la Protección de las Personas Apátridas de la Agencia de la ONU para los Refugiados – ACNUR, para determinar "si alguien es considerado como un nacional de un Estado o apátrida, es útil establecer si la condición de la nacionalidad de un individuo ha sido influenciada por mecanismos o modalidades automáticas o no automáticas" de adquisición de la nacionalidad. (ACNUR, 2014, pág. 13)

De acuerdo con el ACNUR, bajo las **modalidades automáticas** "la nacionalidad se adquiere tan pronto como los criterios establecidos por la ley se cumplan, tales como el nacimiento en un territorio o el nacimiento de nacionales de un Estado. Por el contrario en las **modalidades no automáticas**, se requiere un acto de una persona o de una

autoridad de Estado antes de que el cambio en la condición de nacionalidad se lleve a cabo." (Destacado fuera de texto). (ACNUR, 2014, pág. 13)

De igual forma, se encuentra necesario para determinar si un Estado considera que una persona es su nacional, identificar las autoridades competentes para los asuntos de nacionalidad, es decir, la autoridad responsable de conceder la nacionalidad a un individuo. (ACNUR, 2014, pág. 13)

Bajo este entendido, frente a los casos de los niños y niñas, nacidos en Colombia, hijos de migrantes venezolanos, se advierte que de acuerdo con la Constitución venezolana se prevé una modalidad de adquisición automática de la nacionalidad respecto a los ***hijos de padre y madre venezolana por nacimiento*** (Constitución de Venezuela, año 1999, art. 32.2); en tanto, que respecto a los ***hijos de padre o madre venezolanos por nacimiento,*** se exige el requisito de establecer su residencia en el territorio venezolano o la declaración de voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana (Constitución de Venezuela, Año 1999, art. 32.3), la cual constituye una modalidad de adquisición no automática de la nacionalidad.

Al respecto, el artículo 49 del Reglamento número 1 de la Ley Orgánica de Registro Civil prevé la inscripción de los nacimientos ocurridos en el exterior en las Oficinas Consulares de la República Bolivariana de Venezuela "de los hijos o hijas de venezolanos o venezolanas, de conformidad con lo previsto en el artículo 32.2. 32.3 y 32.4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En los supuestos contemplados en los Artículos 32.3 y 32.4 deberá inscribirse previamente la declaración de voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana." (Ley Orgánica de Registro Civil, 2013, reglamento número 1)

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 50 del citado Reglamento, las autoridades consulares venezolanas, exigen la presentación de la solicitud de Inscripción de Nacimientos en el Extranjero, acompañada de una serie de requisitos, entre los cuales se encuentran el **pasaporte, la visa y cédula de extranjería colombiana** de los padres venezolanos, con miras a acreditar la permanencia regular en Colombia, y que pueden variar de una oficina consular a otra, a discreción de los funcionarios a cargo.

Todo lo anterior, permite evidenciar la exigencia de requisitos de difícil cumplimiento para los padres venezolanos que pretenden la inscripción de sus hijos nacidos en Colombia, los cuales, constituyen obstáculos prácticos para la adquisición de la nacionalidad venezolana.

Aunado a lo anterior, a partir del 19 de enero de 2019, se presentó el cierre de las oficinas consulares venezolanas en territorio colombiano, por lo que en la actualidad no es posible efectuar el trámite de inscripción como nacionales venezolanos de los niños nacidos en Colombia, hijos de padres venezolanos, quienes se vieron forzados a migrar debido a la crisis social, política y económica que enfrenta su país de origen, y no contemplan la posibilidad de retornar a su país de origen para solicitar la inscripción de sus hijos como venezolanos.

Así, si bien la normatividad venezolana en materia de nacionalidad contempla la adquisición de la nacionalidad de los hijos de padres venezolanos nacidos en el exterior, ésta no se hace efectiva debido a los diversos obstáculos de orden práctico que

enfrentan los migrantes venezolanos para acceder a los procedimientos de inscripción de nacimiento de sus hijos.

Así mismo, sumado al análisis cuidadoso de la aplicación práctica de las leyes de nacionalidad por parte de un Estado a un caso particular (ACNUR, 2014), es preciso formular en tiempo presente el interrogante relativo a si la persona, tiene acceso hoy a una nacionalidad y puede gozar de forma efectiva de ella. En estos casos, la expectativa o simple potencialidad que tiene una persona de obtener una nacionalidad no entrañan la garantía del derecho a la nacionalidad.

De igual forma "cuando las barreras son insuperables, sencillamente la posición de las autoridades será no considerar a la persona como nacional. Como resultado, la persona será apátrida si no posee ninguna otra nacionalidad." (Mondelli, 2018, pág 89)

Por todo lo anterior, es posible afirmar que los niños y niñas, nacidos en Colombia, hijos de padres venezolanos, no gozan de la nacionalidad colombiana ni tampoco de la nacionalidad venezolana y por lo tanto, no son considerados como nacionales de ningún Estado, es decir, se consideran apátridas, en los términos de la definición contenida en la "Convención sobre el Estatuto de los Apátridas" de 1954 (Organización de las Naciones Unidas, 1954).

Prevención y reducción de la apatridia: Adopción de la medida "Primero la niñez"

La situación de apatridia antes descrita, que de acuerdo con cifras de la Registraduria Nacional del Estado Civil para el 30 de junio de 2019, aqueja a 24.512 niños y niñas nacidos en Colombia, condujo a que el Estado colombiano, bajo el liderazgo del Gobierno nacional, analizara alternativas de solución a esta problemática, de proporciones inusitadas dentro del contexto migratorio del país. Para conjurar el fenómeno de la apatridia bajo los supuestos antes explicados, necesariamente surge como única respuesta para los Estados, la concesión de la nacionalidad, siendo ésta la alternativa prevista en los instrumentos internacionales para prevenir y reducir los casos de apatridia (ONU, 1954 y 1961).

Bajo este entendido, el Gobierno colombiano emitió un dictamen en aplicación del procedimiento administrativo que reglamenta el inciso 4 y el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 43 de 1993, sobre el reconocimiento de la nacionalidad colombiana a los hijos de padres extranjeros, que no son reconocidos como nacionales por ningún Estado (Circular 168, 2017), en el que se analizó desde el punto de vista jurídico, el acceso efectivo a la nacionalidad de los menores nacidos en Colombia, hijos de padres venezolanos.

El Gobierno analizó los supuestos fácticos de dichos casos a la luz de la normatividad internacional vinculante para Colombia, el marco jurídico interno y la jurisprudencia, para llegar a concluir que estos menores se encuentran en riesgo de apatridia, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia.

Así, se contempló una presunción de carácter general de riesgo de apatridia respecto de los menores nacidos en territorio colombiano desde el 19 de agosto de 2015, hijos de padres venezolanos, -y hasta por dos años después de la expedición de la medida, o cuando cesen las circunstancias que impiden la inscripción de los niños como

venezolanos-, a través de la cual se efectúa la determinación grupal de la condición de persona apátrida de los menores incursos en esta situación, en los términos sugeridos por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR, 2019).

En relación con el riesgo de apatridia, el Gobierno colombiano consideró que por tratarse de un fenómeno coyuntural que obedece a las circunstancias políticas del Gobierno de turno del vecino país, una vez sea restablecido el orden constitucional y legal en ese Estado y cesen las circunstancias que impiden a los padres venezolanos obtener la nacionalidad venezolana para sus hijos nacidos en el exterior, desaparecerá el riesgo de apatridia que deben afrontar en la actualidad por causa de las barreras prácticas que existen para acceder a la nacionalidad, contemplado en la legislación venezolana sobre adquisición de la nacionalidad.

El Gobierno formuló como propuesta de solución para conjurar el riesgo de apatridia que afrontan los niños y niñas incursos en esta situación, la concesión de la nacionalidad colombiana por nacimiento con prescindencia del requisito constitucional de domicilio, con fundamento en la salvaguarda contenida en la Ley de nacionalidad -Ley 43 de 1993- en el inciso 4 y el parágrafo 3 del artículo 5, el cual prevé la posibilidad de eximir de este requisito a los padres extranjeros de hijos nacidos en territorio colombiano,"[…] a los cuales ningún Estado les reconozca la nacionalidad", y conforme al cual "serán colombianos y no se les exigirá prueba de domicilio." (Ley 43 de 1993, inciso 4, parágrafo 3, art. 5)

De igual forma, la alternativa propuesta por el Gobierno tendiente a reconocer la nacionalidad colombiana a los niños y niñas bajo estas condiciones, se encuentra soportada en las obligaciones internacionales contraídas por el Estado colombiano en la *Convención Americana de Derechos Humanos* de 1969, la *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989* y la *Convención para reducir los Casos de Apatridia* de 1961, las cuales son vinculantes para Colombia y se entienden incorporadas en nuestro ordenamiento bajo la figura jurisprudencial del *Bloque de constitucionalidad* (Sentencia C-225 de 1995).

Específicamente, la acción de conceder la nacionalidad a los niños y niñas nacidos en Colombia, en situación de apatridia, se deriva de la cláusula contenida en el numeral 1 del artículo 1 de la *Convención para reducir los Casos de Apatridia* de 1961, la cual establece la obligación a cargo de los Estados parte de conceder *"*su nacionalidad a la **persona nacida en su territorio** que de otro modo sería apátrida […]*"* (Convención para reducir los Casos de Apatridia, 1961, art.1) y de la salvaguarda contenida en el artículo 20.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (OEA, Pacto de San José, art. 20.2, 1969).

Con fundamento en el dictamen antes mencionado, el Estado colombiano, liderado por el Presidente de la República, y con el apoyo de las agencias de cooperación internacional ACNUR, OIM y UNICEF, el 5 de agosto de 2019 anunció la expedición de una medida administrativa, de carácter *excepcional, temporal y urgente* para conjurar el riesgo de apatridia de los niños y niñas bajo esta situación.

La medida, que se encuentra contenida en la Resolución 8470 del 5 de agosto de 2019, prevé el reconocimiento de la nacionalidad colombiana por nacimiento por parte de la

Registraduria Nacional del Estado Civil a los niños y niñas nacidos en Colombia, que se encuentran en riesgo de apatridia, hijos de padres venezolanos que no cumplen con el requisito de domicilio según las leyes colombianas. Bajo este entendido, la disposición establecida por el Estado colombiano busca garantizar el derecho a la nacionalidad en favor de los niños, el interés superior del niño, así como prevenir y reducir las causas que dan lugar a la apatridia en territorio colombiano.

De acuerdo con la Resolución mencionada, (Resolución 8470 del 5 de agosto de 2019), la medida operará a partir del 20 de agosto de 2019, mediante dos procedimientos a cargo de la Registraduria Nacional del Estado Civil, los cuales se citan a continuación:

1. Procedimiento para incluir la nota "Válido para demostrar nacionalidad" en los Registros Civiles de Nacimiento de niñas y niños nacidos en Colombia a partir del 19 de agosto de 2015, hijos de padres venezolanos, que ya han sido registrados. En este caso se adelantará un procedimiento de reinscripción, de carácter oficioso y automático de reconocimiento de la nacionalidad colombiana por nacimiento, "de acuerdo con los lineamientos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", según recomendación emitida por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR, 2019) y el Art. 20.2 de la Convención Americana, en virtud del cual "la adquisición de la nacionalidad opera en forma automática, con independencia que el nacimiento haya sido o no registrado."(Mondelli, 2017, pág. 89)

2. Procedimiento para incluir la nota "Válido para demostrar nacionalidad" en los Registros Civiles de Nacimiento de niñas y niños, nacidos en Colombia a partir del 19 de agosto de 2015, hijos de padres venezolanos, que no han sido registrados. Este procedimiento opera respecto de los nuevos nacimientos que ocurran en territorio colombiano a partir de la vigencia de la medida, con lo cual se busca prevenir la aparición de nuevos casos de apatridia.

Sin lugar a dudas, la adopción de este tipo de medidas en un buen ejemplo de la coordinación de esfuerzos de las diferentes instancias del Estado colombiano y de las agencias de cooperación internacional para lograr un consenso frente a una decisión de política pública frente a una problemática que afecta a más de 24.000 niños y niñas en situación de vulneración de derechos humanos.

Lo anterior, en el contexto de un país que no tiene tradición migratoria, con múltiples necesidades y carencias en la atención de sus propios connacionales, además de las tendencias de discriminación y xenofobia que pululan en la actualidad por cuenta de la diáspora venezolana que ha llegado al país debido a la crisis política, social y económica que enfrenta el vecino país.

CONCLUSIONES

En los casos objeto de este estudio se observa, que si bien los niños y niñas, nacidos en territorio colombiano, hijos de migrantes venezolanos, tienen el derecho de adquirir la nacionalidad conforme a la legislación de su Estado de origen, en la práctica este derecho no puede ser ejercido de forma efectiva en el momento actual. Igualmente,

bajo las normas colombianas de adquisición de la nacionalidad, estos niños no cumplen con los requisitos constitucionales y legales para adquirir la nacionalidad colombiana, por lo cual no son considerados como nacionales colombianos, de acuerdo con nuestra legislación.

Los supuestos anteriores permiten concluir que estos menores se encuentran en situación de apatridia, en los términos de la definición contenida en la "Convención sobre el Estatuto de los Apátridas" de 1954. En virtud de esta conclusión a la que llegó el Gobierno nacional, el Estado colombiano decidió conceder la nacionalidad colombiana por nacimiento a los niños y niñas, nacidos en Colombia, hijos de padres venezolanos, los cuales para el 30 de junio de 2019 ascienden a cerca de 24.512 niños. (Resolución 8470 del 5 de agosto de 2019). Los procedimientos de implementación de la medida se encuentran reglamentados en la Resolución 8470 del 5 de agosto de 2019 y empezarán a regir a partir del 20 de agosto de 2019.

La medida, con carácter excepcional, temporal y urgente, cubre los nacimientos ocurridos desde el 19 de agosto de 2015 y hasta por dos años desde su expedición, o cuando cesen las circunstancias que dieron lugar a la adopción de la presente medida.

DESAFÍOS PARA COLOMBIA

Diversos medios nacionales e internacionales, organismos y agencias internacionales, han destacado la decisión adoptada por el Estado colombiano, que sin lugar a dudas, "*constituye un hito en la prevención de la apatridia a nivel mundial*", tal como lo ha expresado la Organización de Naciones Unidas mediante comunicado de prensa del pasado 5 de agosto (Equipo País de Naciones Unidas, 2019).

Resulta entonces para Colombia un verdadero desafío la implementación de la medida excepcional por parte de las autoridades registrales y notariales a lo largo del país, bajo la organización descentralizada de la Registraduría Nacional del Estado Civil en Colombia, la cual deberá hacer todos los esfuerzos por buscar la aplicación irrestricta y unificada de la medida por parte de todos los funcionarios que tienen a su cargo la función registral, en aras de garantizar el derecho a la nacionalidad de los niños y niñas, nacidos en Colombia, hijos de padres venezolanos, en situación de apatridia, y de lograr el cometido interinstitucional al que llegó el Estado colombiano al adoptar esta decisión con una voluntad férrea de proteger a estos niños en situación de alta vulnerabilidad.

De igual forma, surge la necesidad de implementar un mecanismo de seguimiento y monitoreo a cargo de las entidades concernidas en la aplicación de la medida, junto con las agencias de cooperación internacional, para lograr llevar a feliz término esta iniciativa, que más que nada, se deriva de la voluntad política del Gobierno actual.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACNUR (2014) Declaración de Brasil, *Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe*.

- ACNUR (2014) *Manual Sobre la Protección de las Personas Apátridas, en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los apátridas de 1954.*
- ACNUR (30 de agosto de 1961) *Convención para Reducir los Casos de Apatridia.*
- Asamblea Nacional Constituyente (1999) *Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela*
- Asamblea Nacional, Gaceta Oficial (01 de julio de 2004) *Ley de nacionalidad y ciudadanía*
- CIDH (1977) *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile*.
- Código Civil Colombiano (1887) Ed. Legis
- Comisión de Derecho Internacional (2006) *Artículos sobre la Protección Diplomática con Comentarios*, página 49.
- Congreso de la República (19 de noviembre de 2012) *Por medio del cual se aprueba la "Convención sobre el Estatuto de los Apátridas".*
- Consejo Nacional Electoral (18 de enero de 2013) *Ley Orgánica de Registro Civil.*
- Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Ed. Legis
- Corte Constitucional (10 de septiembre de 2013) *Sentencia C-622*
- Corte Constitucional (1955) *C-225 de 1995*
- Corte Constitucional (2015) *Sentencia C-075 de 2015*
- Corte IDH (19 de enero de 1984) *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización* [OC-4/84]
- Corte IDH (24 de febrero de 2011) *Caso Gelman Vs.Uruguay. Fondos y Reparaciones*, Serie C No. 221, párr. 128.
- Corte IDH (8 de septiembre de 2005) *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Serie C No. 130, párr. 142,156.
- Departamento Nacional de Planeación (23 de noviembre de 2018) *Estrategia para la Atención de la Migración desde Venezuela* [documento CONPES 3950 de 2018]
- Equipo País de Naciones Unidas (5 de agosto de 2019) *Comunicado de prensa, 5 de agosto de 2019*
- Mondelli, J (2018) *Inscripción de nacimientos, riesgo de apatridia y otorgamiento de documentación de nacionalidad: avances y desafíos* Revista Consejo Latinoamericano y del Caribe de Registro Civil, Identidad y Estadísticas vitales, CLARCIEV.
- OEA (1969) *Convención Americana de Derechos Humanos.*
- ONU (1989) *Convención sobre los Derechos del Niño.*
- Open Society Justice Initiative (2017) *Nacido en las Américas*. Ed. Open Society Foundations.

- Registraduría Nacional del Estado Civil (2018) *Circular Única de Registro Civil e Identificación.*
- Registraduría Nacional del Estado Civil (2018) *Circular Única de registro civil e identificación*
- Registraduría Nacional del Estado Civil (5 de agosto 2019) *Resolución 8470 del 5 de agosto de 2019.*
- Registraduría Nacional del Estado Civil (julio 27 de 1970) *Estatuto del Registro del Estado Civil de las Personas* [Decreto 1260 de 1970]

La concesión de asilo como mecanismo de paz y desafíos recientes dentro del procesamiento de casos de asilo de los solicitantes venezolanos en Canadá y los Estados Unidos

The provision of asylum as a peace mechanism and recent challenges within asylum case processing of venezuelan applicants in Canada and the United States

Cecilia M. Bailliet[1]

ABSTRACT

This article reviews six asylum cases presented by politically active Venezuelans in Canada and the United States. The cases reveal challenges in case processing, including: the misapplication of the credibility standard, "credibility fatigue", uneven evaluation of evidence, and a failure to recognize a nexus to a political opinion. The conclusion confirms the risk of systemic dysfunction and underscores the importance of proper oversight by appeals judges to correct arbitrary decision-making in asylum cases at lower levels. There is concern for the weakening of asylum as a durable pacific solution within the region.

RESUMEN

Este artículo revisa seis casos de asilo presentados por venezolanos políticamente activos en Canadá y Estados Unidos. Los casos revelan desafíos en el procesamiento de casos, incluyendo: la aplicación incorrecta del estándar de credibilidad, "fatiga de credibilidad", evaluación desigual de las pruebas y la falta de reconocimiento de un nexo con una opinión política. La conclusión confirma el riesgo de disfunción sistémica y subraya la importancia de una supervisión adecuada por parte de los jueces de apelación para corregir la toma de decisiones arbitrarias en los casos de asilo en niveles inferiores. Existe preocupación por el debilitamiento del asilo como una solución pacífica duradera dentro de la región.

KEY WORDS

Credibility, Subjective Evidence, Objective Evidence, Nexus, Political Opinion, Venezuela

PALABRAS CLAVE

Credibilidad, Evidencia Subjetiva, Evidencia Objetiva, Nexo, Opinión Política, Venezuela

INTRODUCTION

I was invited to write this essay while I was on sabbatical at the University for Peace in Costa Rica. At the time, Venezuela imploded and over 3 million refugees and migrants fled to neighbouring countries, including Costa Rica. One morning, I took an Uber ride to the Inter American Court of Human Rights and my driver happened to be a former judge from Venezuela who used to teach at the Law Faculty. He wept as he described how he lost his house while three of his children had fled to different Latin American countries, and the fourth to Europe. He had not seen his daughter in over a year. His entire life's project had eviscerated beyond remedy. I was struck at the *de facto* crime of forced family dissolution within Venezuela which lay at the base of the disintegration of the civil society. I was equally astounded at the inability of the international community, i.a. the UN Security Council and the OAS, to respond effectively to restore the rule of law and peaceful coexistence within the region.[2] The urgency of accessibility of asylum for Venezuelans in search of a peaceful durable solution to their exodus is self-evident.

Asylum itself may be considered to be a peace mechanism.[3] Judge Antonio Cancado Trindade specifically identified protection from displacement as part of the right to peace.[4] Both Cuba (Article 19) and Nicaragua's constitutions (article 3) guarantee

2 The UN Security Council discussed the situation in Venezuela on February 26, 2019, during the 8472nd meeting.

3 Consider Colombia's Decree 2 (2013): Que Colombia, como integrante de la Comunidad Internacional, debe aunar esfuerzos para mantener la paz y prevenir los efectos indeseados de los conflictos armados y la intolerancia en el mundo, mediante la adecuación jurídica completa de las leyes internas a los instrumentos internacionales que regulan los derechos y obligaciones de los refugiados, estableciendo normas básicas para su tratamiento. See Conclusion on the civilian and humanitarian character of asylum No. 94 (LIII) – 2002 Executive Committee 53rd session. Contained in United Nations General Assembly document A/AC.96/973 and document no. 12A (A/57/12/Add.1) By UNHCR Executive Committee of the High Commissioner's Programme | 08 October 2002.

4 Antonio A. Cancado Trindade, 'Some Reflections on the Justiciability of the Right to Peace, on the occasion of the United Nations Retaking of the Subject by the United Nations', Revista do Instituto Brasilero de Direitos Humanos ANo 11 Vol 11 No. 11 2011. See also UN General Assembly, *Declaration on the Right to Peace : resolution / adopted by the General Assembly*, 2 February 2017, A/RES/71/189, available at: https://www.refworld.org/docid/589c72134.html [accessed 4 September 2019]

asylum for peace activists in particular.[5] It may be argued that Venezuelans who are politically opposed to the abuses of the Maduro regime may see themselves as acting in favor of peace and democracy.

Nevertheless, the plight of Venezuelans seeking asylum is that they are likely be subject to several challenges with trying to access asylum, in part due to systemic dysfunction within the immigration system in the North, including: misapplication of the credibility standard, "credibility fatigue", uneven evaluation of evidence, and a failure to recognize a nexus to a political opinion. This article reviews six recent asylum cases involving politically active Venezuelans who sought asylum in Canada or the United States to illuminate dilemmas in their case processing. The conclusion underscores the importance of proper oversight by federal appeals judges to correct arbitrary decision-making in asylum cases at the lower levels and uphold the accessibility of asylum as a peace mechanism, as well as recognizing the need for broader systemic reforms.

Credibility

Although the 1951 Convention on the Status of Refugees does not address credibility, the majority of asylum claims are rejected based on a negative credibility assessment. The first case was decided by the Refugee Appeal Division of the Immigration and Refugee Board of Canada, TB8-05173, on June 21, 2019. In this case, the appellant worked for a government agency and attended two opposition protests. He alleged that a group of *colectivos* attacked the protesters, including the appellant, choking and beating him severely- The appellant choose not to seek medical attention. One month later, he was attacked by two strangers who threatened to kill him and his family and warned him not to criticize Maduro, or else leave Venezuela. He claimed to have received threatening phone calls and was subject to surveillance at work. Over five weeks after the attack, he fled to Carupano where he signed a political declaration and attended a political event. He then later fled to Canada.

He requested asylum but was rejected for lack of credibility. The Refugee Board did not consider it plausible that the appellant would not seek medical assistance. They also did not find it credible that he did not change his cell phone after he began receiving threatening phone calls. He said that he needed the phone for work. The Refugee Board also discounted his choice to seek vacation leave from work when he went into hiding and then extend it went he arrived in Canada. The Refugee Board did not believe that he would be granted vacation time by an employer that had him under surveillance. The Refugee Board also questioned why he waited over five weeks to leave Caracas and why he participated in political activities in Carupano.

The Appeals Judge disagreed with Refugee Board's credibility findings, concluding that the Refugee Board had engaged in arbitrary speculation. The Appeals judge underscored the presumption of truth required in asylum hearings and the danger of engaging in subjective assessments of what is rational behavior.[6] The judge further explained that

5 On constitutional asylum, see Mila Versteeg, The Political Economy of the Constitutional Right to Asylum, 102 CORNELL L. REV. 1219, 1318 (2017).

6 Citing Valtchev. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2001 FCT6

since the Venezuelan hospitals lacked medical supplies, it is understandable that the applicant did not choose to go there. The judge also agreed with the appellant that he needed his phone to stay in contact with persons who could warn him about harm. It was considered acceptable that the appellant would choose to avoid immediately fleeing in order not to increase the precariousness of his situation. The Appeals judge did agree with the Refugee Board's finding that the apellant's signature of a political declaration and appearance at a political event while in hiding was not consistent with aim of taking precautions. Nevertheless, the Appeals judge found that the supporting evidence which consisted of photographs, support letters, a police report, a copy of a threat letter, and emails was sufficient to back up his allegations of persecution on the basis of political opinion. This case is illustrative of the likelihood of a prevalence of fear and contradictory behavior among Venezuelan asylum applicants, and the importance of having a judge who understands this phenomenon in the context of protection claims.

A contrary example is given in a second case which involves a married couple from Venezuela who sought asylum in Canada, Refugee Appeal Division of the Immigration and Refugee Board of Canada, MB7-05015. 19 February 2019. They claimed a threat to their lives from the Tupamaros, one of the pro-government *colectivos*, The husband alleges that as a police officer, he had arrested four Tupamaros in 2014 who were later released by the Minister of the Interior. He was transferred to another police station and then to a prison where he claimed to have been injured and subjected to death threats by Tupamaro inmates during a prison raid. He quit his job as a police officer because he believed that his life was in danger. He then worked in his family's convenience store, hoping that the Tupamaros would lose interest in him. He also alleges that the Tupamaros threatened him again on the street when he went to get a flight permit to take flying lessons. His wife became pregnant and he sought to leave Venezuela. He claimed that he went to Aruba for 20 days without his wife to seek asylum but did not do so because he claims to have heard that Aruba has an agreement with Venezuela to deport asylum seekers from Venezuela.

He returned to Venezuela in spite of allegedly fearing persecution but applied for a US visa. The Tupamaros did not appear to look for him at his family's home. He later received a US visa, delayed in purchasing airline tickets and departing for two months, but eventually flew to the US and later sought asylum in Canada. The Refugee Protection Division (*hereinafter* RPD) did not find him to be credible because they considered his actions to contradict his fear of persecution. The applicant appealed the rejection. The Refugee Appeals Division rejected the appeal, upholding the negative credibility assessment:

> "I agree with the RPD that (his) decision to work in his family's convenience store serving the public following his resignation was incompatible with the actions of someone who fears for his life at the hands of the Tupamaros. By working in his family's convenience store, (he) would be interacting with the public and have a public profile. This is not compatible with the fear he alleged of the Tupamaros killing him at any moment. I note further that (he) also testified that he continued to live at the same address even though he said that he knew that, at any time, the Tupamaros could find and kill him. I find that this too is incompatible with someone who truly fears that he will be targeted with death.

> I also agree with the RPD that (his) credibility was adversely affected by an inconsistency in his evidence regarding the precautions he took to protect himself. He testified that he protected himself by not going out except to work. When the RPD asked him to explain the apparent inconsistency between this answer and his statement in his BoC that he was taking flight lessons, (he) replied that these lessons were very close to his house. He also said that he had to keep going forward with his life. I agree with the RPD that his response did not explain the inconsistency with his earlier testimony that he only left home to work.
>
> I also agree with the RPD that the fact of going out to take flight lessons is an action that was incompatible with (his) alleged fear of being killed at any moment by the Tupamaros. As noted by the RPD, this is especially the case since he alleged that he ran into a group of Tupamaros in August 2015, on the very day that he went to get his permit to take the course.
>
> For the above reasons, I agree that these actions were incompatible with the actions one would expect of someone who fears he will be killed by Tupamaros at any moment. These incompatible actions undermine the subjective fear of persecution alleged by (him) as well as the credibility of his claim that he is a person in need of protection. . .”

The Refugee Appeals Board also agreed that his return to Venezuela from Aruba was incompatible and the two month delay in departing from Venezuela to the US was incompatible with an alleged fear of persecution. Futhermore, the RPD found fault with the fact that they did not seek asylum in another country. The apellants argued that the RPD erred by failing to take into account the documentary evidence in the form of articles reporting on the killing of police officers in Venezuela and the state of criminality and insecurity. The Refugee Appeals Board held that the articles were not relevant because they only addressed the killing of active duty police offers not *former* police officers. Hence the Refugee Appeals Board held that the documentary evidence was insufficient to for prove a serious risk of persecution or threat to life. This case demonstrates the failure of an appeals judge to fully analyze possible alternative explanations for contradictory behavior on the part of the appellant. The judge summarily concurs with the RPD based on a formalistic approach which upholds a rather subjective determination by the RPD of what is reasonable behavior.

- Evans Cameron provides a very helpful overview for evaluating fear and contradictory behavior by asylum applicants[7]:
- Familiar risk- persons carry on with life in spite of threat
- Appeal of risky behavior- escapism, contact with family, confirmation of status or identity, community, financial security

7 Hilary Evans Cameron, “Risk Theory and ‘Subjective Fear’: The Role of Risk Perception, Assessment, and Management in Refugee Status Determinations”, ***International Journal of Refugee Law***, Volume 20, Issue 4, December 2008, Pages 567–585, https://doi.org/10.1093/ijrl/een032

- Sense of control: persons take steps (even if ineffective or counterproductive) to reduce risk
- Risk tolerance: person may underestimate risk and delay flight, others will leave at first indication of danger
- Optimism bias: persons rate own risk lower than that of others
- Outcome history: survival of prior risk may reduce reaction to subsequent risk-overconfidence
- Place attachment: persons refuse to leave in spite of risk
- Lay knowledge: informal channels of information on how to survive risk
- Non-embodied risks: separation from family, economic status, cultural identity as a result of migration weighed against other risk
- Passivity: downplay the ability to control a situation, precaution, abandonment, Post Traumatic Stress Disorder, Rape Trauma Syndrome
- Defiance: refusal to adapt behavior in relation to risk
- Faith: belief that a Higher power will protect
- Delay in decision making under stress

Immigration judges who may be pressured to process cases effectively may fail to identify plausible explanation for contradictory behavior on the part of asylum applicants and hence summarily issue adverse credibility determinations.

Credibility Fatigue

The UN High Commissioner for Refugees has a guidebook on credibility assessments within EU asylum determination which states that fear and lack of trust by applicants may inhibit their disclosure of facts, in part to protect friends, relatives, associates left behind in the country of origin, and this may be further complicated by cultural miscommunication regarding time, distance, and location.[8] The guide also sets forth that caseworkers/immigration judges themselves may suffer from "credibility fatigue", disbelief as a coping mechanism, and excessive emotional detachment rendering decision-making convoluted.

A case indicating possible credibility fatigue on the part of the immigration judges involved a Venezuelan woman who sought asylum in the United States, *Duannie G. Bello Vallenilla v. US Attorney General*, No. 17-10263, 724 Fed. Appx. 889, 11th Cir. (March 2, 2018). Vallenilla fled from Venezuela because she believed that her life was in danger because of the Tupamaros. She had worked as a journalist for the website *La Patilla* since 2010. She was a member of two political organizations, *Primero Justicia* and *Voluntad Popular*. She worked as a volunteer for *Voluntad Popular*, handing out fliers, gathering information, and organizing for the opposing party leader and candidate for

8 Beyond Proof, Credibility Assessments in EU Asylum Systems (UNHCR/European Refugee Fund of the European Commission May 2013) available at: https://www.unhcr.org/51a8a08a9.pdf

president. The Tupamaros left a threatening note on her car the day after she published comments urging people to march to the President's Mansion in Miraflores. Another time, she attended a political rally in which she took photos of the National Guard attacking people. Police officers stopped her car and searched her vehicle. Another incident occurred during her participation in a political demonstration, in which the Turpamaros threw tear gas at protesters and the National Guard allowed them to do so. She had attended the demonstration as a journalist. The National Guard detained her for 30 minutes, officers took photos of her ID.

She heard shooting by the Tuparamaros and ran and hid behind a car. She claimed that the *colectivos* chased her, grabbed her camera, and kicked her. The following year she attended a demonstration at the UN building, She filmed the police and National Guard use tear gas on the journalists and demonstrators. She also filmed the police permitting the *colectivos* to attack the demonstrators. She claims that the police threw tear gas at her building in retaliation. She published the photos of the events on social network. That night, she alleged that the *colectivos* entered her home with weapons, threw her mother to the ground and took Vallenilla to her room, held a guns at them while they searched her room. They demanded the photos and deletion of the videos she had posted on social networks. This lasted 30 minutes. She called the police but they never arrived. She claimed to have experienced an assassination attempt two days later, in which two men on a motorcycle tried to shoot her. She left Venezuela, and her mother stated that they continue to visit her family home and fire guns into the air. The Immigration Judge (*hereinafter* IJ) denied her asylum claim, concluding that she failed to present credible and sufficient evidence that she had a well-founded fear of persecution on account of political opinion.

The IJ concluded that she failed to prove that the men who searched her home were linked to the government, while Vallenilla described them as Tupamaros (agents of the government), her mother referred to them as "three armed men". Further, the IJ stated that she failed to provide corroborative evidence to support her claim that she was a member of *Voluntad Popular*, such as a membership card, or letters from her family about the men around the house. The Board of Immigration Appeals (*hereinafter* BIA) upheld the IJ, noting that her omitted and inconsistent evidence were significant because the identity of the men who committed the acts was material to her claim and she had no other corroborative evidence, such as affidavits from witnesses, other family members, or other journalists receiving similar treatment.

Vallenilla appealed, claiming that the BIA erred in adopting the IJ's adverse credibility determination and that she had presented sufficient corroborative evidence. The Court of Appeals noted that:

> "Although persecution is an 'extreme' concept, requiring more than a few isolated incidents of verbal harassment or intimidation, we have concluded that 'being shot at in a moving car multiple times by two armed men on motorcycles qualifies as 'extreme' under any definition because attempted murder is persecution'."

Furthermore, the Court of Appeals confirmed that an applicant's testimony, if credible, may be sufficient to sustain her burden of proof, without corroborating evidence. The

Court cites the regulatory standard for credibility determinations, to be based on the totality of the circumstances, including: 1) the demeanor, candor and responsiveness of the applicant, 2) the plausibility of the applicant's account 3) the consistency between the applicant's written and oral statements, and 4) the internal consistency of each statement, and 5) the consistency of the applicant's statements with other record evidence, including country reports. The Court of Appeals held:

> "That the perceived omissions and inconsistencies that the BIA and IJ relied on are not plausible or material inconsistencies and omissions. It concluded that Vallenilla's omission until her testimony on cross-examination that the men who shot at her car were Tupamaros was immaterial given that 1) she consistently described them as armed men on motorcycles, which matched her description of Tupamaros in other contexts, 2) she was not directly asked what the men were wearing until cross-examination, and 3) she consistently stated and testified that they shot at her without any provocation and later threatened her in a way that linked the attack to her being a 'traitor to the homeland.' As to the perceived inconsistency between Vallenilla's and her mother's statements regarding the home invasion, where Vallenilla referred to the invaders as Tupamaros and her mother referred to them as three armed men, this inconsistency is not material because the men did not self-identify as Tupamaro, her mother agreed with her account of what they did, and they came to find and destroy evidence that Vallenilla had gathered regarding what had happened at the demonstration. Accordingly, the perceived inconsistencies and omissions were not material and do not support the adverse credibility determination."

The Court of Appeals also held that the adverse credibility determination was not supported by substantial evidence in light of the record as a whole:

> "Vallenilla's personal statement, testimony and application consistently described multiple events where pro-government *colectivos* attacked her for reporting on social media that portrayed them in a negative or violent light. She consistently described the dates of each encounter, the details, the persons who attacked and assisted her and why she was targeted by the pro-government *colectivos*."

The Court of Appeals noted that she had provided corroborative documents to her testimony and that she described the grounds for asylum without exaggeration, therefore the record as a whole compels a positive credibility determination. The Court concluded that she had provided a substantial amount of corroborative evidence supporting her application, personal statement, and testimony, including her social media post to *Voluntad Popular* about where to march against the government, emails send to her by *Voluntad Popular*, a statement by her mother, her *Primero Justicia* identification card, her journalist's credentials, and several photographs from demonstrations. She provided photographs and social media posts of her political activity and noted that her laptop had been stolen. The Court of Appeals granted the appeal, thereby correcting arbitrary credibility determination.

Evaluation of Evidence

Another issue is the quality of the evaluation of evidence offered to support Venezuelans' asylum claims in light of country conditions. We may consider a third case, involving a Venezuelan who sought asylum in the United States, *Oswaldo Cabas v. William P. Barr, Attorney General*, No. 18-1630, 928 F. 3d 177, 1st Cir. (July 1, 2019). Cabas is originally from Maraciabo, Venezuela. He joined a political group called *Acci*ón *Democrática*. He arranged meetings for the group and distributed flyers. After Chavez gained power, Cabas joined a political group called *Un Nuevo Tiempo* which opposed Chavez. He visited people's homes, warning them that Chavez was a threat to democracy and hosted a weekly political radio program in which he criticized the Chavez regime. He was threatened at a party but escaped. Later he alleged that the *Círculos Bolivarianos* (a network of ex-guerilllas, government sponsored militias) attacked and kidnapped him. He was threatened to abandon his political activity, beaten, and left unconcscious in the street. Cabas returned to his political activities and Chavez's supporters kidnapped and attacked his father. Cabas then sought asylum in the US and stopped his political activity. He later returned to Venezuela but two men came to his house looking for him and attacked his brothers. He returned to the US. The Department of Homeland Security initiated removal proceedings against him and the Immigration Judge denied his request for asylum.

Cabas had provided a copy of the warrant which was dated 2017, included the signature of a Venezuelan judge, and the stamped seal of the Bolivarian Republic of Venezuela. The warrant charged Cabas with providing logistical and economic support to opposition demonstrators, public instigation, and treason. Cabas also provided the 2016 Human Rights Watch Report and a news article on Venezuela's Law of Hate.

The BIA had concluded that this evidence could not be considered prima facie for asylum and gave limited weight to the arrest warrant, stating that it had not been meaningfully authenticated. Further they determined that Cabas had not provided a plausible explanation for why the authorities would want to arrest him given that he had been absent from Venezuela such a long time. They stated that Cabas had not given independent evidence that he continued to support *Un Nuevo Tiempo*, that his friends had been arrested, tortured and killed, or that the warrant had been delivered to his family's home. The BIA affirmed the negative ruling. Cabas appealed pursuant to the claim that the BIA committed an error of law or exercised its judgment in an arbitrary, capricious, or irrational way.

Cabas' primary evidence of changed country conditions in Venezuela was the 2016 US Department of State Human Rights Report for Venezuela. The BIA had compared the 2016 report to the 2009 report and while they noted the Venezuelan government's continued targeting of "opposition political activists for arbitrary detentions" and "reports of government harassment and intimidation of opposition political parties", the BIA concluded that the 2016 report was "insufficient to show a material change in conditions or circumstances in Venezuela with respect to the treatment of members of opposition political parties. . ." The Court of Appeal disagreed with the BIA, noting that the comparison of the two reports:

> ". . . Reveals a material shift in Venezuela's political landscape and a significant escalation in the dangers that opposition political activists fact in that country. . . For one, the country reports document a substantial increase in the rate of arbitrary detentions in Venezuela since 2009, particularly for political activists. . .The 2016 report recounts that 'police often detained individuals without a warrant' and documents 'at least 2,000 open cases of arbitrary detentions' that year and 5,853 arbitrary detentions from February 2014 to June 2016. The 2016 report provides numerous specific accounts of Venezuelan authorities targeting political dissidents for such treatment. And though Venezuelan law 'allows detainees access to counsel and family members' mandates that prisoners 'be informed promptly of the charges against them,' and requires that they appear before a judge 'to determine the legality of the detention' the 2016 report observes that these requirements were not honored for political prisoners."

The Court of Appeal also noted the 2016's report of a rise in the number of political prisoners to over 100, the restriction of movement or other precautionary measure placed on 1,998 political activists, as well as over 1,296 extrajudicial killings and raids, the increase of pro-government gangs, new restrictions on freedom of assembly and association under the Maduro regime, including detention of protestors, and limiting access to opposition rallies, suspension of the constitutional right to meet publically or privately without prior government permission and to peacefully demonstrate, increased authoritarianism, and elections marred by "government interference, electoral irregularities, and manipulation of voters." The Court of Appeals concluded that:

> "It is inescapably apparent that country conditions have worsened in a manner that is material to Cabas' asylum claim. . . The Venezuelan government's increasingly aggressive, increasingly violent repression of political dissent and its shift toward authoritarian rule certainly make it more likely that a political dissident would face persecution upon returning to Venezuela. . . The BIA's conclusion to the contrary lacks record support and is, for that reason, arbitrary. Cabas has provided an affidavit stating that he still supports Un Nuevo Tiempo and contributes 50 to 100 USD every two or three months, that two of his friends who were members of Un Nuevo Tiempo, were arrested during a political protest in 2017 and subsequently tortured and killed, and that his mother received a a warrant for his arrest in which he was charged for treason. Hence he fears that he will be killed."

The Court of Appeals noted that the BIA gave no explanation for its negative conclusion and did not mention other evidence presented or the record from the original removal proceedings. It stated that the warrant, if real, provides compelling evidence of likely persecution should Cabas return. The warrant establishes that the Venezuelan government views him as an opposition figure and aims to try him for treason. The Court of Appeals cited the 2016 Human Rights Watch Report indicating that political opponents have faced sanctions up to 25 years in prison, and many are tortured while in custody. The Court accepted the genuineness of the arrest warrant based on the imprimatur of the Venezuelan government, signature of the issuing judge, and noted the corroboration of the affadavit's claim that his mother had received the warrant. The

Court of Appeals upheld the value of the affidavit and supporting documents in backing his claim that he continued to support *Un Nuevo Tiempo* while in the US and that the Maduro government "has engaged in a systemic, heightened crackdown on political dissent within Venezuela." The Court noted that the original Immigration Judge found Cabas to be credible and that the arrest warrant was corroborated by the affidavit and the 2016 US Department of State Human Rights Report. The Court of Appeals noted that there are no reports of fraudulent arrest warrants from Venezuela:

> "It strikes us as entirely arbitrary to deem Cabas' proffered testimony to be incredible. It therefore also strikes us as equally arbitrary to treat the warrant as a fraud. In short, 'absent evidence of forgery, alteration, or some other reason to doubt its authenticity' we do not think the BIA was entitled to treat the warrant as so obviously fraudulent as to render it insufficient to prove even a prima facie case of likely persecution. We are also troubled by the BIA's sweeping disregard of Cabas' affidavit for lack of independent corroboration. If credited, that affidavit provides evidence of his continued political involvement with UN Nuevo Tiempo, the targeting of other members of this political organization for persecution, and the Maduro government's intention to prosecute Cabas for treason-evidence that is clearly material to Cabas' claim of future persecution, 'an applicant's testimony if credible may be sufficient. Here where the IJ deemed Cabas a credible witness in the underlying proceeding and the BIA points to no other reason to doubt Cabas' testimony, it was an abuse of discretion to reject the affidavit and disregard its contents. Finally, the BIA made no mention at all of the evidence Cabas proffered in his original asylum case. This too, was an error. Though we previously held that Cabas did not suffer past persecution while living in Venezuela, his evidence of real harassment from government-sponsored gangs due to his political activism certainly warrants some weight in deciding whether he will suffer persecution upon his return to Venezuela in the worsened conditions that now exist."

Hence, the Court of Appeals concluded that the BIA turned a blind eye to salient facts and that Cabas had demonstrated a reasonable chance of persecution based on political opinion. The BIA's decision was reversed. This case illustrates the importance of appeals judges' review of biased or arbitrary interpretation of subjective testimony and objective evidence.

Failure to Identify a Nexus to Political Opinion

The 1951 Convention on the Status of Refugees requires that the well-founded fear of persecution have a nexus to one of the five protection categories: Race, Religion, Nationality, Social Group, and Political Opinion. The recent cases involving Venezuelans indicate that similar to the phenomenon of "credibility fatigue", there may be a reluctance on the part of the immigration judge to recognize a nexus to political opinion in asylum determination. The case of *Alicia Berenice Tosar-Cedeno, Diana Tosar-Cedeno v. U.S. Attorney General*, No. 18-13376, 2019 WL, 2371888, 11th circuit Court (June 5, 2019), involves a mother and daughter from Venezuela. Alicia claimed that she participated in political rallies in 2014 and worked for a company called Preincar which offered assistance to participants in rallies, such as provision of food and shelter

to those being pursued by the police. Alicia described an incident in which she was at a family reunion at her mother's house when 20 *colectivos* arrived and harassed her. They pushed her and tried to take her baby daughter. She escaped with help from her father and brother. She stated that she believed that the *colectivos* were trying to punish her for participating in anti-government rallies. A second incident occurred when she was preparing to reopen Preincar after it had been vandalized.

The police arrived and asked her the whereabouts of the owners who they believed had participated in anti-government rallies. She refused to provide the information as she stated that the police did not have an order. They demanded invoices for the merchandises from the sort and wanted her to sign an order that they would not let her read. She refused and tried to call a lawyer and her husband, but the police prevented her from doing so and arrested her. She was detained for seven hours. The company lawyer arrived and the company paid 500 USD ransom for her release. One of the police officers told her to leave the country because she had become their ATM, meaning that they could arrest her again on false charges and have to pay more bribes. She claimed to have received threatening phone calls every day in which she was asked about the company owners' whearebabouts, threatened with death, or threat to take her daughter. She believed that it was the police that called her because they asked about her detention. She claimed to have been followed on the street by *colectivos* and threatened by them when they shot guns in the air while at home.

The Immigration Judge said that he had serious concerns about her credibility, but found her to be credible. He determined that her past experiences were not severe enough to rise to the level of persecution. Nor did he find that the experiences were related to her political opinion. He held that the attempted kidnapping of her daughter did not have anything to do with her political activities and that her arrest and detention were due to the police's interest in finding information about Preincar's owners. The judge stated that to consider the threatening phone calls and other threatening events as persecution would be speculation. The BIA affirmed the decision and she appealed. The Court of Appeals upheld the negative decision, noting that her testimony failed clarify how the *colectivos* knew about her political activity or why they targeted her. Furthermore, the Court concluded that her refusal to cooperate with the police to let them know about the location of Preincar's owners was insufficient to establish a nexus to political opinion.

The Court of Appeals states that "while some evidence supports Tosar-Cedano's claim that she was targeted by the police and the *colectivos* because of her participation in anti-government rallies, we cannot say that the record compels a finding contrary to that reached by the BIA and IJ. Because substantial evidence supports the BIA and IJ's finding that Tosar-Cedeno failed to establish a nexus between any mistreatment she suffered or feared and her political opinions, she is not eligible for asylum." The Court of Appeals decision is unsatisfactory because it mentions that there is some evidence supporting her claim, but does not give her the benefit of the doubt. It is contradictory as the Court upholds the BIA's finding that she was not being targeted by the police, rather it was the owners of Preincar that were being targeted according to Tosar-Cedeno's testimony. It refers to substantial evidence supporting a negative assessment, without clarifying what that is. One may consider that this case raises a red flag for possible bias

in assessment of the evidence. The appellant may well have had her employer's political opinions imputed upon her. It is surprising that although the IJ found her credible, the interpretation of her testimony was held against her claim. The fact that her detention was used as a means to locate Preincar's bosses means that she was within the scope of interest by the police.

Similarly in the case of *Luis Francisco Rojas Colina v US Attorney General*, No. 18-12317, 762 Fed. Appx. 973, 11th Cir., March 15, 2019, the appellant was found not to meet the standard of proof regarding nexus to political opinion. Rojas Colina worked as a Field Supervisor for Samsung in Caracas, Venezuela. He had been involved in political parties opposed to the Venezuelan government since 2004. He joined the *Primero Justicia* political party before changing to *Un Nuevo Tiempo* party in 2006. He was politically active with Un *Nuevo Tiempo* through 2013. In 2013 Samsung and the Venezuelan government announced that they planned to open an assembly plant and service centers as a joint venture, Rojas Colina was in charge of hiring. He was targeted by a government telecommunications labour union that wanted to instruct him on who to hire. When he refused, they threatened him through phone calls, text messages, and messages left with his secretary. They mentioned his schedule and his brother and sister, and his political activity. They accused him of trying to make the Venezuelan government look bad because he was a member of the opposition. He alleges that they attempted to kidnap him, he was hit twice by a government vehicle while he was driving home and chased. The car was damaged and he suffered minor injuries. He tried to report the incident to the authorities but the police told would not receive his complaint because he did not have a name or tag number for the other vehicle. Afterwards, he received a phone call in which they threatened to finish the job next time. He resigned from Samsung and left the following months. The threats ended but he believed that he would be on the union's radar if he returned.

The IJ found that he testified credibly but that he had not established that the threats and vehicular attack were on account of his political opinion. The IJ stated that he was harassed and threatened because he refused to hire union employees. While the union may have referred to his political activities to threaten him, the IJ believed that he was targeted "exclusively due to his position with Samsung" out of the motivation to have him hire union members, not because of his political opinion. The BIA upheld the IJ's negative decision, noting that Rojas Colina offered "only speculation that his imputed political opinion was a central motivation" for the threats and attacks. Rojas Colina appealed.

The Court of Appeals noted that he had not been subjected to threats until after he was given hiring authority at Samsung and that his testimony confirmed that the goa of the threats was to influence his hiring decisions. The Court states that there threats escalated after he refused to obey the union in hiring and that the union never ordered him to stop his political activities or denounce his allegiance to the opposition party.

The Court of Appeals confirmed the BIA's assessment that Rojas Colina's belief in a central political motive was based on speculation and that it was equally plausible that the union members had no political motive whatsoever. The appeal was denied. In this case, the Court fails to address the link between corruption and power. Where

Rojas Colina was considered to have the power to hire for a joint venture with the state, he was performing a political function, not just economic. It may be argued that the Court of Appeals pursued an outdated, conservative approach to nexus that does not suit current manifestation of political persecution within Latin America which are often tied to opposition to corruption. In comparison, one may consider the Supreme Court of Canada's holding in the Marino Gonzalez case:[9]

> "An individual knowledge of or opposition to corruption may constitute political opinion; the meaning of "political opinion" is not confined to partisan opinion or membership in parties and movements and does not refer exclusively to national, political or municipal state politics; and refusal to participate in corruption may constitute the expression of a political opinion."

The reluctance of the U.S. Court of Appeals to recognize the nexus to political opinion indicates a risk that claims from Venezuela may face significant impediments when seeking access to asylum.

Conclusion

This article has identified some of the principle dilemmas facing Venezuelan asylum seekers who file claims in the United States and Canada. The need to strengthen oversight of lower immigration courts by Federal courts of appeal is underscored as essential in correcting arbitrary credibility determinations, credibility fatigue, uneven evaluation of evidence, and failure to identify a nexus to political opinion. Unfortunately, as the number of asylum claims rise, the rate of denial also escalates, in 2017 it is estimated that over 61% of asylum claims in the US were rejected.[10] At present the US Immigration Court system has a backlog of 850,000 cases and only 450 immigration judges, who have been instructed to process over 700 cases per year.[11] Critics of the dysfunction of the immigration system have described it as oriented towards deterrence and deportation, rather than protection.[12] Specifically, there is a call to end the link of the US immigration courts to the Justice Department and instead create a truly independent court system. Similarly, Canada has had an increase in the number of asylum cases and a backlog in processing them. This resulted in a government initiative to reform the immigration law to enable deportation based on application of the "first country of asylum principle",

9 *Marino Gonzalez, Francisco v. M.C.I.* (F.C., no. IMM-3094-10), Russell, March 30, 2011; 2011 FC 389 at paras. 58-60, cited in: https://irb-cisr.gc.ca/en/legal-policy/legal-concepts/Pages/RefDef04.aspx

10 The US statistics are available here: https://immigrationforum.org/article/fact-sheet-u-s-asylum-process/

11 https://www.washingtonpost.com/immigration/burgeoning-court-backlog-of-more-than-850000-cases-undercuts-trump-immigration-agenda/2019/05/01/09c0b84a-6b69-11e9-a66d-a82d3f3d96d5_story.html; the push to decide over 700 cases per year is chronicled here: https://www.bbc.com/news/world-us-canada-43623919

12 A critical report by the Southern Poverty Law Center is available here: https://www.splcenter.org/20190625/attorney-generals-judges-how-us-immigration-courts-became-deportation-tool, it sets forth that the immigration justice system is politicized, unaccountable, biased, fails to apply the law, violates procedural justice, and produces inconsistent decisions. A notable opinion piece by a former immigration judge also calling for reforms is available here: https://www.latimes.com/opinion/story/2019-08-03/immigration-court-judge-asylum-trump-policies.

resulting in an outcry by asylum rights actors.[13] The provision of asylum as a durable, pacific solution to the plight of forced migration is in peril and this is particularly striking as the international community remains unable to resolve the largest forced migration crisis since World War II. Systemic solutions should be pursued, but they should retain an orientation grounded in human rights and peace as fundamental values.

Bibliography

Antonio A. Cancado Trindade, 'Some Reflections on the Justiciability of the Right to Peace, on the occasion of the United Nations Retaking of the Subject by the United Nations', Revista do Instituto Brasilero de Direitos Humanos Ano 11 Vol 11 No. 11 2011.

Hilary Evans Cameron, "Risk Theory and 'Subjective Fear': The Role of Risk Perception, Assessment, and Management in Refugee Status Determinations", *International Journal of Refugee Law*, Volume 20, Issue 4, December 2008, Pages 567–585, https://doi.org/10.1093/ijrl/een032

Jillian Kestler D'Amours, "Advocates decry proposed change to Canada's Asylum Law" in Al Jazeera (April 22, 2019)

Stephanie Levitz, Over-burdened refugee tribunal ditches legislated timelines for hearings" , CBC, (February 20, 2018)

Ilyce Shugall, "Why I resigned as an Immigration Judge" in The Los Angeles Times (August 4, 2019)

Mila Versteeg, The Political Economy of the Constitutional Right to Asylum, 102 CORNELL L. REV. 1219, 1318 (2017).

Beyond Proof, Credibility Assessments in EU Asylum Systems (UNHCR/European Refugee Fund of the European Commission May 2013) available at: https://www.unhcr.org/51a8a08a9.pdf

Nick Miroff & Maria Sachetti, "Burgeoning Court Backlog of more than 850,000 cases undercuts Trump's Immigration Agenda" in The Washington Post (May, 2 2019)

National Immigration Forum, Fact Sheet US Asylum Process (January 10, 2019)

Southern Poverty Law Center, The Attorney General's Judges, How The US Immigration Courts became a Deportation Tool (June 25, 2019)

"US Immigration Judges told to Process 700 cases a year" in BBC News (April 3, 2019).

13 See: https://www.cbc.ca/news/politics/refugee-claims-time-limits-1.4543977 and https://www.aljazeera.com/news/2019/04/advocates-decry-proposed-change-canada-asylum-system-190422194814676.html

El registro de nacimiento como herramienta para prevenir la apatridia en poblaciones de migrantes y refugiados. Análisis de buenas prácticas en América del Sur

Birth registration as a tool to prevent statelessness in migrant and refugee populations analysis of good practices in South America

Indira Murillo[1]

RESUMEN

El registro de nacimiento ha sido identificado como una herramienta para prevenir la apatridia en iniciativas como el Plan de Acción Mundial y el Plan de Acción de Brasil. Sin embargo, en este artículo se cuestiona si dicho documento contribuye a tal fin, cuando se trata de poblaciones de migrantes y refugiados en países como Colombia y Chile, en los cuales se aplica el *ius –soli* condicionado y el registro no es considerado en todos los casos como un documento válido para probar la nacionalidad. Para dar respuesta a ese interrogante, se expondrá la evolución de la jurisprudencia y de la práctica administrativa relevante en los citados países, en relación con el reconocimiento de la nacionalidad por nacimiento de los hijos e hijas de extranjeros nacidos en su territorio, resaltando las similitudes del alcance dado a los términos *extranjeros transeúntes* y *domicilio* en Chile y Colombia, respectivamente, cuya interpretación ha sido relacionada frecuentemente con el estatus migratorio de los extranjeros en ambos países. En este recorrido, se identificarán las variaciones en la interpretación de dichos términos y las

1 Indira Yiceth Murillo Palomino es abogada egresada de la Universidad Cooperativa de Colombia - seccional Neiva, con grado de Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Género de American University Washington College of Law y *Magister Legum* (LL.M) de Ruprecht - Karls – Universität Heidelberg. Ha sido consultora en apatridia de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados en Colombia y actualmente se desempeña como abogada sustanciadora en la Corte Constitucional de Colombia.

implicaciones legales de las mismas en la efectividad del registro de nacimiento como instrumento de prevención de la apatridia.

PALABRAS CLAVE

registro de nacimiento, apatridia, *ius soli*, nacionalidad por nacimiento, extranjeros transeúntes, domicilio.

ABSTRACT

Within the framework of the Global Action Plan to end Statelessness and the Brazil Plan of Action, birth registration has been identified as a tool to prevent statelessness. However, this article questions whether this document contributes to that goal, in the case of migrant and refugee population in countries such as Colombia and Chile where *ius-soli* is applied under certain conditions, and birth certificate is not always a valid document to prove nationality. In order to answer this interrogation, this paper will offer an overview and analysis of the evolving jurisprudence and administrative practice in those countries, relating to the recognition of nationality by birth to children born to foreign parents. In the process, similarities of the interpretation of the terms *foreigners in transit* and *domicile* in Chile and Colombia will be highlighted, as well as their link with immigration status of foreigners in both countries. It will also identify the changes in the interpretation of said terms and the legal consequences on the effectiveness of birth certificate as an instrument for the prevention of statelessness.

KEY WORDS

Birth registration, statelessness, *ius soli*, nationality by birth, foreigners in transit, domicile.

Según datos del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en el año 2016, 3.2 millones de niños/as menores de 5 años no habían sido registrados (UNICEF, 2016:4) en América del sur. No se sabe con certeza cuál es la población más afectada por la falta de inscripción y cuántos de estos niños se encuentran en situación de apatridia[2]. Sin embargo, informes de UNICEF afirman que la cobertura del registro de nacimiento[3] todavía es muy baja en las comunidades indígenas, pueblos indígenas transfronterizos y población pobre (UNICEF, 2013:32). Asimismo, en estos reportes se menciona que la población migrante no-documentada se ve afectada por la falta de registro de sus hijos/as, porque no conoce el derecho que tienen a ser registrados o por temor a quedar en evidencia ante las autoridades del país de acogida y como consecuencia de ellos ser deportados (UNICEF, 2016:4).

La falta de registro de nacimiento puede dificultar que una persona pruebe su nacionalidad, los niños y niñas pueden verse sometidos a matrimonio forzado, trata de personas, explotación, reclutamiento infantil (Ibíd. 2), falta de acceso a la educación, salud y servicios básicos, etc. Por tal motivo, no es una sorpresa que el acceso a una identidad

2 De acuerdo al artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, persona apátrida es aquella no reconocida como nacional suyo por ningún Estado de acuerdo a su legislación.

3 En este artículo se utilizará el término registro de nacimiento para hacer referencia a las actas de nacimiento, partidas o certificados de nacimiento.

jurídica para todas las personas, especialmente a través del registro de nacimiento, haya sido incluido como una de las metas del objetivo de desarrollo sostenible No 16, Paz, justicia e instituciones sólidas.

La oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), como agencia que vela por la protección de las personas apátridas, considera el registro de nacimiento como una herramienta para prevenir la apatridia. Así ha quedado plasmado en iniciativas lideradas por esa organización, como el Plan de Acción Mundial (ACNUR, 2015) y la campaña "I Belong" "(yo pertenezco"), al incluir el acceso a la inscripción universal como parte de la estrategia de protección hacia personas refugiadas y apátridas (ACNUR, 2015).

Estas acciones son claves para prevenir la apatridia en países cuyos sistemas jurídicos dan prevalencia al vínculo con el territorio para otorgar la nacionalidad a quienes nacen en su territorio; es decir, en países que aplican el derecho del suelo - *ius soli* y el registro de nacimiento es prueba de la nacionalidad. Sin embargo, ¿se puede considerar el registro de nacimiento como una herramienta para prevenir la apatridia en la población refugiada y migrante en los países en los cuales no se otorga la nacionalidad por el solo hecho de nacer en el territorio de ese Estado? ¿es esta herramienta efectiva para refugiados y migrantes en aquellos países que no aplican el *ius soli* o lo aplican bajo ciertas circunstancias y el registro de nacimiento no es en todos los casos prueba de la nacionalidad?

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) ha sostenido en algunas resoluciones como la AG/RES. 2665 (XLI-O/11), AG/RES. 2826 (XLIV-O/14) que, en los Estados americanos existe una tradición de otorgar la nacionalidad por *ius soli* a las personas que nacen en sus territorios y por *ius sanguinis* a los hijos de sus nacionales que nacen en el exterior. En el caso de América del sur y haciendo referencia a la aplicación de *ius soli* esta afirmación tiene cabida en países como Ecuador, Venezuela, Perú, Brasil, Bolivia, Paraguay, Uruguay y Argentina, los cuales aplican el derecho del suelo. En contraposición a la normatividad de estos países, las constituciones de Chile y Colombia consagran excepciones al reconocimiento de la nacionalidad por el hecho del nacimiento en sus territorios.

La finalidad de este artículo es examinar si el registro de nacimiento puede ser considerado como una herramienta para prevenir la apatridia en poblaciones de refugiados y migrantes, incluso en países como Chile y Colombia que aplican un derecho del suelo condicionado, o en combinación con otros factores de atribución de la nacionalidad. Para dar respuesta a este interrogante, se analizará la evolución de la jurisprudencia relevante y las prácticas administrativas que Chile y Colombia han implementado en los últimos años para reconocer la nacionalidad por nacimiento a los hijos e hijas de extranjeros nacidos dentro de su territorio.

I. FUNDAMENTACIÓN DEL REGISTRO DE NACIMIENTO COMO HERRAMIENTA PARA PREVENIR LA APATRIDIA

A continuación, se relacionarán algunos documentos de expertos, declaraciones y otros instrumentos internacionales que han reafirmado que el registro de nacimiento es un mecanismo para reducir y/o prevenir la apatridia.

Conclusión No 111 sobre registro civil

El Comité Ejecutivo del ACNUR en su conclusión No 111 del año 2013 tuvo en cuenta que, la falta de registro civil y de documentos relacionados con éste, expone a las personas al riesgo de apatridia, por tanto, el registro civil es fundamental para reducir y prevenir la aparición de casos de apatridia. En este sentido, el Comité insistió en que todo niño debe ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento, sin discriminación alguna. En esta conclusión se evidenció que es necesario mejorar el acceso al registro civil; partiendo de esta base, el Comité invitó a los Estados a: garantizar el registro de nacimiento, fortalecer a las instituciones competentes para el registro civil, facilitar las inscripciones en el registro civil a través de la adopción de procedimientos administrativos más sencillos, realizar jornadas de inscripción en lugares de difícil acceso con el apoyo de unidades móviles de registro, estudiar la posibilidad de la gratuidad de la inscripción del nacimiento y facilitar el registro extemporáneo o tardío.

Plan de Acción Mundial

De manera conjunta, el ACNUR, los Estados, organizaciones internacionales y de la sociedad civil, diseñaron un plan para acabar con el fenómeno de la apatridia en 10 años, 2014 - 2024. Este se centra en 10 acciones que buscan resolver los casos de apatridia existentes, evitar que surjan nuevas situaciones e identificar y proteger poblaciones apátridas.

Dentro de dichas acciones se dispuso garantizar el registro de nacimiento para prevenir la apatridia como acción No 7. Esta tiene como meta que no haya casos de apatridia por falta de registro de nacimiento, sin embargo no existe un punto de partida, ya que como se mencionó en la parte inicial de este artículo, no se sabe cuántos de los niños que no tienen registro de nacimiento son apátridas o se encuentran en riesgo de apatridia.

Declaración de Brasil y Plan de Acción de Brasil

En el año 2014, los Estados signatarios de la Declaración y Plan de Acción de Brasil se comprometieron a fortalecer la protección internacional de las personas refugiadas, desplazadas y apátridas, teniendo en cuenta los nuevos retos que se presentan en América Latina y el Caribe. En estos instrumentos, los países de la región confirmaron

su apoyo al Plan de Acción Mundial para erradicar la apatridia y prometieron robustecer las estructuras nacionales para lograr el registro universal de nacimientos.

En relación con la migración, los países participantes reconocieron que este fenómeno ha ocasionado que en algunos países de la región miles de personas no tengan un registro de nacimiento, situación que genera un riesgo de apatridia. De igual forma, los Estados admitieron que se han presentado casos de apatridia de hijos de nacionales que nacen por fuera de su territorio.

Otros Instrumentos Internacionales

En la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes quedó plasmado que el desplazamiento forzado puede generar casos de apatridia y que esta a su vez puede ser una causa del desplazamiento forzado. En dicha declaración se anima a poner en marcha herramientas que faciliten el acceso de los refugiados al registro civil y a la documentación como una medida de protección. De otro lado, en el Pacto Mundial para las personas Refugiadas se resalta la importancia de la inscripción oportuna en el registro civil de los hijos de refugiados y apátridas como instrumento para prevenir la apatridia (ACNUR, 2018). Por último, en el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular se fijaron varios objetivos, entre ellos velar porque todos los migrantes tengan prueba de su identidad jurídica y documentación adecuada. Para cumplir este objetivo se establecieron varias acciones, entre ellas el registro de los hijos de los migrantes como una medida para prevenir la apatridia.

II. EVOLUCIÓN DE LA PRÁCTICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO DE LA NACIONALIDAD CHILENA POR NACIMIENTO A HIJOS DE EXTRANJEROS

La Constitución de la República de Chile en su artículo 10 numeral 1 dispone que son chilenos "*los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena;"*

La Constitución chilena –promulgada en 1980- contempla dos excepciones al principio del *ius soli,* al excluir del reconocimiento de la nacionalidad por nacimiento a los hijos de extranjeros que se encuentren en servicio de sus correspondientes gobiernos y a los hijos de extranjeros transeúntes. Aunque se contempla que ellos pueden optar por la nacionalidad chilena, la redacción de la Constitución deja dos interrogantes: primero, a quién se considera extranjero transeúnte y segundo, de qué forma podrían dichas personas optar por la nacionalidad chilena.

Ahora bien, en relación con la entrada de extranjeros a territorio chileno, la legislación les otorga la categoría de turistas, residentes, residentes oficiales e inmigrantes, según lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Ley No 1094 de 1975. A su vez, el canon 7 de esa norma clasifica a los extranjeros como residentes oficiales y demás residentes, en esta categoría se incluyen: residente sujeto a contrato, residente estudiante, residente temporario, residente con asilo político o refugiado. Sin embargo, nada dice este Decreto Ley acerca del concepto de extranjero transeúnte.

En vista de la falta de desarrollo legislativo y jurisprudencial acerca del concepto de extranjero transeúnte en la época, la orden de servicio No 4.946 (Sandoval, 2017:9) expedida por el Servicio de Registro Civil e Identificación (SRCeI) el 14 de julio de 1982 hizo la primera distinción documentada entre extranjeros transeúntes y no transeúntes. Dentro de la primera categoría se incluían a aquellos que no contaran con un año de permanencia continua en territorio chileno y los segundos eran quienes tuvieran una permanencia continua igual o superior a un año.

Aunque a simple vista lo dispuesto en la orden de servicio no centraba la interpretación del término extranjeros transeúntes en la situación migratoria de la persona, pues no mencionaba que la permanencia irregular fuera determinante para considerar al extranjero como transeúnte, en la práctica las autoridades registrales del SRCeI aplicaban el artículo 76 del Decreto Ley 1094 de 1975 y con posterioridad el precepto 155 del Decreto No 597 de 1984 del Ministerio del Interior (Ibíd. 10), los cuales establecen que las autoridades chilenas, servicios y organismos estatales deben exigir a los extranjeros la prueba de su residencia legal en el país antes de adelantar alguna actuación de su competencia. Si la persona no puede cumplir con este requisito, se debe poner en conocimiento de la autoridad policial (Decreto Ley 1094 de 1975, art. 76, Decreto 597 de 1984, art. 155).

Con base en esta interpretación, los migrantes cuya permanencia en Chile no superara un año quedaban cobijados bajo la categoría de extranjeros transeúntes y como consecuencia de ello, sus hijos/as no adquirían la nacionalidad chilena al momento de su nacimiento. Asimismo, los extranjeros con una situación migratoria irregular no podían probar su residencia legal en el país, por ende, no les era posible inscribir a sus hijos en el Registro Civil y no obtenían el certificado de nacimiento como prueba de la nacionalidad chilena, situación que en algunos casos los llevaba a permitir que terceras personas registraran a sus hijos (Sandoval, 2017:10).

Llegado 1995, el entonces Ministerio del Interior, fijó su posición en relación con la definición de extranjero transeúnte. En su oficio 6.241 del 25 de octubre de 1995 titulado "Inscripción de nacimiento de los hijos/as de extranjeros ilegales y regulación jurídica de los hijos/as de extranjeros transeúntes" determinó que extranjeros transeúntes eran aquellos que se encontraban en territorio chileno bajo una residencia transitoria como los turistas y tripulantes o en forma irregular. Además, en este oficio esa entidad advirtió que en los registros civiles de los hijos de extranjeros transeúntes se debía incluir la nota "Hijo de extranjero transeúnte Art. 10 No 1 Constitución Política" – HET (Ibíd. 10).

Por solicitud del SRCeI, la Contraloría General de la República chilena emitió el dictamen No 6.197N98 del 17 de febrero de 1998, en el cual concluyó que no existía fundamento legal para que la Subsecretaría del Interior interpretara el término extranjeros transeúntes, para efectos del artículo 10 Numeral 1 de la Constitución. Esa institución aclaró, que el Ministerio del Interior tenía competencia para declarar -en caso de duda- si una persona era extranjera. Por consiguiente, derivada de esta facultad, el Ministerio podía pronunciarse en un caso concreto para establecer si una persona era hija de extranjeros transeúntes, teniendo en cuenta la diferenciación entre personas domiciliadas y transeúntes que establece el artículo 58 del Código Civil, siendo estas últimas, las que transitan o pasan por un lugar, que están de paso y que no residen sino transitoriamente.

En dicho dictamen, la Contraloría estuvo de acuerdo con la posición del Ministerio del Interior, al afirmar que el SRCeI no podía negarse a realizar la inscripción del hijo de un extranjero en situación migratoria irregular, así la persona no pudiera acreditar su residencia legal en territorio chileno, en los términos del artículo 76 del Decreto Ley 1094 de 1975.

En marzo de 2014, el Departamento de extranjería y Migración del Ministerio del Interior modificó su postura frente al alcance del término extranjeros transeúntes, concluyendo que los extranjeros en situación irregular no deberían ser considerados extranjeros transeúntes y que esta categoría debería restringirse a los turistas y tripulantes. A pesar de lo anterior, el SRCeI continuó aplicando la interpretación de extranjeros transeúntes, incluyendo en esta categoría a los hijos/as de extranjeros en situación migratoria irregular en Chile (Sandoval, 2017:14).

El Departamento de Extranjería sustentó su nueva postura, al dar respuesta a una consulta (DEM, 2014) sobre el reconocimiento de la nacionalidad de una niña nacida en Chile, de padres extranjeros. Al momento del nacimiento de la niña, la madre permanecía de forma irregular y el padre había solicitado el reconocimiento de la condición de refugiado (Ibíd. 1). En el oficio 27601 del 14 de agosto de 2014 (Ibíd. 1), mediante el cual se dio respuesta a la consulta, el jefe del Departamento resaltó que, tratándose de una excepción al derecho del suelo la expresión "extranjeros transeúntes" debe interpretarse de forma restrictiva. Por tanto, el estatus migratorio irregular no debía incluirse dentro de esta clasificación, porque además de no mencionarse en la excepción que establece el artículo 10 Numeral 1 de la Constitución, afecta el derecho a la nacionalidad de los niños y adolescentes, el cual está garantizado en diferentes tratados internacionales vinculantes para el Estado chileno (Ibíd. 2).

El jefe del Departamento de Extranjería finalizó el oficio afirmando, que la única situación en que una persona puede ser considerada HET es cuando ambos padres extranjeros sean turistas o tripulantes, según la normativa migratoria. En cuanto a la consulta en concreto, se concluyó que la niña era nacional chilena, ya que no existía constancia de que sus padres tuvieran un estatus migratorio de turistas o tripulantes, de esta manera, se presumía su ánimo de permanencia en territorio chileno al momento del nacimiento de la niña (Ibíd. 3).

El SRCeI acogió la interpretación del Departamento de Extranjería. Por ende, esa institución mediante la resolución 3.207 del 8 de agosto de 2014 impartió la instrucción a las autoridades de registro de no agregar la nota HET en las partidas de nacimiento, si no se trataba de padres que fueran turistas o tripulantes.

El cambio en la interpretación del término extranjeros transeúntes también se debió -en parte- a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia chilena, la cual se ha pronunciado sobre este tema, debido a su competencia para resolver el recurso de nacionalidad establecido en el artículo 12 de la Constitución de la República de Chile. En virtud de esta acción, una persona, cuya nacionalidad sea despojada o desconocida por la autoridad administrativa, puede recurrir dicha decisión ante la Corte Suprema de Justicia dentro del término de treinta días.

En un fallo de 1993 de dicha corporación, se evidencia el apoyo a la posición del SRCeI y del Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior, al considerar a los extranjeros en situación migratoria irregular dentro de la categoría de extranjeros transeúntes (Sandoval, 2017:18-19). No obstante, en 2009 la Corte reconoció que el término extranjeros transeúntes no es aplicable a los extranjeros en situación migratoria irregular en territorio chileno y como consecuencia de ello, sus hijos no pueden ser inscritos con la anotación HET. Tal conclusión se adoptó luego de analizar el caso de una niña nacida en Santiago el 30 de agosto de 2007, quien fue inscrita como HET, dado que su progenitora de nacionalidad peruana había ingresado de forma irregular a territorio chileno. La Corte resolvió que, a pesar de la irregularidad del ingreso, la mujer había demostrado su ánimo de permanencia en el país, al punto de haber solicitado y obtenido una visa temporaria, y cédula de identidad, lo que la convertía en residente provisoria, excluyéndola de la categoría de extranjera transeúnte (Corte Suprema de Justicia, fallo 6073 de 2009, 28 de diciembre de 2009).

Esta posición se ha mantenido hasta el momento, como se constata en los fallos 8562 de 2009,7580 de 2012 y 4.108 de 2013, entre otros. En los dos últimos, la Corte, además de advertir la modificación del criterio administrativo para distinguir a los extranjeros transeúntes de aquellos que no lo son, adoptó el método de interpretación gramático – semántico acudiendo al significado de la expresión *transeúnte* como la defina la Real Academia Española de la lengua, esto es "*que transita o pasa por un lugar // que está de paso, que no reside sino transitoriamente en un sitio*". Adicionalmente, en la sentencia 7528 resaltó la prevalencia de la nacionalidad como un derecho esencial consagrado en el artículo 20 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incluyendo su salvaguarda para prevenir la apatridia que establece el otorgamiento de la nacionalidad del país de nacimiento, si la persona no tuviere derecho a otra. (CSJ, fallos 8562 de 2009- 7 de mayo de 2009, 7.580 de 2012 - 22 de enero de 2013 y 4.108 de 2013 – 16 de septiembre de 2013).

Ante los cambios en la interpretación del término extranjeros transeúntes, en 2016, el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, el SRCeI, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, el ACNUR, el Servicio Jesuita a Migrantes, el Centro de Derechos Humanos de la universidad Diego Portales y la Clínica de Inmigrantes de la universidad Alberto Hurtado crearon el proyecto Chile reconoce. A través de esta iniciativa se pretende reconocer la nacionalidad chilena a miles de personas, nacidas en Chile y registradas como HET.

Según datos del proyecto, desde 1995 hasta el 2014 aproximadamente 4000 niños y niñas fueron registrados como HET, porque sus padres se encontraban en situación migratoria irregular al momento de su nacimiento. En 2016 permanecían alrededor de 2.347 personas con esta observación en su partida de nacimiento.

A través de la revisión del desarrollo de la práctica administrativa chilena desde 1995 hasta el 2014 se demuestra que, si los requisitos para acceder al registro de nacimiento están concebidos atendiendo al estatus migratorio de una persona como criterio excluyente, se puede dificultar el acceso a la partida de nacimiento a los hijos/as de extranjeros con una situación migratoria irregular. En la época en la que a juicio de las autoridades del SRCeI los extranjeros debían acreditar su residencia legal en el país

para inscribir a sus hijos, aunque a aquellos con una situación migratoria irregular no se les considerara extranjeros transeúntes, de manera indirecta se les estaba creando una barrera de acceso para la inscripción de sus hijos/as en el registro de nacimiento.

En lo concerniente a la situación de los refugiados, aunque en la legislación chilena ellos son categorizados como residentes, los solicitantes de asilo no eran cobijados por esta clasificación para efectos del reconocimiento de la nacionalidad chilena de sus hijos/as nacidos en territorio chileno. De ahí que estos niños/as fueran inscritos como HET, como consta en el caso revisado por el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a través del Oficio No 27601, 14 de agosto de 2014.

Así las cosas, se concluye, que si las autoridades chilenas no hubieran cambiado su postura frente a la interpretación del término extranjeros transeúntes, la posibilidad que tendrían los/as hijos/as de migrantes en situación irregular o solicitantes de asilo, inscritos como HET para obtener la nacionalidad chilena se circunscribiría a la interposición de recurso de nacionalidad o al ejercicio del derecho de opción. Sin embargo, la desventaja de estas opciones es que el recurso de nacionalidad solamente se puede interponer dentro del término de 30 días después de que ocurra la privación o desconocimiento de la nacionalidad y el derecho de opción solamente lo podría interponer la persona interesada una vez cumpla los 21 años, de manera que se presentaría una situación de apatridia por largo tiempo, si la persona no es reconocida como nacional por ningún Estado, como efectivamente lo pudo constatar el equipo del proyecto #Chile Reconoce en su trabajo de campo.

Por otro lado, para considerar el registro de nacimiento como instrumento para prevenir la apatridia en el país de origen de los padres, necesariamente tendría que haber un reconocimiento de la nacionalidad de los padres por *ius sanguinis,* independientemente de que los hijos hayan nacido en el extranjero, sin que este principio esté supeditado al cumplimiento de requisitos como la fijación de la residencia en ese Estado por un tiempo determinado.

En algunos países, la obtención de la nacionalidad para los/as hijos/as de los nacionales nacidos por fuera de su territorio está sujeta a la inscripción en el registro de nacimiento en una oficina consular. Acudir a un consulado para una persona migrante en situación irregular puede resultar una tarea difícil, por razones como la falta de recursos económicos, no contar con los documentos exigidos por la autoridad consular, la ubicación geográfica de la entidad en cuestión, la dificultad de desplazarse hasta el consulado por el riesgo a ser detenido en el camino por las autoridades migratorias. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en algunos casos apostillada para la inscripción en el registro dichas dependencias exigen la partida de nacimiento del país de acogida apostillada y la realización de este trámite implica contacto con las autoridades del país de acogida, situación que puede poner en evidencia la situación migratoria irregular. En relación con este aspecto, resulta pertinente mencionar que para los solicitantes de asilo y refugiados no es una opción acudir al consulado de su país de origen para inscribir a sus hijos, pues por seguridad y en virtud del principio de confidencialidad, la condición de refugiado no les permite comunicarse con las autoridades consulares de su país de origen o residencia habitual (ACNUR, Directrices Sobre La Apatridia No. 4: 6).

Finalmente, si el gobierno chileno no hubiera cambiado su postura frente a la interpretación del término extranjeros transeúntes, el registro de nacimiento podría ser una herramienta para prevenir la apatridia en el país de nacionalidad de los padres dependiendo de la aplicación del *ius sanguinis* y de las particularidades del caso, pero no se podría tener *per se* como un instrumento efectivo de protección del derecho a la nacionalidad en el país de nacimiento.

III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y PRÁCTICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO DE LA NACIONALIDAD COLOMBIANA POR NACIMIENT A HIJOS/AS DE EXTRANJEROS

Antes de detallar la evolución de la jurisprudencia y de la práctica administrativa sobre el reconocimiento de la nacionalidad colombiana a los hijos/as de extranjeros nacidos en Colombia, se precisarán las referencias constitucionales y normativas sobre la nacionalidad colombiana por nacimiento para el caso en cuestión.

De conformidad con el artículo 96 de la Constitución Política de 1991 son colombianos por nacimiento: *los naturales de Colombia, que con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento y;*

Para efectos del reconocimiento de la nacionalidad colombiana a los hijos de extranjeros, además de haber nacido en territorio colombiano se requiere que el padre o la madre se encuentre domiciliado en el país al momento del nacimiento. Al igual que la Constitución chilena, esta disposición tampoco especifica en qué casos un extranjero se encuentra domiciliado en territorio colombiano.

Sin embargo, a diferencia de la legislación chilena, el artículo 2 de la Ley 43 de 1994, sí precisa que el domicilio para el reconocimiento de la nacionalidad colombiana por nacimiento, es la residencia en Colombia acompañada del ánimo de permanecer en el territorio nacional, en concordancia con las disposiciones aplicables del Código Civil. Es relevante anotar que el concepto de domicilio establecido en los artículos 59 y 76 de los Códigos Civiles de Chile y Colombia, respectivamente, son idénticos. Ambas disposiciones definen el domicilio como la residencia, acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella.

La Ley 43 de 1993 también enumera cuáles son los documentos que prueban la nacionalidad colombiana así: la cédula de ciudadanía para las personas mayores de 18 años, la tarjeta de identidad para los mayores de 14 y menores de 18 años y el registro civil de nacimiento para los menores de 14 años, acompañados de la prueba del domicilio cuando sea el caso. La presentación de la prueba del domicilio aplica para los registros civiles de los hijos/as de extranjeros nacidos en Colombia.

La Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC) es la entidad encargada de expedir los documentos mencionados en el párrafo anterior y es competente para el reconocimiento de la nacionalidad colombiana por nacimiento. Aunque esta entidad adopta las políticas en materia de registro civil e inscribe los nacimientos que ocurren en Co-

lombia, existen otras autoridades que están facultadas para hacer estas inscripciones, por ejemplo, las Notarías, Inspecciones de Policía y Corregidurías autorizadas.

Por lo que se refiere a la interpretación del domicilio de extranjeros en Colombia, al igual que en Chile, diferentes instituciones administrativas y judiciales se han pronunciado sobre el contenido y alcance del domicilio, para reconocer la nacionalidad colombiana a los hijos de extranjeros nacidos en territorio Colombiano, como se refleja en la evolución que se expone a continuación.

En 2005 el Ministerio de Relaciones Exteriores, entidad competente para llevar a cabo la naturalización de extranjeros, remitió a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado un cuestionario, con los siguientes interrogantes: ¿Pueden considerarse domiciliados en Colombia los extranjeros cuya situación migratoria es irregular? ¿se les puede considerar a los hijos/as de los extranjeros, nacidos en Colombia, nacionales colombianos, aunque otro Estado les reconozca la nacionalidad? ¿los extranjeros titulares de una visa temporal se encuentran domiciliados en Colombia, a pesar de lo establecido en el artículo 13 del Decreto 4000 de 2004? ¿pueden considerarse nacionales colombianos por nacimiento a los hijos, nacidos en Colombia, de padres extranjeros titulares de una visa temporal, así el país de origen de los padres les conceda la nacionalidad por consanguinidad? ¿una declaración extra-proceso rendida ante una Notaría o ante una Alcaldía Municipal del lugar de residencia del extranjero se puede considerar una prueba de su domicilio?

La respuesta de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado a todas las preguntas fue negativa. El análisis jurídico y las conclusiones a las que llegó la Sala se centraron en el concepto de territorio, el principio de soberanía estatal y el control de extranjeros como derivación de este principio (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, Radicación 1653, respuesta del 30 de junio de 2005).

La Sala acogió la postura del Ministerio de Relaciones exteriores al afirmar que una persona extranjera solamente se encuentra domiciliada en Colombia si es titular de una visa de residente, como lo establecía el hoy derogado Decreto 4000 de 2004. La corporación sustentó su decisión en los artículos 13 y 48 de ese Decreto. No obstante, en su análisis no tuvo en cuenta que dichos preceptos definían el domicilio de los extranjeros como requisito para solicitar la nacionalidad por adopción (naturalización de extranjeros), más no para obtener la nacionalidad colombiana por nacimiento.

Los magistrados de la Sala sostuvieron que el artículo 20 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[4] solo era aplicable en caso de que el hijo de extranjero no tuviera la nacionalidad de otro Estado, pero no lo era en los casos de hijos de extranjeros en situación migratoria irregular. De igual forma sostuvo que, los derechos de los niños y niñas no pueden validar la situación migratoria en la que se encuentren sus padres en el país y mencionó la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, manifestando que los

4 Artículo 20 Derecho a la Nacionalidad 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad el Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.

derechos de los niños no pueden justificar la evasión de los responsabilidades de sus padres en Colombia (Ibíd. 3.1., 3.3.2., 4.1.)

Para terminar, la Sala de Consulta concluyó que en vista de que el Decreto 1260 de 1970 dispone que todo nacimiento ocurrido en Colombia debe ser registrado, entonces la nacionalidad del niño es independiente al hecho del nacimiento y a su correspondiente inscripción en el registro civil de nacimiento. Lo anterior significa que la expedición del registro civil de nacimiento a estos niños no implica que se les reconozca como nacionales colombianos/as.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

En contraste con la legislación chilena, en Colombia no existe un recurso constitucional de reclamación de nacionalidad, por ende, cuando una persona considera vulnerado su derecho a la nacionalidad acude al mecanismo de la acción de tutela. Este recurso puede ser interpuesto tanto por nacionales como por extranjeros, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional en diversas sentencias como las T-380 de 1998, T-269 de 2008, T- 1088 de 2012, T-314 de 2015, T-075 de 2015 y SU 677 de 2017, entre otras.

Con el fin de identificar la postura de la Corte Constitucional frente al reconocimiento de la nacionalidad por nacimiento a los hijos e hijas de extranjeros nacidos en Colombia, se relacionan a continuación dos de los fallos de tutela más importantes en la materia.

Sentencia T - 965 de 2008

En este caso, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional estudió el fallo de segunda instancia de una acción de tutela interpuesta por un joven de 18 años, nacido en el departamento del Amazonas, registrado en Colombia como hijo de nacionales peruanos. Interpuso una acción de tutela en contra de la RNEC por la violación a sus derechos a la personalidad jurídica, libertad de circulación, educación y participación política, porque la Registraduría Delegada en el Amazonas se negó a expedirle la cédula de ciudadanía. Esta dependencia justificó su negativa en que el interesado no reunía los requisitos para obtener la cédula, pues si bien había nacido en Colombia, no estaba demostrado que alguno de sus padres estuviera domiciliado en el país en el momento de su nacimiento.

A juicio del joven, la carga de demostrar si sus padres biológicos estaban domiciliados en el país era desproporcionada, ya que él no los conocía y había sido criado por una pareja colombiana a quienes reconocía como sus padres.

Los magistrados concluyeron que la RNEC y su delegación en el Amazonas no vulneraron los derechos del accionante, pues no existía prueba de que sus padres estuvieran domiciliados en Colombia al momento de su nacimiento, en los términos establecidos en el artículo 76 del Código Civil (Sentencia T-965 de 2008: 17), Por ende, se confirmó la decisión de segunda instancia.

En el fallo, la Sala resaltó que, en vista de que no había evidencia de que el señor fuera apátrida, no existía fundamento para conceder la nacionalidad colombiana por nacimiento. Además, las autoridades judiciales argumentaron que el joven tenía la posibilidad de solicitar la nacionalidad peruana, demostrar que Perú no le concedía la nacio-

nalidad o solicitar la nacionalidad colombiana por adopción, cumpliendo los requisitos exigidos por la ley. Por último, afirmó que en este caso el registro civil de nacimiento no era prueba de la nacionalidad colombiana, ya que en dicho instrumento se inscriben todos los nacimientos que ocurran en el territorio colombiano (Ibíd. 18).

Sentencia T 075 de 2015

El más reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el concepto y alcance del domicilio para adquirir la nacionalidad por nacimiento, en el evento en que ambos padres sean extranjeros, se dio a través de la sentencia T-075 de 2015.

En esa oportunidad, la Corte analizó la situación de un niño nacido en el 2012, de padres de nacionalidad china. El progenitor del menor solicitó a la Gobernación del Atlántico la expedición del pasaporte colombiano para su hijo en el mes de abril de 2014, esta solicitud fue negada por la entidad, argumentando que el parágrafo 2°. del artículo 13 del Decreto 1514 de 2012 establece que los hijos de padre y madre extranjeros, nacidos en Colombia deben acreditar la condición de nacionales colombianos, mediante la presentación de la respectiva Visa RE (Residente) de los padres, vigente al momento del nacimiento del menor.

Ante tal respuesta, el padre del menor promovió una acción de tutela contra la Gobernación, con el fin de obtener el amparo al derecho a la nacionalidad de su hijo. La Corte estimó que, para esclarecer el problema jurídico planteado era necesario determinar el cumplimiento del requisito del domicilio de acuerdo a lo establecido en el Código Civil. Con el fin de verificar esa exigencia, el alto tribunal solicitó al padre una certificación de su situación laboral para la fecha de nacimiento de su hijo, o a falta de tal documento, le pidió demostrar por otro medio probatorio, que se encontraba domiciliado en Colombia al momento del nacimiento de su hijo.

Lo anterior, teniendo en cuenta que para analizar el domicilio de los extranjeros en Colombia se debe aplicar la definición del artículo 76 del Código Civil, el cual dispone que el domicilio es la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella. Asimismo, el alto tribunal determinó que para demostrar el domicilio son admisibles diversos medios de prueba, como testimonio, documento privado, visado etc. De tal suerte, que en el caso *sub-examine* el accionante probó ser titular de una visa de trabajo al momento del nacimiento de su hijo.

Así las cosas, la Sala Cuarta defendió la tesis según la cual la norma sobre la expedición de pasaportes para hijos de extranjeros, nacidos en Colombia, debió haberse inaplicado por excepción de inconstitucionalidad. Para la corporación, la aplicación de esa disposición generó efectos inconstitucionales y discriminatorios, desconociendo de manera directa el derecho a la nacionalidad y el bloque de constitucionalidad (Sentencia T-075 de 2015:18).

Por lo anterior, la Sala concluyó que cuando se estudie el tema del domicilio, relacionado con la nacionalidad colombiana por nacimiento, es fundamental tomar en consideración que tal concepto debe ser definido y determinado, bajo los parámetros establecidos en el Código Civil. Por consiguiente, se revocó la sentencia de primera instancia y se ordenó la inaplicación del parágrafo 2º del artículo 13 del Decreto 1514 de 2012 por inconstitucionalidad.

APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE NACIONALIDAD - PRÁCTICA ADMINISTRATIVA DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

En la práctica, hasta el año 2015 algunas autoridades registrales requerían para la inscripción en el registro civil de nacimiento de hijos/as de extranjeros nacidos en Colombia, que alguno de los padres tuviera una visa de residente, en cualquiera de sus modalidades; esto es, como familiar de nacional colombiano, residente calificado o residente inversionista. La primera se otorgaba a quienes hubieran renunciado a la nacionalidad colombiana, la segunda al extranjero que hubiera sido titular de una visa temporal y que al menos durante cinco años continuos e ininterrumpidos *hubiera permanecido en el territorio nacional en forma regular*. De igual forma, la visa de residente era exigida para que el niño o niña fuera reconocido como nacional colombiano por nacimiento.

El 26 de marzo de 2015, motivada por la sentencia T-075 de 2015, la RNEC expidió la circular 059 de 2015, a través de la cual dio instrucciones a los funcionarios registrales para la inscripción en el registro civil de nacimiento, de los hijos/as de extranjeros nacidos en territorio colombiano. En esta circular, se enumeran diferentes tipos de visa que la RNEC, previo concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores, considera válidas para probar el domicilio en Colombia, con miras al otorgamiento de la nacionalidad colombiana por nacimiento. Estas entidades sostienen que las visas temporales TP3: visa de estudio; TP4: visa de trabajo o de prestación de servicios; TP5: visa en calidad de religioso; TP7: visa de pensionado, de socio o propietario de sociedad, para recibir tratamiento médico, propietario de inmueble, para ejercer actividades independientes, TP9: visa de refugiado; TP10: visa de cónyuge o compañero(a) permanente de nacional colombiano; Visa de residente, reflejan situaciones análogas a las establecidas en el artículo 80 del Código Civil y por lo tanto prueban el domicilio de una persona extranjera en Colombia.

En la citada directriz, la Dirección Nacional de Registro Civil les dio la instrucción a los funcionarios registrales de agregar la nota "*válido para demostrar nacionalidad*" en los registros civiles de nacimiento de hijos/as de extranjeros, que cumplieran el requisito del domicilio según sus indicaciones. Los registros de los niños y niñas cuyos padres no fueran titulares de las visas citadas en el párrafo anterior, no tendrían la nota y no se les reconocería como nacional colombiano/a.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió la Resolución 6045 de 2017 creando una nueva clasificación de visas, el 22 de diciembre de 2017 la RNEC suscribió la circular 168 de 2017, la cual modifica la circular 059 del 26 de marzo de 2015 que a su vez forma parte la circular única en materia de registro civil e identificación.

Dicha disposición especifica que a partir del estatus migratorio de una persona extranjera se podrá presumir el domicilio, cuando esta sea titular de una visa de Migrante (M) o de Residente (R), o de alguno de los tipos de visa que se incluyeron en la circular 059 de 2015. Además, se les indica a los funcionarios registrales que en el momento de la inscripción del niño o niña deben verificar el tipo de visa del padre o madre extranjero y su vigencia al momento del nacimiento de su hijo, para corroborar si se cumple el requisito del domicilio. En dicha directriz también se requirió a las autoridades registrales incluir

la nota "válido para demostrar nacionalidad" en los registros civiles de nacimiento de hijos de extranjeros que cumplan el requisito del domicilio, en los términos de la RNEC. Por el contrario, en el registro civil de los niños o niñas cuyos padres no tengan algunas de las visas exigidas, se les debe agregar la observación "no se acreditan requisitos para demostrar nacionalidad" y no son reconocidos como nacionales colombianos.

Es conveniente detenerse en este punto, con el fin de traer a colación el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH- en el caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, en el cual se recordó la postura asumida en la opinión consultiva No 18 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados del 2003. Según dicho tribunal, el deber de respetar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación es independiente de la situación migratoria de una persona en el territorio de un Estado. Como consecuencia de ello, en el citado caso concluyó que, a) el estatus migratorio de una persona no puede ser una exigencia para el reconocimiento de la nacionalidad, pues este no es un argumento válido para despojarla de la nacionalidad y del ejercicio de sus derechos b) el estatus migratorio de una persona no se puede transmitir a sus hijos y, c) en el caso de personas que no tengan derecho a otra nacionalidad - si no se les reconoce la del Estado de nacimiento - el único requisito que deben cumplir es demostrar su nacimiento en el territorio del estado correspondiente. (Corte IDH Yean y Bosico vs. República Dominicana: 14,155 y 156).

Es claro que, la exigencia de la titularidad de determinados tipos de visa para demostrar el domicilio en el país va en contravía de los postulados de la Corte IDH en relación con el respeto al principio de igualdad y no discriminación, pues no solamente se constituye en un obstáculo para que los hijos e hijas de migrantes regulares o irregulares y solicitantes de asilo obtengan la nacionalidad colombiana por nacimiento, sino que les transmite el estatus migratorio de los padres a los hijos e hijas.

Ante la fuerte afluencia de migrantes y refugiados venezolanos en Colombia, es jurídicamente relevante indagar si para las autoridades colombianas el permiso especial de permanencia –PEP- otorgado a los nacionales venezolanos, es considerado un documento válido para demostrar el domicilio. Esta pregunta se debe responder teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1288 de 2018 mediante el cual se adoptan medidas para garantizar el acceso de las personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos – RAMV- a la oferta institucional, el Decreto 0542 de 2018 creador del RAMV, las publicaciones e instrucciones de las entidades designadas para la realización del mencionado Registro y las resoluciones 5795 y 1272 de 2017.

Según los artículos 1 y 2 del Decreto 0542, el objetivo del Registro es obtener información sobre el fenómeno de la migración de la población venezolana en Colombia. En esa disposición se pone de presente que el RAMV no concede estatus migratorio en Colombia, ni se entenderá como un permiso de permanencia o regularización en el país. En el texto del Decreto no se especifica cuáles son los requisitos para participar en el RAMV, ni cuáles son los perfiles de venezolanos que se registrarían. Sin embargo, en el ABC del Registro, publicado en la página web de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres-Colombia (UNGRD), en formato pregunta-respuesta se delimita la población objetivo, a saber: ¿Quiénes deberán hacer el registro? Los ciudadanos

venezolanos que se encuentren actualmente **viviendo en Colombia** y que tengan **vocación de permanecer en el país ya sea de manera temporal, a mediano o largo plazo**. Independientemente a (sic) que estén regulares o no. Resaltado fuera del original. ¿Quiénes NO tendrán que presentarse a hacer el RAMV? **Los ciudadanos venezolanos que estén en tránsito por Colombia para pasar a otros países**. Resaltado fuera del original.

El Decreto 1288 de 2018 dispone que el Ministerio de Relaciones Exteriores puede modificar los requisitos y plazos del PEP para garantizar el ingreso de las personas inscritas en el RAMV a la oferta institucional. Lo anterior implica que las personas incluidas en el Registro son titulares del PEP. Según las resoluciones 5797 y 1272 de 2017 este permiso se otorga por un término inicial de 6 meses prorrogables hasta por dos años y autoriza a sus titulares a ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de contrato laboral. Como elemento novedoso, el Decreto 1288 sostiene que el PEP autoriza la permanencia en Colombia de aquellos venezolanos/as que aunque se encuentran en el país no tienen la intención de establecerse en el territorio nacional y por tanto el PEP no puede equiparse a una visa.

Lo establecido en el Decreto 1288 implícitamente contradice la posición adoptada por la Coordinación de nacionalidades del Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando en febrero de 2015 emitió un concepto afirmando que, si a una persona se le había concedido una visa de trabajo por largo tiempo se consideraba que estaba domiciliada en Colombia. Asimismo, la Coordinación aclaró que la expresión largo tiempo se entendía bajo el supuesto de que la persona hubiera tenido la visa de trabajo por más de un año. Este contrasentido es evidente, pues de un lado se admite que una persona se encuentra domiciliada en Colombia si es titular de una vida de trabajo por más de un año, y del otro se restringe la posibilidad de demostrar el domicilio a través del PEP cuya vigencia se extiende hasta por dos años.

Aunado a lo anterior, a pesar de que en la práctica se exigió el ánimo de permanencia en Colombia a quienes participaron en el RAMV, el Decreto 1288 de 2018 desconoció su intención de establecerse en el país. El hecho de que se niegue el ánimo de permanencia de los venezolanos incluidos en el RAMV no es un asunto menor, pues en la práctica la vocación de permanencia era un requisito para participar en el RAMV y además, el ánimo de permanecer en el país es un elemento que hace parte del concepto del domicilio (*ius domicili*) como requisito para que los hijos/as de extranjeros adquieran la nacionalidad colombiana por nacimiento.

Ahora bien, la RNEC expidió la resolución 8470 de 2019, mediante la cual se busca garantizar el reconocimiento de la nacionalidad colombiana por nacimiento a los hijos de nacionales venezolanos, nacidos en territorio colombiano, de forma excepcional y temporal. Sin lugar a dudas esta medida se constituye en un avance en la erradicación de la apatridia, pues facilita el reconocimiento de la nacionalidad colombiana - por vía administrativa – a los hijos de venezolanos nacidos en Colombia, teniendo en cuenta que la inclusión de la nota "*válido para demostrar nacionalidad"* se hará de oficio por parte de las autoridades registrales. Sin embargo, existen tres aspectos en esta inicia-

tiva que resultan problemáticos y que afectan la efectividad del registro civil de nacimiento como instrumento para prevenir la apatridia, a saber:

El primero de ellos está relacionado con la interpretación restrictiva del domicilio que adopta la resolución, pues parte de la base de que madres o padres venezolanos no cumplen con ese requisito, lo cual denota que se sigue manteniendo una perspectiva de regulación migratoria para definir quien se encuentra domiciliado en Colombia, lo cual es contrario a los parámetros establecidos en la sentencia T – 075 de 2015. El segundo reparo se refiere a la limitante temporal de la vigencia de la medida, pues solamente beneficiaría a aquellos nacidos desde el 19 de agosto de 2015 hasta el 20 de agosto de 2021, excluyendo a los nacidos con anterioridad a la expedición de dicha resolución y a los que puedan nacer con posterioridad a la última fecha. El tercero corresponde a la inaplicación del principio de extraterritorialidad, al negar la posibilidad de la expedición del registro civil de nacimiento o la inclusión de la nota *"válido para demostrar nacionalidad"* en los registros existentes, en los consulados de Colombia en el exterior; situación que mantendría en riesgo de apatridia a aquellos nacidos en Colombia a quienes no se les expidió el registro civil y tuvieron que salir del país tan solo con el certificado de nacido vivo como prueba de nacimiento en el territorio nacional.

En ese orden de ideas, también conviene resaltar que esta medida solamente se aplica a los hijos de venezolanos nacidos en Colombia, sin contemplar el hecho de que los hijos de otros extranjeros como cubanos, iraquíes, turcos o palestinos, entre otros, también se encuentran en riesgo de apatridia, bien sea por no poder adquirir la nacionalidad de sus padres por consanguinidad o por obstáculos en la práctica consular del país de origen de sus progenitores, la cual no los permite acceder al documento para adquirir la nacionalidad o la prueba de ella, en caso de que por disposición legal – aunque no en la práctica - se adquiera la nacionalidad de manera automática.

Volviendo la mirada al Código Civil colombiano – que data de 1887- es claro que para el legislador de la época no era posible prever las diferentes circunstancias en las que se podía aplicar el concepto del domicilio, incorporado en el artículo 76 y subsiguientes, y mucho menos que este se tomaría como referente para determinar el domicilio de los extranjeros en Colombia, para efectos del reconocimiento de la nacionalidad colombiana de sus hijos nacidos en el territorio nacional. Por lo tanto, es comprensible que la amplitud del concepto domicilio como quedó estructurado en el siglo XIX no corresponda a las dinámicas migratorias actuales y se genere un debate acerca de la interpretación de dicho término. Sin embargo, no es la autoridad administrativa de manera unilateral la llamada a definir, ni modificar constantemente el alcance del domicilio basándose en criterios netamente migratorios, pues para determinar el significado exacto del domicilio para efectos del otorgamiento de la nacionalidad colombiana por nacimiento se requiere de una interpretación por parte de los jueces constitucionales, quienes deben formular el alcance de la norma en los casos específicos, a la luz del derecho a la nacionalidad.

Cabe mencionar que en la actualidad se encuentra en debate en el Congreso de la República un proyecto de ley que pretende crear un régimen especial para la adquisición de la nacionalidad de los hijos/as de venezolanos en situación migratoria irregular, el cual permite excepcionalmente presumir la residencia y el ánimo de permanencia

para efectos de que sus hijos sean reconocidos como nacionales colombianos por nacimiento, siempre y cuando hayan nacido a partir de enero de 2015 y hasta dos años después de la promulgación de la ley. Si esta iniciativa es aprobada, representaría un gran avance desde el punto de vista de la garantía del derecho a la nacionalidad, dado que se separa el ánimo de permanencia del estatus migratorio de un extranjero en Colombia, lo cual facilitaría el reconocimiento de la nacionalidad por nacimiento. No obstante, se debe asegurar que los solicitantes de asilo -sin importar su nacionalidad o ausencia de ella - sean incluidos en dicho proyecto de ley, pues como se ha mencionado en líneas anteriores, actualmente sus hijos se encuentran en un limbo jurídico, pues de un lado no son migrantes en situación irregular, pero tampoco han sido reconocidos como refugiados por el estado colombiano.

Dicho lo anterior, la práctica administrativa en materia de expedición del registro civil de nacimiento y el reconocimiento de la nacionalidad colombiana a los hijos de extranjeros nacidos en Colombia, ha avanzado respecto a la existente antes del año 2015. Sin embargo, subsiste una seria desconexión entre el enfoque de titularidad de una visa al que apelan las autoridades administrativas para interpretar el concepto de domicilio de extranjeros y el pronunciamiento de la Corte Constitucional del año 2015. Situación que afecta, de un lado a solicitantes de asilo y refugiados pues a sus hijos nacidos en Colombia no se les reconoce como nacionales, a menos de que aquellos tengan la visa de refugiado al momento del nacimiento; y del otro también perjudica a los migrantes en situación irregular, porque esta interpretación se convierte en un obstáculo no solo para que sus hijos sean reconocidos como nacionales colombianos por nacimiento, sino para acceder a la inscripción en el registro de nacimiento.

IV. CONCLUSIONES

Actualmente en Chile el registro de nacimiento se considera una herramienta para prevenir la apatridia en poblaciones de refugiados y migrantes, ya que desde el 2014 ellos han sido excluidos de la categoría de extranjeros transeúntes, por lo tanto, sus hijos son reconocidos como nacionales chilenos y su nacionalidad se puede probar con la partida de nacimiento.

En Colombia la situación es distinta, dado que tanto la legislación como la jurisprudencia sostienen que el registro civil de nacimiento por sí solo no es prueba de la nacionalidad colombiana para los hijos de extranjeros, ya que en estos casos el registro debe estar acompañado de la prueba del domicilio de madre o padre al momento del nacimiento del niño o niña.

Las autoridades administrativas en Colombia continúan interpretado el domicilio de los extranjeros desde una perspectiva de regularización migratoria y no en los términos del Código Civil colombiano, como lo señala el artículo 2 de la Ley 43 de 1993 y la Corte Constitucional. Mientras esta práctica continúe, el registro de nacimiento en Colombia no se puede vislumbrar como un instrumento efectivo para prevenir la apatridia y proteger el derecho a la nacionalidad en el país de nacimiento.

Tal vez el registro de nacimiento expedido en Colombia podría ser una herramienta para prevenir la apatridia en el país de nacionalidad de los padres, dependiendo de la flexibilidad de la aplicación del *ius sanguinis* para los nacidos fuera del territorio de

ese Estado y de otras cuestiones que van desde la accesibilidad de la adquisición de la nacionalidad en un consulado, hasta los requisitos que se exijan para este trámite. Sin embargo, esta opción no aplica para las personas refugiadas.

Como se pudo probar en la experiencia chilena, la ampliación de la excepción del *ius soli* a través de la interpretación del término extranjeros transeúntes enfocada en la situación migratoria de una persona, no solamente genera un riesgo de apatridia, sino que también desconoce el derecho a la nacionalidad y a la filiación, pues si los refugiados y migrantes en situación irregular encuentran barreras para inscribir a sus hijos en el registro de nacimiento, pueden presentarse casos en que estos acudan a terceros para registrar a sus hijos, dificultando que se prueben los vínculos con el Estado de nacionalidad de los padres.

El alto poder de discrecionalidad del que gozaban las autoridades administrativas en Chile y el que ejercen las autoridades en Colombia para interpretar los términos extranjeros transeúntes y domicilio, respectivamente, es un obstáculo para que los hijos/as de extranjeros accedan al registro de nacimiento y para que este en realidad sea un medio para prevenir la apatridia. A pesar de lo anterior, el Estado colombiano podría aprovechar la experiencia chilena para evaluar su práctica administrativa y garantizar un verdadero acceso al registro de nacimiento y a la nacionalidad por nacimiento, atendiendo a criterios basados en el respeto a los derechos humanos y no al estatus migratorio de una persona como factor excluyente para no reconocer la nacionalidad colombiana y dificultar el acceso al registro de nacimiento.

BIBLIOGRAFÍA

Documentos administrativos

Contraloría General de la República (1998). Dictamen No 6.197N98, inscripción de hijos de extranjeros transeúntes.

Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, oficio No 27601 (2014). Consulta sobre nacionalidad de hijo de extranjeros transeúntes, suscrito por el señor Rodrigo Sandoval Ducoing jefe del Departamento de Extranjería y Migración.

Ministerio del Interior (1995). Oficio 6.241, inscripción de nacimiento de los hijos de extranjeros ilegales y regulación jurídica de los hijos de extranjeros transeúntes.

Servicio Nacional del Registro Civil (1982). Orden de servicio No 4.946.

Registraduría Nacional del Estado Civil (2015). Circular 059, Directrices a fin de establecer la inscripción en el registro civil de nacimiento de los hijos de extranjeros nacidos en Colombia para efectos de demostrar la nacionalidad.

Registraduría Nacional del Estado Civil (2017). Circular 168, modificación de la circular 059 del 26 de marzo de 2015 - Directrices a fin de establecer la inscripción en el registro civil de nacimiento de los hijos de extranjeros nacidos en Colombia para efectos de demostrar la nacionalidad.

Registraduría Nacional del Estado Civil (2018). Circular de registro civil e identificación, agosto de 2018.

Instrumentos Internacionales

Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, 28 de septiembre de 1954. Colección de Tratados de la Naciones Unidas.

Declaración de Brasil y Plan de Acción de Brasil, Diciembre de 2014.

Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/71/1, 19 de septiembre de 2016.

Objetivos de Desarrollo Sostenible, 25 de septiembre de 2015.

Organización de Estados Americanos, AG/RES. 2665 (XLI-O/11) aprobada en la cuarta sesión plenaria, 7 de junio de 2011.

Organización de Estados Americanos, AG/RES. 2719 (XLII-O/12) Seguimiento al Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y "Derecho a la Identidad", aprobada en la segunda sesión plenaria, 4 de junio de 2012.

Organización de Estados Americanos, AG/RES. 2758 (XLII-O/12) Protección de los solicitantes de la condición de refugiado y de los refugiados en las Américas, 5 de junio de 2012.

Organización de Estados Americanos, AG/RES. 2787 (XLIII-O/13) Prevención y Reducción de la Apatridia y Protección de las Personas Apátridas en las Américas, aprobada en la segunda sesión plenaria, 5 de junio de 2013.

Organización de Estados Americanos, AG/RES. 2826 (XLIV-O/14) Prevención y Reducción de la Apatridia y Protección de las Personas Apátridas en las Américas, aprobada en la segunda sesión plenaria, 4 de junio de 2014.

Organización de Estados Americanos, AG/RES. 2843 (XLIV-O/14) Seguimiento al Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y "Derecho a la Identidad", aprobada en la segunda sesión plenaria, 4 de junio de 2014.

Organización de Estados Americanos, AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) Promoción y Protección de Derechos Humanos, aprobada en la segunda sesión plenaria, 14 de junio de 2016.

Organización de Estados Americanos, AG/RES. 2908 (XLVII-O/17) Promoción y Protección de Derechos Humanos, aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 21 de junio de 2017

Pacto Mundial para las personas Refugiadas, 2 de agosto de 2018.

Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, 10 y 11 de diciembre de 2018.

ACNUR (2014). Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia 2014-24.

Jurisprudencia

Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 1653, Referencia: Nacionalidad. Domicilio. Extranjeros con visa temporal o en situación irregular. Hijos nacidos en territorio colombiano, 30 de junio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia del 8 de septiembre de 2005, serie C No 130.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No 18.

Corte Suprema de Chile, fallo 8562 de 2009- 7 de mayo de 2009.

Corte Suprema de Chile, fallo 6073 de 2009, 28 de diciembre de 2009.

Corte Suprema de Chile, fallo 7.580 de 2012 - 22 de enero de 2013.

Corte Suprema de Chile, fallo 4.108 de 2013 – 16 de septiembre de 2013.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T -380 de 1998, Referencia: expediente T-147.485, 28 de julio de 1998.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 965- 08, Referencia: expediente T-1905930, 7 de octubre de 2008.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-269 de 2008, Referencia: expediente T-1782230, 11 de marzo de 2008.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1088 de 2012, Referencia: expediente T-2.986.112, 12 de diciembre de 2012.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-314 de 2015, Referencia: expedientes T-4733946, T-4746682, T- 4757559, T-4762711, T-4764084, 22 de mayo de 2015.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-075 de 2015, Referencia: expediente T-4.551.344, 20 de febrero de 2015.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 677 de 2017, Referencia: expediente T-5.860.548, 15 de noviembre de 2017.

Normatividad

Código Civil de la República de Chile, 1855.

Código Civil de la República de Colombia, 1887.

Congreso de la República de Colombia, Ley 43 de 1993, por medio de la cual se establecen las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida, y recuperación de la nacionalidad colombiana; se desarrolla el numeral séptimo del artículo 40 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, 1 de febrero de 1993.

Constitución de la República de Chile, 1980.

Constitución Política de la República de Colombia, 1991.

Decreto Ley 1094 de 1975, República de Chile.

Decreto No 597 de 1984, República de Chile.

Decreto Ley 1260 de 1970, República de Colombia.

Decreto Ley 2241 de 1986, República de Colombia.

Decreto 1010 de 2000, República de Colombia.

Decreto 4000 de 2004, República de Colombia.

Decreto 1514 de 2012, República de Colombia.

Decreto 869 de 2016, República de Colombia.

Recursos en línea

ACNUR (2015). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Aquí Estoy, Aquí Pertenezco: La Urgente Necesidad de Acabar con la Apatridia Infantil.

ACNUR (2012). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, DIRECTRICES SOBRE LA APATRIDIA NO. 4: Garantizar el derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad mediante los artículos 1-4 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, 21 Diciembre 2012, HCR/GS/12/04.

ACNUR (2013). Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, Conclusión Nº 111 sobre el registro civil, 17 Octubre 2013, No.111 (LXIV)-2013.

Departamento de Extranjería y Migración (Ministerio del Interior y Seguridad Pública), Servicio de Registro Civil (Ministerio de Justicia), Migraciones Chile, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Universidad Alberto Hurtado, Servicio Jesuita a Migrantes, ACNUR, Chile Reconoce, Breve relato de un proyecto colaborativo e interinstitucional para garantizar el derecho a la nacionalidad en Chile.

UNICEF (2013). Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, EVERY CHILD BIRTH RIGHTS, inequities and trends in birth registration.

UNICEF (2016). Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. REGISTRO DE NACIMIENTO EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: CERRANDO LA BRECHA.

R. Sandoval Ducoing (2017). El Concepto de Hijo de Extranjero Transeúnte en la Normativa chilena y su impacto en Derecho a la Nacionalidad.

El asilo y la protección de las personas refugiadas en las constituciones de América

Asylum and protection of persons refugeed in the constitutions of America

Karlos A. Castilla Juárez[1*]

RESUMEN

La tradición latinoamericana de asilo es conocida casi de manera mundial. Sin embargo, sólo dieciséis de treinta y cinco Estados americanos tienen alguna previsión sobre el derecho de asilo en sus respectivos textos constitucionales, es decir, menos del cincuenta por ciento. Ante esa realidad, en este artículo se hace un repaso de la forma, contenido y alcances que tienen y se les podría dar a esos textos constitucionales a partir de su interpretación, con el fin de alcanzar una mejor protección de las personas refugiadas y una configuración más amplia del derecho de asilo. Pero también, se ponen en evidencia a partir de eso, las posibilidades reales que existen en América para pensar en una gobernanza o regulación regional del derecho de asilo del que formen parte todos los Estados que pertenecen a ese Continente.

PALABRAS CLAVE

Asilo, refugio, constitución, tratados, América.

ABSTRACT

The Latin American tradition of asylum is known almost worldwide. However, only sixteen of thirty-five American states have some provision for the right to asylum in their respective constitutional texts, less than fifty percent. Given this reality, this article reviews the form, content and scope that they have and could be given to these constitutional texts from their interpretation, in order to achieve better protection of refugees and a configuration broader right to asylum. But also, the real possibilities that exist in America to think about a regional governance or regulation of the right of asylum.

KEY WORDS

Asylum, refuge, constitution, treaties, America.

1 * Profesor asociado de Derecho Constitucional en la Universitat de Barcelona. Integrante del Grupo de Estudios sobre Derechos de los Inmigrantes (GESDI) del Instituto de Derecho Público de la misma Universidad.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se analiza de manera general o específica algún aspecto del asilo y refugio en el Continente Americano, un elemento común al que se acude en prácticamente todos los estudios y análisis académicos[2], jurisdiccionales[3] o de otro tipo, es el relativo a la "tradición latinoamericana del asilo". Ya sea como ejemplo del compromiso que adquirieron en ese ámbito los Estados, como una importante base normativa de referencia internacional o, incluso, como un importante parámetro a tener en cuenta para interpretar las regulaciones modernas o vigentes en la materia.

Esa "tradición" que encuentra sus primeros desarrollos normativos a finales del siglo XIX, a partir de la firma de tratados bilaterales o multilaterales que regularon el asilo en beneficio de los perseguidos políticos, y que dio lugar al desarrollo del asilo territorial y diplomático en los países latinoamericanos, como se observa, parte en todo caso de normas de naturaleza internacional en donde el Estado, en ejercicio de su soberanía, acordaba con otro u otros Estados el otorgar protección a determinadas personas que a su consideración así lo podían requerir.

Pero ¿esa "tradición" tenía y tiene sustento constitucional? La pregunta no busca establecer si todos los Estados tenían un texto constitucional a finales del siglo XIX, ni si esas constituciones les facultaban para la celebración de los tratados antes referidos, sino más bien, si los textos constitucionales latinoamericanos preveían expresamente algo respecto al asilo y refugio o, como parece, era un tema que centraba mayor interés en la comunidad internacional y las relaciones entre los Estados, en un ejercicio de facultades estatales antes que un ejercicio de derechos, todo sin partir de los más estrictos ámbitos jurídicos nacionales.

Así por ejemplo, los principios constitucionales que deben guiar el refugio y asilo en México son prácticamente nuevos, toda vez que se incluyeron en el texto constitucional mexicano apenas en junio del año 2011 y no tienen antecedente expreso en su texto constitucional vigente aprobado en 1917, ni en los anteriores a éste. La reconocida trayectoria de 170 años de su política de asilo en defensa de los perseguidos políticos se ha hecho con base en el derecho internacional americano (Imaz, 1993: 62). Esto significa que, toda la historia que tiene México como país de acogida de refugiados de la guerra civil española y de las dictaduras de Sudamérica, así como los conflictos armados de Centroamérica se construyó sin tener base en las normas constitucionales de ese país o al menos no de manera expresa.

2 Véase, por ejemplo (Franco, 2004)

3 Véase, por ejemplo (Corte IDH, 2018)

En el pasado, todo parece indicar que esa falta de previsión constitucional no tuvo mayor relevancia. Sin embargo, este aspecto es importante en la actualidad, no sólo para conocer en parte la historia constitucional del asilo y refugio en América, sino más bien por el hecho de que tratados como la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando hablan del derecho al asilo (artículo 22.7), establecen que éste se reconoce y garantiza "de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales." Corresponde a los Estados darle contenido (Orihuela, 2003: 58). Resultando obvio que, dentro de la "legislación de cada Estado", lo que establecen los textos constitucionales es altamente importante, al ser ahí en donde pueden establecerse los principios, alcances y límites con los que se desarrollará la demás legislación interna en esa materia, así como las relaciones entre la legislación de origen nacional y la de origen internacional.

En ese sentido, en este artículo se establecerá cuál es el estado actual del reconocimiento o regulación del asilo y la protección a las personas refugiadas en los textos constitucionales vigentes en el Continente Americano, a fin de contar con un panorama básico respecto a la forma en la que las constituciones de la región se ocupan del tema y, a su vez, establecer algunos elementos que en todo caso deben ser tomados en cuenta por los legisladores nacionales en el desarrollo de la normativa interna de asilo. Pero también, los aspectos que los juzgadores y especialmente las jurisdiccionales constitucionales deben tener en cuenta, en caso de que sea sometido a su jurisdicción el análisis de la constitucionalidad de una ley en materia de asilo y protección de personas refugiadas.

Para ese fin, en primer lugar, se establecerá cuántos países y cómo incorporan aspectos vinculados con el asilo y refugio en sus constituciones, a fin de determinar en cada caso, cuales son los parámetros constitucionales que se fijan en cada país. En segundo lugar, teniendo esa primera parte presente, se analizará la forma en la cual se debe dar la relación en cada caso entre dichos textos constitucionales y las normas internacionales, de conformidad con el propio texto constitucional, a fin de aportar algunos parámetros que en cada país deben tomarse en cuenta para conocer con la mayor precisión posible cuál es el alcance que se le debe dar al derecho al asilo y la protección de las personas refugiadas. Finalmente, a partir de todo lo anterior, se establecerán algunas ideas a manera de conclusión.

Advierto que todo el análisis que se hará a continuación tiene como referencia únicamente a los textos constitucionales vigentes que se analizan, no las legislaciones secundarias que de estos han derivado u otras que se encuentran vigentes, ni las interpretaciones jurisdiccionales que en algunos casos se han hecho. Esto, con el fin de establecer, con la mayor neutralidad y objetividad posible, cuáles son los alcances y contenido que constitucionalmente se le ha dado al derecho de asilo en la región, a partir de la literalidad de los textos constitucionales vigentes.

2. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL ASILO Y REFUGIO EN AMÉRICA

La Organización de Estados Americanos (OEA) está integrada en la actualidad (2019) por treinta y cinco (35) Estados[4]. De estos, sólo 16 reconocen o establecen algo con relación

4 También se incluye a Cuba, aunque formalmente todavía no regresa en plenitud a la OEA.

al derecho de asilo y las personas refugiadas en sus respectivos textos constitucionales. Lo que significa que menos del 50% de los textos constitucionales en América son en la actualidad referente normativo para determinar los alcances que se le puede dar al derecho de asilo y la protección de las personas refugiadas.

Lo anterior no significa que los restantes diecinueve (19) Estados no cuenten con referencia alguna al asilo en las normas de origen nacional que integran sus sistemas jurídicos internos, ya que ocho (8) de esos diecinueve (19), a pesar de no tener referencias o previsiones constitucionales expresas, sí cuentan con algún tipo de legislación en la materia[5]. Lo que significa que, en estos ocho (8) Estados americanos, la determinación del contenido y alcance del derecho de asilo y protección de personas refugiadas no tiene parámetros o lineamientos constitucionales concretos, más allá de los que puedan existir para los derechos humanos específicos que se reconozcan en las legislaciones de asilo y refugio. Es decir, que en el 54% de los Estados miembros de la OEA para determinar el alcance del derecho de asilo, no existirán controversias respecto a la supremacía o primacía de la Constitución frente a los tratados o viceversa, sino que es únicamente una cuestión de ley-tratados.

Un dato que en este análisis también puede resultar interesante es que, en once (11) Estados americanos no existen normas de origen nacional relativas al asilo y la protección de las personas refugiadas[6], lo que significaría que en el 31% de Estados americanos los alcances del derecho de asilo, siguiendo lo que dice el artículo 22.7 de la Convención Americana, que se citó antes, se regirá únicamente por lo que dicen las convenciones en la materia.

Sin embargo, eso tampoco es tan cierto, ya que de estos once (11), sólo siete (7) son Parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y de su Protocolo de 1967. Es decir, que en cuatro (4) de los treinta y cinco (35) Estados miembros de la OEA no existe para el año 2019 ninguna previsión especializada respecto al derecho de asilo y protección de las personas refugiadas, ya que ninguno de estos cuatro[7] Estados son parte de los tratados regionales en la materia[8], y sólo Barbados y Grenada son parte de la Convención Americana y, por tanto, les resulta aplicable la generalidad del artículo 22.7.

Lo anterior, da muestra de parte de los obstáculos que se pueden enfrentar al pensar en el establecimiento de marcos normativos o políticas comunes en la región por las diferentes maneras que existen de atender el tema y la importancia que se le da en el marco jurídico de cada país. Situación que hace pensar a algunas personas que se trata sólo de tecnicismos jurídicos que dejan en segundo lugar la protección humana (Jiménez, 2013: 66); que en parte y de fondo tienen razón, pero que por otra parte es

5 Argentina, Belice, Canadá, Chile, Estados Unidos, Panamá, Surinam y Uruguay.

6 Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Dominica, Grenada, Guyana, Jamaica, San Cristóbal y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, y Trinidad y Tobago.

7 Barbados, Grenada, Guyana y Santa Lucía.

8 Convención sobre Asilo de La Habana (1929), Convención sobre Asilo Político de Montevideo (1933), Tratado sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo (1939), así como las Convenciones sobre Asilo Diplomático y Asilo Territorial (1954).

al final la forma en la cual históricamente se ha decidido que funcione y se organice "soberanamente" el sistema jurídico de cada Estado.

Establecido este panorama general, es momento de establecer los parámetros constitucionales que se establecen en los dieciséis (16) Estados americanos que algo establecen con relación al derecho de asilo y protección de personas refugiadas en sus respectivos textos constitucionales.

A) Bolivia

Constitución Política del Estado de 2009

Artículo 29

"I. Se reconoce a las extranjeras y los extranjeros el derecho a pedir y recibir asilo o refugio por persecución política o ideológica, de conformidad con las leyes y los tratados internacionales.

II. Toda persona a quien se haya otorgado en Bolivia asilo o refugio no será expulsada o entregada a un país donde su vida, integridad, seguridad o libertad peligren. El Estado atenderá de manera positiva, humanitaria y expedita las solicitudes de reunificación familiar que se presenten por padres o hijos asilados o refugiados"

De esta norma constitucional, se pueden establecer como principios o lineamientos mínimos generales que se deberán observar por el legislador ordinario al hacer desarrollos normativos o por los jueces al concretar el contenido del derecho de asilo y refugio, que:

- Es un derecho reconocido a las personas extranjeras[9].
- El derecho está formado por cuatro acciones concretas:
  - Pedir asilo
  - Pedir refugio
  - Recibir asilo
  - Recibir refugio
- Sólo se prevé como supuesto que puede dar origen al ejercicio del derecho la persecución política o ideológica.
- El contenido concreto del derecho queda a cargo del legislador ordinario por medio de las leyes y de lo que establecen los tratados internacionales[10].

A pesar de lo anterior, en el segundo párrafo parece existir una contradicción y limitación del derecho que en principio se reconocía de manera amplia, ya que el derecho "se otorga", con lo que el "recibir asilo/refugio" está condicionado y no es en sí mismo un

9 Está incluido en el Capítulo de los derechos civiles y políticos, en la sección de los derechos políticos que se reconocen en Bolivia.

10 La norma constitucional no establece que sean sólo los "tratados internacionales especializados", con lo que bien podría interpretarse de manera amplia con el fin de proteger los derechos de las personas que requieren la protección internacional.

derecho de las personas extranjeras, sino una facultad de las autoridades el "otorgarlo". Así, sólo el "pedir" es el derecho que efectivamente se prevé de manera amplia en la norma constitucional.

Con esa contradicción que bien podría resolverse haciendo una interpretación *pro persona* para construir un derecho amplio de las personas y no condicionado a la decisión discrecional de la autoridad, el derecho tiene garantías constitucionales específicas que se deben observar en todo caso:

- La persona a quien se le ha otorgado no puede ser expulsada.
- La persona a quien se le ha otorgado no puede ser entregada al país donde su -
- vida, integridad, seguridad o libertad peligren.

La reunificación familiar debe estar regulada con garantías reforzadas a fin de hacerla posible de manera expedita en esos casos11.

B) Brasil

Constitución Política de la República Federativa de Brasil de 1988

Artículo 4.X

"La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios:

X. Concesión de asilo político."

Lo primero que se puede establecer es que no está reconocido como un derecho, sino como un principio rector de sus relaciones o política internacional. Aspecto que no es menor al estar incluido en la Constitución, ya que se inscribe en el ámbito del ejercicio de las facultades y competencias que pueden ejercer las autoridades, antes que en el ejercicio de los derechos que se les reconocen o, peor aún, se les pueden otorgar a las personas. Así, aunque se habla de "concesión" que implicaría una acción positiva, es al final una facultad o competencia del Estado.

Como se observa, no hay más desarrollo, características, ni supuestos en que se concederá. Ni en ese artículo, ni en todo el texto constitucional, con lo que a partir de ese principio constitucional que se debe observar por la legislación ordinaria, los márgenes y posibilidades interpretativos y de desarrollo pueden ser amplios, aunque siempre dentro del marco del ejercicio de facultades del Estado y no como derecho de las personas. Bajo ese panorama, es evidente que los retos en Brasil pueden ser muchos en esta materia si se toma de manera estricta y limitada el marco constitucional, aun cuando la Ley 9.474 que establece el proceso de reconocimiento del refugio ha sido considerada como de vanguardia en América Latina y en posición destacada en el ámbito mundial (Granato y Lima, 2015: 154).

C) Colombia

Constitución Política de Colombia de 1991

Artículo 36.

11 Para profundizar este tema, véase: (Camisón, 2016)

"Se reconoce el derecho de asilo en los términos previstos en la ley."

Lo más destacado de esta norma es que se reconoce como un derecho de las personas y no como una facultad de las autoridades. Como un derecho fundamental previsto en la Constitución, al estar incluido en el Capítulo de los derechos fundamentales reconocidos en Colombia. Es decir, un derecho "del más alto nivel jurídico".

Una parte positiva de la forma en la cual está reconocido el derecho es que no está limitado al asilo político, como lo hacen otros textos constitucionales, con lo que al no estar establecida esa limitación, bien se puede interpretar y entender que el texto constitucional deja abierta la posibilidad de la inclusión de causas o motivos específicos que requiera el país o región, como podrían ser todos los incluidos en la conclusión tercera de la Declaración de Cartagena de 1984[12].

Como es evidente, el texto constitucional no especifica más sobre las características, tipos, sujetos, causas, modalidades ni derechos específicos que incluye el derecho de asilo, sino que, deja en manos del legislador ordinario todos esos aspectos. Esa apertura o remisión legal en ningún caso se puede entender o interpretar como una "desconstitucionalización" del derecho, por lo que el desarrollo del mismo, siempre deberá observar los principios que rigen el desarrollo de cualquier otro derecho fundamental reconocido en la Constitución de ese país[13].

D) Costa Rica

Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949

Artículo 31, primer párrafo.

"El territorio de Costa Rica será asilo para todo perseguido por razones políticas. Si por imperativo legal se decretare su expulsión, nunca podrá enviársele al país donde fuere perseguido."

A pesar de que este artículo está incluido en el Titulo de los "derechos y garantías individuales" que reconoce la Constitución, no se establece expresamente como un derecho de las personas, sino como una característica del territorio de Costa Rica. Formulación un tanto ambigua, pues esa característica territorial que se asigna, sólo lo es o adquiere sentido para quien es perseguido por razones políticas, no para toda persona.

De esta manera, en Costa Rica el "derecho" de asilo o "territorio de asilo" se prevé constitucionalmente de manera limitada sólo para causas de persecución política, no a otras.

12 "…la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público."

13 Para profundizar el análisis de este derecho se recomienda ver la sentencia T-704/03 de la Corte Constitucional de Colombia.

En la parte positiva o destacada de esta norma está que se establece una protección constitucional reforzada en casos de expulsión, consistente en que esa expulsión no se puede hacer al país en el que se le persigue. Lo negativo de esta misma porción normativa es que no prohíbe la expulsión, es decir, que deja abierta esa posibilidad. Situación que puede ser altamente compleja frente al contenido de las normas internacionales que en general acotan esa situación y que, además, no distingue entre quien pudiera haber solicitado el asilo y quien ya goza de éste. Es decir, que no precisa quién podría ser expulsado, dejando muy abierta la posibilidad de desarrollo para el legislador ordinario. Este aspecto debe ser objeto de atención constante en este país.

Finalmente, contrario a lo que veíamos en otros países, la Constitución de Costa Rica no hace una remisión a la ley ni a los tratados para el desarrollo de este "derecho".

E) Cuba

Constitución de la República de 1976

Artículo 13.

"La República de Cuba concede asilo a los perseguidos por sus ideales y luchas por los derechos democráticos, contra el imperialismo, el fascismo, el colonialismo y el neocolonialismo; contra la discriminación y el racismo; por la liberación nacional; por los derechos y reivindicaciones de los trabajadores, campesinos y estudiantes; por sus actividades políticas, científicas, artísticas y literarias progresistas, por el socialismo y la paz."

Como se observa, el asilo está previsto constitucionalmente en Cuba como una facultad o competencia de las autoridades y no como un derecho de las personas, no sólo por su formulación, sino también porque está incluido en el Capítulo relativo a los Fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado.

Con esta advertencia, esa concesión estatal, se prevé para supuestos específicos de persecución:

- Por ideales o por luchas:
    - Por derechos democráticos
    - Contra el imperialismo
    - Contra el fascismo
    - Contra el colonialismo
    - Contra el neocolonialismo
    - Contra la discriminación
    - Contra el racismo
    - Por la liberación nacional
    - Por los derechos y reivindicaciones de los trabajadores, campesinos y estudiantes

- Por sus actividades políticas progresistas
- Por sus actividades científicas progresistas
- Por sus actividades artísticas progresistas
- Por sus actividades literarias progresistas
- Por el socialismo, y
- Por la paz.

Contrario a lo que veníamos observando y se verá en otros países, las causas que podrían dar origen al asilo en Cuba son mucho más amplias que en cualquier otro texto constitucional en América, a pesar de que se mantienen en gran medida en el ámbito político e ideológico.

Esta norma constitucional no hace remisión alguna a las leyes, ni a los tratados. En la actualidad, esta es la única regulación o referencia que existe en Cuba respecto al asilo[14], ya que no tiene desarrollos legales específicos, ni es Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, y no ha ratificado la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 ni su Protocolo de 1967.

F) Ecuador

Constitución de la República del Ecuador de 2008

Artículo 41.

"Se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos. El Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia.

No se aplicará a las personas solicitantes de asilo o refugio sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregularidad.

El Estado, de manera excepcional y cuando las circunstancias lo ameriten, reconocerá a un colectivo el estatuto de refugiado, de acuerdo con la ley."

De esta norma constitucional, se pueden establecer como principios o lineamientos mínimos generales que se deberán observar por el legislador ordinario al hacer desarrollos normativos o por los jueces al concretar el contenido del derecho de asilo y refugio, que:

- El asilo y refugio son derechos individuales[15].

14 Sin perder de vista que también podrían servir de referencia la Convención sobre Asilo de La Habana (1929) y la Convención sobre Asilo Político de Montevideo (1933) de las cuales sí es Parte Cuba.

15 El derecho está reconocido en la sección "movilidad humana", del Capítulo de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria.

- El Estado puede reconocer el derecho al refugio a un colectivo.
- Quienes ejerzan el derecho deben contar con:
    - Protección especial que garantice el ejercicio de otros derechos
    - Garantías de la no devolución
    - Asistencia humanitaria
    - Asistencia jurídica de emergencia
- Quienes soliciten el asilo o refugio tendrá garantizado que no se le aplicarán sanciones penales por ingresar o permanecer en Ecuador sin autorización.
- El contenido concreto del derecho queda a cargo del legislador ordinario por medio de las leyes y de lo que establecen los tratados internacionales de derechos humanos

Como se observa, la norma constitucional establece una serie de mínimos a observar y si bien, no precisa a quién se le reconoce el derecho ni por qué causas, eso debe entenderse de manera positiva al poderse incluir un número mayor de supuestos que el asilo político o por razones políticas[16], que es el supuesto que más se recoge de manera expresa en las constituciones de la región. Siendo especialmente destacado también el hecho de que se abre la posibilidad, aunque excepcional, de reconocer el derecho de manera colectiva[17].

G) El Salvador

Constitución de la República de El Salvador de 1983

Artículo 28.

"El Salvador concede asilo al extranjero que quiera residir en su territorio, excepto en los casos previstos por las leyes y el Derecho Internacional. No podrá incluirse en los casos de excepción a quien sea perseguido solamente por razones políticas."

A pesar de que este artículo está incluido dentro del Capítulo y Sección de los "derechos individuales", es evidente por su formulación que está establecido más como una facultad o competencia de las autoridades, que como un derecho de las personas. Al igual que ocurre en otros tantos países latinoamericanos.

De igual forma, la formulación que en principio parece muy amplia, de inmediato es acotada, al condicionar eso a las excepciones que estén previstas por las leyes y el derecho internacional, con lo que, en gran medida, serán éstas las que establecerán los supuestos, condiciones, requisitos y, sobre todo, excepciones. Aunque hay en ese mismo artículo una excepción que en ningún caso se puede establecer en las leyes, que es para "quien sea perseguido solamente por razones políticas", con lo que este supuesto se debe entender como el más ampliamente protegido en materia de asilo en ese país.

16 Como los propuestos en la conclusión tercera de la Declaración de Cartagena, *supra nota* 10.

17 Para conocer parte de los análisis constitucionales que ya se han hecho se recomienda ver: (Ubidia, 2015).

Esta última porción normativa también es importante por el hecho de que, por la forma en la que está formulada, bien podría interpretarse que el asilo en El Salvador puede concederse no sólo por razones políticas, sino también por otras causas, aunque los casos de razones políticas serían los que tendrían una protección más amplia.

H) Guatemala

> Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 (reformada por Consulta Popular, Acuerdo Legislativo 18-93 de noviembre de 1993)
>
> Artículo 27, primer y cuarto párrafo.
>
> "Guatemala reconoce el derecho de asilo y lo otorga de acuerdo con las prácticas internacionales.
>
> […]
>
> No se acordará la expulsión del territorio nacional de un refugiado político, con destino al país que lo persigue."

El primer aspecto que se debe destacar de esta norma es que, en principio, reconoce un derecho a las personas y no se queda como otros textos constitucionales en el ámbito de la facultad del Estado. Aunque dicho "reconocimiento" de inmediato es sustituido por un "otorgamiento" que se sujeta a las prácticas internacionales.

En ese mismo aspecto, crea una situación paradójica y circular en la regulación del asilo, ya que hace una remisión exclusiva a las prácticas internacionales cuando, como hemos visto, normas como la Convención Americana hacen la remisión a las normas nacionales. Afortunadamente, hay más prácticas internacionales que las vinculadas con la Convención Americana y, al ser esa formulación tan amplia, bien se puede acudir a otras prácticas internacionales para darle contenido y alcance a ese derecho.

Siendo también destacada la protección especial que se prevé para los refugiados políticos y, que a su vez, por esa misma formulación y lo que establece de manera amplia el primer párrafo, bien se puede abrir la posibilidad de incluir más causas que las políticas para el reconocimiento y otorgamiento del asilo en Guatemala.

Finalmente, solo por no dejar de mencionarlo, la remisión que se hace en este texto constitucional es a "prácticas internacionales" y no a tratados, con lo cual, en una interpretación con fines de protección, bien podría entenderse eso como una autorización a recurrir incluso a normas de *soft law* como, por ejemplo, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados u otros estándares desarrollados por la Oficina de las Naciones Unidas para los Refugiados.

I) Haití

> Constitución de la República de Haití de 1987 (actualizada con la reforma constitucional de 2012)
>
> Artículo 57.
>
> "Se reconoce el derecho de asilo para los refugiados políticos."

Esta norma constitucional está incluida en el Titulo IV de la Constitución que se dedica a las personas extranjeras. Si bien se reconoce como un derecho, es evidente que es un derecho muy acotado para quienes sean "refugiados políticos".

Como es evidente, la norma constitucional es muy limitada en su contenido. Tal vez, lo único destacable es que se reconozca el derecho a nivel constitucional, ya que no establece más parámetros o principios que la calidad personal que se deberá satisfacer para poder gozar de ese derecho en Haití.

En Haití no existe actualmente (2019) legislación interna que desarrolle esa norma constitucional ni otra en la materia. Lo único que actualmente resulta aplicable en ese ámbito, aunque en parte se puede contradecir con la Constitución, es el contenido de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y a su Protocolo de 1967, de los cuales es Parte desde el año 1984.

J) Honduras

Constitución Política de 1982

Artículo 101, primer y segundo párrafo.

"Honduras reconoce el derecho de asilo en la forma y condiciones que establece la Ley.

Cuando procediere de conformidad con la Ley revocar o no otorgar el asilo, en ningún caso se expulsará al perseguido político o al asilado, al territorio del Estado que pueda reclamarlo."

Este es otro de los textos constitucionales latinoamericanos que en principio reconocen al asilo como un derecho de las personas y no como facultad de las autoridades, aunque al desarrollar más aspectos, como en prácticamente todos los casos, deja en la facultad estatal el otorgamiento o, como en este caso, en sentido contrario, la revocación o no otorgamiento del derecho.

Otra parte destacada de esta norma constitucional, es que deja abierta la posibilidad de que la regulación legal pueda ser amplia e inclusiva de muchos supuestos y derechos específicos, ya que sólo tiene como límite o lineamiento constitucional que cuando procediere revocar o no otorgar dicho reconocimiento, "en ningún caso se expulsará al perseguido político o al asilado, al territorio del Estado que pueda reclamarlo." Es decir, que el único mandato constitucional expreso bien podría ser interpretado como un lineamiento para reforzar una protección y no para limitar las posibilidades del contenido y alcance del derecho.

Como se observa, esta norma no hace remisión o previsión del contenido del derecho a las normas internacionales como lo hacen otros textos constitucionales. No obstante eso, al ser Honduras Parte de los más importantes tratados en la materia, parece evidente que los desarrollos legales que ordena la Constitución deberán tener en cuenta las normas de origen internacional que resulten aplicables.

K) México

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 (reformas de 2011)

Artículo 11, párrafo segundo.

"Toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo. El reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo político, se realizarán de

conformidad con los tratados internacionales. La ley regulará sus procedencias y excepciones."

De esta norma constitucional, se pueden establecer como principios o lineamientos mínimos generales que se deberán observar por el legislador ordinario al hacer desarrollos normativos o por los jueces al concretar el contenido del derecho de asilo y refugio, que:

- El asilo es un derecho reconocido a toda persona[18] e incluye dos acciones concretas:
  - Buscar asilo
  - Recibir asilo
- La condición de refugiado debe darse de conformidad con los tratados internacionales.
- El asilo político se otorga de conformidad con los tratados internacionales[19].
- El contenido concreto de los tres supuestos genéricos anteriores queda a cargo del legislador ordinario por medio de las leyes, en cuanto a sus procedencias y excepciones.

Como se observa, esta norma es un tanto compleja, si se le compara con las demás que aquí se analizan, al incluir y diferenciar el asilo en sentido amplio, la condición de refugiado y el asilo político. Sin embargo, en la práctica no lo es tanto si se entiende que el derecho de asilo y refugio están reconocidos de manera amplia y su regulación en cuanto a procedencias y excepciones, se deja al legislador ordinario, quien tendrá que observar el contenido de los tratados internacionales, no sólo los especializados, sino todos los que puedan resultar aplicables.

Mientras que la distinción del "asilo político" atiende en gran medida a la "tradición de asilo latinoamericana" que, como hemos visto en otros textos constitucionales, está muy presente y es la que más referencias tiene[20]. Esto es importante porque deja claro que no sólo se piensa en el asilo político y sus causas o supuestos recurrentes en la tradición latinoamericana, sino también en otros supuestos que se recogen en otras normas internacionales o que se pueden incluir en las normas de origen nacional a partir de esos amplios lineamientos constitucionales.

En todo caso, aun cuando el texto constitucional mexicano no incluye ningún parámetro específico en esta materia en cuanto a contenidos del derecho, titulares específicos, supuestos, causas y otros aspectos concretos, los parámetros mínimos que debe

18 Está incluido en el Capítulo I de los derechos humanos y sus garantías. Esta formulación podría ser entendida de manera amplia en el sentido de que las personas con nacionalidad mexicana también son titulares de este derecho, aun cuando pudieran pedirlo a otro Estado y huyeran del Estado mexicano. Situación que en un caso concreto, podría ser muy interesante de analizar.

19 La norma constitucional no establece que sean sólo los "tratados internacionales especializados", con lo que bien podría interpretarse de manera amplia con el fin de proteger los derechos de las personas que requieren la protección internacional.

20 Para mayor precisión respecto a esta norma constitucional, puede consultarse (Castilla, 2017).

observar el legislador ordinario parecen claros y, en caso de duda, deberá tomar en cuenta el contenido de los tratados internacionales.

L) Nicaragua

Constitución Política de la República de Nicaragua de 1987 (y sus reformas)

Artículo 5, párrafo quinto y artículo 42.

> "Nicaragua fundamenta sus relaciones internacionales en la amistad y solidaridad entre los pueblos y la reciprocidad entre los Estados. Por tanto […] asegura el asilo para los perseguidos políticos…"
>
> "En Nicaragua se reconoce y garantiza el derecho de refugio y de asilo. El refugio y el asilo amparan únicamente a los perseguidos por luchar en pro de la democracia, la paz, la justicia y los derechos humanos."

Como se observa, en Nicaragua el derecho al asilo está contenido como derecho individual y como principio fundamental del Estado. Esto es, como un derecho de las personas y una guía que deberán observar las autoridades del Estado.

A pesar de eso, sus alcances o supuestos en los que puede ser aplicable son limitados a cuestiones de naturaleza política en sus dos vertientes, ya que incluso como derecho, que parecería una formulación más amplia, lo limita a quienes sean perseguidos por luchar por la democracia, la paz, la justicia y los derechos humanos que son, en gran medida, causas políticas. Si bien es cierto que a partir de estos supuestos se podrían incluir otras situaciones, la lectura conjunta y sistemática del texto constitucional lleva a pensar en alcances más limitados a un "asilo político".

Ahora bien, también es cierto que a partir del término "derechos humanos" que incluye la norma que aquí se analiza, se podría hacer una interpretación *pro persona* a fin de incluir más supuestos y causas que ahora podrían quedar fuera, como podrían ser situaciones en las que la vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, como lo prevé la Declaración de Cartagena[21].

Aunque nada se dice, parece evidente que deberá ser una ley nacional la que haga los desarrollos normativos. Otro vacío que deja es lo relativo a las normas internacionales, más especialmente de las cuales es Parte Nicaragua y con las que podría entrar en conflicto la Constitución en algunos aspectos, específicamente, por la limitación de supuestos que se prevén constitucionalmente como generadores del ejercicio del derecho al asilo. Pero, en todo caso, es interesante la doble perspectiva con la que se

21 En este punto y ante la insistente referencia que hacemos a la Declaración de Cartagena, bien se podría decir que en la actualidad esos supuestos parecen también ya en cierta medida limitados o superados, ya que situaciones vinculadas con desastres naturales o afectaciones al medio ambiente parecería que no están incluidas en esa definición, cuando son una realidad por la que huyen las personas de sus lugares de origen en el siglo XXI. Por lo que, sin quitar ningún mérito ni importancia a la Declaración y otros estándares internacionales con similar naturaleza, sería bueno pensar en un mecanismos para buscar actualizarles de manera periódica, a fin de incluir las situaciones que la realidad del momento muestre como una necesidad.

recoge el derecho al asilo y que, a partir de eso, se podrían hacer importantes desarrollos en normas secundarias o interpretaciones que protejan de manera amplia ese derecho.

M) Paraguay

Constitución de la República del Paraguay de 1992

Artículo 43.

"El Paraguay reconoce el derecho de asilo territorial y diplomático a toda persona perseguida por motivos o delitos políticos o por delitos comunes conexos, así como por sus opiniones o por sus creencias. Las autoridades deberán otorgar de inmediato la documentación personal y el correspondiente salvoconducto.

Ningún asilado político será trasladado compulsivamente al país cuyas autoridades lo persigan."

De esta norma constitucional, se pueden establecer como principios o lineamientos mínimos generales que se deberán observar por el legislador ordinario al hacer desarrollos normativos o por los jueces al concretar el contenido del derecho de asilo y refugio, que:

- El derecho de asilo territorial es un derecho de toda persona
  - El derecho de asilo diplomático es un derecho de toda persona
  - Las causas que dan origen a esos derechos son:
  - Motivos políticos
  - Delitos políticos
  - Delitos comunes conexos a delitos políticos
  - Opiniones
  - Creencias

Las personas que ejercen este derecho tienen algunas garantías reforzadas:

Contar de inmediato con documentación personal

Contar de inmediato con el correspondiente salvoconducto

No ser trasladada compulsivamente al país en donde se le persiga.

Como se observa, en Paraguay se sigue de manera muy estricta la "tradición de asilo latinoamericana" del asilo territorial y diplomático. Lo interesante en este caso es, como se garantizan ambos a toda persona, ya que eso sin duda alguna debería incluir a quienes tengan la nacionalidad paraguaya y, en algunos casos del asilo diplomático, parecería que podría generar complejas controversias al preverse para la protección de los nacionales en territorio extranjero, antes que el asilo, la protección consular[22].

22 Véase la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, que entró en vigor el 19 de marzo de 1967.

Ahora bien, es interesante del contenido de esta norma que cuenta con una previsión de más supuestos que puedan dar origen al asilo, más amplia al menos que la mayoría de textos constitucionales latinoamericanos que aquí se analizan al prever expresamente, por ejemplo, la persecución por creencias u opiniones y delitos, y no sólo cuestiones estrictamente políticas o de naturaleza estrictamente política como ocurre en un importante número de textos constitucionales latinoamericanos.

Esta norma como otras que aquí hemos analizado no hace una remisión a la ley, ni a los tratados de la materia para la regulación específica. Sin embargo, parece evidente que eso es lo que corresponde y que, en todo caso, se deberán respetar las garantías reforzadas específicas que establece la constitución respecto a la documentación que se le debe entregar a la persona titular del derecho y lo vinculado con la no devolución.

N) Perú

Constitución Política del Perú de 1993

Artículos 36.

"El Estado reconoce el asilo político. Acepta la calificación del asilado que otorga el gobierno asilante. En caso de expulsión, no se entrega al asilado al país cuyo gobierno lo persigue."

Esta norma es un ejemplo más de los textos constitucionales latinoamericanos limitados en sus alcances al hablar del derecho al asilo. Como se observa, la Constitución peruana sólo reconoce el asilo político. No establece detalles de cómo se dará, requisitos, ni derechos específicos, como tampoco hace una remisión a leyes o tratados, aunque sí establece una garantía que consiste en que, en caso de expulsión, "no se entrega al asilado al país cuyo gobierno lo persigue."

Al igual que ocurre con otros textos que hemos analizado, parecería que cualquier otro supuesto que de origen al asilo quedaría excluido de la Constitución, con lo cual, parece evidente que en muchos casos podría entrar en conflicto con el contenido de los tratados sobre asilo y refugio. Un aspecto que no es menor, cuando son justamente los tratados los que hacen la remisión a las normas nacionales. A pesar de esto, hay quien afirma que en Perú aunque no exista protección expresa constitucional para los refugiados, eso no impide la declaración de responsabilidad del Estado frente a esa población vulnerable de acuerdo con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución (Rebaza y Guerra, 2016: 88)

La parte más interesante de esta norma constitucional está en el hecho de que establece la obligación para el Estado de aceptar la calificación de asilado que se otorgue por "el gobierno asilante". Lo que significaría que, en todo caso, el Estado peruano estaría obligado a aceptar que otro Estado considere personas asiladas a nacionales peruanos por estar siendo perseguidas en ese país. Para efectos concretos de la protección eso pude ser que no tenga mayor importancia, pero para fines políticos y de relaciones internacionales, sí que podría tener una trascendencia importante en varios ámbitos. Siendo esta una obligación o mandato que no aparece en ningún otro texto constitucional de la región.

O) República Dominicana

Constitución de la República Dominicana de 2010

Artículo 46.2.

"Toda persona tiene derecho a solicitar asilo en el territorio nacional, en caso de persecución por razones políticas. Quienes se encuentren en condiciones de asilo gozaran de la protección que garantice el pleno ejercicio de sus derechos, de conformidad con 1os acuerdos, normas e instrumentos internacionales suscritos y ratificados por la República Dominicana. No se consideran delitos políticos, el terrorismo, 1os crímenes contra la humanidad, la corrupción administrativa y 1os delitos transnacionales."

De esta norma constitucional, se pueden establecer como principios o lineamientos mínimos generales que se deberán observar por el legislador ordinario al hacer desarrollos normativos o por los jueces al concretar el contenido del derecho de asilo y refugio, que:

- Es un derecho de toda persona (el asilo territorial)
- Sólo en caso de persecución por razones políticas, lo que no incluye:
  - El terrorismo
  - Los crímenes contra la humanidad
  - La corrupción administrativa, y
  - Los delitos transnacionales
- Los derechos específicos de las personas asiladas serán aquellos contenidos en 1os acuerdos, normas e instrumentos internacionales de los que sea Parte la República Dominicana.

Tal y como ocurre en otros textos constitucionales, las razones políticas son la única o principal causa que puede dar origen al ejercicio de ese derecho. Pero contrario a lo que ocurre con otros textos constitucionales, la remisión que se hace aquí a las normas internacionales no es para la regulación genérica del asilo, su procedencia o excepciones, sino sólo para el ejercicio de los derechos de las personas que se encuentren en ejercicio del derecho de asilo, lo cual acota la posibilidad de conflictos normativos entre la Constitución y los tratados.

Esta norma no hace remisión a la ley para la regulación específica, pero sí establece de manera clara los supuestos que, en todo caso, se podrían desarrollar en una ley de la materia. El gran reto estará, tal vez, en ampliar la remisión que se hace a los estándares internacionales a otros ámbitos de la regulación del asilo, para así cubrir situaciones que actualmente la norma constitucional parece excluir atendiendo a su literalidad.

P) Venezuela

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999

Artículo 69, primer párrafo.

> "La República Bolivariana de Venezuela reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio."

Esta es una más de las varias escuetas normas constitucionales que no hacen más que reconocer y en este caso también garantizar como derecho constitucional al asilo y refugio, que no es una situación menor o irrelevante, pero que al hacerlo deberían establecer al menos algunos principios rectores que se deberán observar por el legislador ordinario o un juez a fin de establecer el contenido y desarrollo de esos derechos. En este caso, la Constitución lo incluye dentro de los derechos políticos reconocidos en Venezuela, con lo que tampoco es evidente y claro que sea sólo un derecho de las personas extranjeras y que, como en otros ejemplos que aquí se han visto, si se reconoce también a personas nacionales, su configuración requiere de mucho cuidado y atención.

Al no establecerse más, todo parece indicar que todo el desarrollo, causas, supuestos, derechos específicos, excepciones y contenido en general, quedan en manos del legislador ordinario. En esta norma tampoco se dice nada de los estándares internacionales, con lo que quedará a la decisión del legislador la forma en la que incluye o toma en cuenta esas normas de origen internacional.

Una parte positiva de esta norma es que, como otras que antes se han analizado, coloca al derecho de asilo en la esfera de las personas como principio o presupuesto y no como una facultad o competencia reservada a las autoridades del Estado[23].

Otro aspecto relevante es que por la forma en la que está formulada esta norma parece que no se limita a la regulación del asilo político, con lo cual se pueden incluir legalmente más supuestos o causas, como los previstos en la Declaración de Cartagena[24], dando lugar a un sistema de protección más amplio.

3. LOS TRATADOS Y LA CONSTITUCIÓN EN EL OTORGAMIENTO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN AMÉRICA

Como antes se ha visto, sólo seis (6) de los dieciséis (16) textos constitucionales de Estados americanos que algo prevén o incluyen respecto al derecho de asilo y protección de personas refugiadas en su contenido, hacen mención o remisión a normas, estándares o prácticas internacionales (Bolivia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, República Dominicana). No necesariamente a las normas especializadas de asilo y refugio, pues prácticamente todos hacen una mención genérica a normas internacionales o normas internacionales de derechos humanos.

Este pequeño grupo, además de ser interesante para un análisis a profundidad con relación a si es real la correspondencia o comunicación normativa que mencionan, es interesante porque implica que la regulación del derecho de asilo en América se convierte en una referencia cruzada en la que por regla general no hay desarrollos precisos y, por tanto, pese a ese cruce, se deja en manos del legislador ordinario la forma en la cual se materializan, desarrollan y precisan los parámetros o principios que se establecen tanto en los textos constitucionales como en las normas de tratados.

Que además, en la parte positiva, podría implicar que al menos en esos seis Estados habría la posibilidad de que se construyan marcos comunes en la regulación del

asilo y refugio, no sólo por el contenido de los tratados de los que se sea Parte, sino por el mandato constitucional que se establece de tomar en cuenta los estándares internacionales. Si esto se llevara a una dimensión mayor, podría hacer pensar en la posibilidad de crear políticas de asilo y refugio efectivamente comunes, a partir de la armonización de mandatos constitucionales.

No obstante lo anterior, eso se muestra difícil, ya que como ha quedado establecido, una gran mayoría de los textos constitucionales al hablar de asilo y refugio, son autorreferentes, sólo hacen remisiones a la ley nacional o dejan de lado cualquier interacción entre las normas de origen nacional e internacional. Esto, a pesar de que, como al inicio veíamos, normas internacionales como la Convención Americana (artículo 22.7) hacen una remisión expresa a las normas nacionales para conocer el contenido y alcances del derecho de asilo y del refugio. Además de que, el contenido y alcance de la protección y, por tanto, el estatuto jurídico del asilado, no está establecido ni regulado por el Derecho Internacional (Orihuela, 2003: 58).

Esta situación es importante tenerla en cuenta, porque da una muestra clara del origen jurídico de la imposibilidad de pensar en gobernanzas regionales o globales de la migración y el asilo. Especialmente porque, como ocurre en América, sólo seis (6) de treinta y cinco (35) Estados cuentan con mandatos constitucionales expresos para concretar un sistema de asilo y refugio vinculado con estándares internacionales, que es lo que permitiría en gran medida pensar en un sistema regional común. Los demás Estados siguen dando preferencia a su regulación nacional o simplemente nada dicen, con lo que todo queda en manos de las decisiones políticas del momento y no en lineamientos o mandatos constitucionales a partir de los cuales se podría avanzar de manera sólida.

En ese sentido, tal y como ya lo he establecido en un trabajo anterior (Castilla, 2019), esta relación constitución-tratados es altamente relevante, ya que uno de los problemas que tiene la gobernanza de la migración en general (con especial énfasis en el asilo) es la falta de acuerdos mundiales e incluso regionales que busquen ordenar y regular los diversos movimientos migratorios, así como generar coordinación entre todos los países de salida, tránsito, llegada y retorno de personas migrantes en general y, solicitantes de protección internacional, de manera específica.

En la actualidad, la normativa y políticas que surgen de las instituciones de la Unión Europea son las que suelen ponerse como un ejemplo de la existencia y posibilidad real del establecimiento de políticas regionales en materia migratoria y asilo. Sin embargo, un estudio detallado de éstas muestra que es cierto que tienen algunas líneas comunes, pero que cada Estado sigue siendo quien en última instancia decide los aspectos más particulares de sus políticas migratorias y de asilo. Con lo que la idea de una sola gobernanza coordinada regional muestra avances en una parte de Europa, pero aún dista de ser uniforme incluso en esa región en la que han caído las fronteras internas para el libre movimiento de personas y se ha dado el mayor proceso de integración de Estados.

En América, y más específicamente Latinoamérica, a pesar de que existen algunos procesos de integración, tampoco se han construido políticas migratorias comunes en la región, ni siquiera en temas de asilo con la llamada “tradición de asilo latinoamericana” y que, como antes se estableció, se muestra difícil porque sólo seis Estados americanos hacen mención de los estándares internacionales al reconocer el derecho de asilo.

Como se viene observando, es más bien dispar y surgida de momentos o situaciones muy diversas. No obstante ello, es innegable que esos procesos y la existencia de normas internacionales, así como de órganos de vigilancia de dicho tratados, en mayor o menor medida, influyen en la forma en la que se configuran y diseñan los sistemas nacionales de migración, extranjería y asilo. Aunque nuevamente, mucho queda en la decisión final de los Estados, pues son ellos quienes han creado esos sistemas internacionales y quienes deciden cómo y hasta donde adquieren obligaciones internacionales.

No obstante eso, no es menor para el reconocimiento de derechos y establecimiento de obligaciones de las personas refugiadas tener también siempre presente la configuración constitucional que se ha desarrollado en las últimas décadas en la región, en donde se han incorporado en algunos países, no en la mayoría, cláusulas de apertura a fin de que los tratados de derechos humanos se apliquen de manera directa, otras que reconocen rangos superiores al de la ley a dichos tratados y también algunas cláusulas de interpretación que buscan que las normas nacionales se interpreten conforme a los tratados de derechos humanos o atendiendo al llamado principio *pro persona*. Procesos que si bien no son generalizados, ni sencillos pues tienen muchos debates abiertos, dan muestra de algunas opciones que se están explorando en la región para ampliar la protección de los derechos humanos, para lograr una mejor configuración del derecho de asilo y una más sólida protección de las personas refugiadas.

Atendiendo eso, en cada país debe analizarse el lugar y la importancia que tienen en cada sistema jurídico dichos tratados de derechos humanos, sean genéricos o especializados en temas migratorios, de extranjería o asilo, pero sin perder de vista que, como antes se ha destacado, los textos constitucionales de algunos de los países que aquí he analizado reconocen expresamente derechos a las personas refugiadas o respecto al contenido del derecho de asilo. Con lo que, antes que buscar apoyo en normas internacionales, mucho del trabajo que se debe hacer es a partir del contenido de los máximos textos legales de cada uno de esos países[25], especialmente porque son algunos de los propios tratados los que remiten a las normas de origen nacional para la determinación de los alcances y contenido del derecho de asilo y protección de las personas refugiadas.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Es muy común cuando se analizan los temas vinculados con el asilo y refugio centrar la atención en las normas de origen internacional como la principal fuente o parámetro que se debe tomar en cuenta para su regulación. Sin embargo, como aquí se ha establecido, tratados como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 22.7) remiten a las normas de origen nacional para determinar el contenido del derecho al asilo y refugio. En ese sentido, el contenido de las normas constitucionales adquiere gran importancia no sólo porque ahí se pueden establecer aspectos relevantes, sino también por la fuerza jurídica y lugar que se le da a éstas al momento de analizar el contenido,

25

alcances y límites de los derechos en donde, en la gran mayoría de casos, suele prevalecer sobre cualquier otra norma, salvo que ella misma prevea una situación diferente.

Así, los textos constitucionales son las normas legales que con mayor fuerza jurídica establecen los supuestos, requisitos, límites, excepciones, condiciones, características y contenido general del derecho al asilo o, la remisión a las normas en las que todo lo anterior se debe establecer o a las que se debe acudir para determinar ello, por lo que su análisis y consideración es imprescindible en todo trabajo que se haga respecto al derecho de asilo y la protección de las personas refugiadas.

En ese entendido, en el caso de América resulta interesante destacar que once (11) de los dieciséis (16) textos constitucionales que algo dicen respecto al asilo, lo reconocen como un derecho de las personas (Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela); tres (3) como facultad del Estado (Brasil, Cuba y El Salvador); uno de manera muy parecida a lo anterior aunque lo establece como una característica de su territorio (Costa Rica) y uno lo reconoce como derecho y como facultad del Estado (Nicaragua). Siendo importante esto ya que, aunque los propios textos constitucionales en prácticamente todos los casos acotan al derecho y tienden a condicionarlo al "otorgamiento estatal", que se reconozca como derecho de las personas en la mayoría de textos constitucionales es altamente positivo.

Bajo esa idea, también es una mayoría de países la que no sólo reconoce al asilo político o por cuestiones vinculadas con esto, sino que van más allá. Ya sea porque expresamente incluyen más supuestos, porque la norma constitucional es abierta o porque a partir de una interpretación protectora se pueden incluir más supuestos dada la ambigüedad del texto constitucional, en una mayoría de los textos constitucionales latinoamericanos vigentes se puede dar cabida, al menos, a los supuestos que contempla la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados. Con lo que únicamente países como Bolivia, Brasil, Costa Rica, Haití, Perú y República Dominicana tienen establecidos condicionantes que parecen establecer que constitucionalmente sólo admiten la existencia del asilo político. Cuestión que no es menor para tener presente si se quiere avanzar de manera conjunta en esta materia en toda la región.

En cuanto a los contenidos concretos de las normas constitucionales, se puede concluir que la gran mayoría establece algunos principios, supuestos o lineamientos mínimos, con lo que sólo cuatro (4) textos constitucionales establecen una frase escueta de reconocimiento del derecho o facultad (Brasil, Colombia, Haití y Venezuela). Este aspecto es importante ya que la gran mayoría de textos constitucionales latinoamericanos que algo dicen sobre el derecho de asilo y refugio dan pautas que tanto el legislador ordinario, como los tribunales y las autoridades que negocian los tratados deben observar. Con lo que contrario a lo que en muchas ocasiones se piensa, los textos constitucionales americanos tienen una importancia fundamental al momento de determinar los alcances, contenido y límites del derecho de asilo y protección de las personas refugiadas.

Más importancia tienen, cuando se observa que sólo seis (6) textos constitucionales remiten a las normas internacionales, con lo que la mayoría de textos se queda con el contendido constitucional al no remitir ni siquiera a la ley (Costa Rica, Cuba, Haití, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela) o hacer una remisión a la ley para la totalidad o respecto aspectos concretos de la regulación del derecho de

asilo. Es decir, que es una minoría de textos constitucionales la que establece mandatos claros y expresos para observar las normas internacionales en la regulación del asilo.

Con este panorama, es evidente que si se continúa la inercia que busca crear una gobernanza mundial de las migraciones y del asilo, el contenido de los textos constitucionales vigentes es un imprescindible punto de referencia, ya que ahí se puede encontrar uno de los apoyos jurídicos más sólidos para la creación de esos marcos normativos regionales o mundiales, pero también, algunos de los obstáculos jurídicos más difíciles de superar. Por lo que, no podemos seguir olvidándonos de la importancia que tienen las constituciones en la creación y fortalecimiento de los sistemas pretendidamente mundiales, al ser éstas no sólo las normas jurídicas nacionales de mayor importancia, sino también porque es en éstas donde se establecen las relaciones e interacciones con las normas de origen internacional que, en conjunto, son la única forma de crear una gobernanza mundial con sólidas bases jurídicas y, por tanto, con sólidas posibilidades de hacerla exigible, de pasar de los discursos al cumplimiento de obligaciones y el establecimiento de responsabilidades.

América y más específicamente Latinoamérica tiene una histórica tradición de asilo. Lo que no se tiene es una sólida base constitucional en todos los países para hacer de esa tradición, no sólo una expresión de buena voluntad, sino también un efectivo reconocimiento del derecho de asilo e ineludible deber del Estado de garantizarlo.

BIBLIOGRÁFIA

-Camisón, J. (2016): El derecho de asilo en la Constitución Política de Bolivia: especial atención a la reagrupación familiar de las y los refugiados. Derecho de familia, nuevos retos y realidades estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo. España: 45-52.

-Castilla, K. (2017): Principios constitucionales sobre migración, extranjería y asilo en México. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, No. 46, septiembre – diciembre. Lex Nova Thomson Reuters.

-Castilla, K. (2019): Las personas migrantes extranjeras en los textos constitucionales de América. Constitución y minorías. Derecho Global Editores. México, pp. 469-530.

-Corte IDH (2018): *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, Serie A, No. 25.

-Franco, L. (Coord.) (2004): El Asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados-Universidad Nacional de Lanús-Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San Jose, Costa Rica.

-Granato, R y Lima, N. (2015): Los obstáculos y desafíos de las solicitudes de refugio en Brasil. Revista IIDH. No. 62. San José: 147-165.

-Imaz, C. (1993): El asilo diplomático en la política exterior de México. Revista Mexicana de Política Exterior. No. 40-41. México: 53-71.

-Jiménez, L. (2013): Asilo y refugio en América latina: ¿avances o retrocesos? Revista Saber, Ciencia y Libertad. No. 1 (8). Colombia: 63-68.

-Orihuela, E. (2003): El derecho a solicitar asilo: un derecho en fase terminal por las violaciones del derecho internacional. Revista Jurídica. No. 9. Madrid: 57-112.

-Ortiz-Ortiz, R. (2002): Consideraciones Jurídicas y Políticas sobre el Derecho de Asilo en Venezuela. Revista Anuario, Universidad de Carabobo. Vol. 25. Venezuela: 1-32.

-Rebaza, K. y Guerra, D. (2016): Viaje sin retorno: avances y desafíos en la protección de extranjeros bajo la condición de refugiados y solicitantes de refugio en el Perú. Revista Persona y Familia. No. 5. Perú: 81-97.

-Ubidia, D. (2015): La inconstitucionalidad parcial del Decreto 1182 sobre el derecho a solicitar refugio en el Ecuador: Análisis y efectos. USFQ Law Review. Año 2 (2) No. 1. Quito: 145-172.

Garantía de los derechos sociales, económicos y culturales de los migrantes en territorio colombiano

Guarantee of the social, economic and cultural rights of migrants in colombian territory

Paula Andrea Sánchez Sarmiento[1]

RESUMEN

la Corte Constitucional ha fijado una línea de garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de los extranjeros habitantes en el territorio nacional. En virtud de la creciente demanda en materia de DESC de la población migrante, la Corte ha tenido la oportunidad de definir, en particular, el contenido y alcance del derecho a la salud de extranjeros en situación regular e irregular, en relación con la afiliación al Sistema Seguridad Social en Salud, trasplante de componentes anatómicos, atención a mujeres gestantes y personas diagnosticadas con VIH/SIDA, cáncer y menores con enfermedades degenerativas, progresivas y catastróficas. Así mismo, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre aspectos puntuales del derecho al trabajo, asociación sindical y educación. Dado la importancia del fenómeno migratoria y el deber de solidaridad del Estado Colombiano, este artículo tiene por objetivo presentar las decisiones que la Corte Constitucional ha proferido en relación con la garantía de los DESC para los extranjeros, entre estos, el derecho a la salud, a la educación y al trabajo. En especial, este estudio hará énfasis en el contenido y alcance del derecho a la salud, toda vez que ha sido la prerrogativa *ius fundamental*, cuya satisfacción han reclamado en mayor medida los migrantes al Estado Colombiano.

1 Paula Andrea Sánchez Sarmiento es abogada de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales y candidata a Magister en Justicia y Tutela de los Derechos con Énfasis en Derecho del Trabajo de la misma casa de estudios. Actualmente se desempeña como abogada de la Corte Constitucional y es docente en pregrado y posgrado de Derecho Laboral y Seguridad Social en la Universidad Externado de Colombia.

PALABRAS CLAVE

jurisprudencia constitucional, DESC, salud, educación, trabajo, asociación sindical, migrantes en situación regular e irregular, atención en urgencias, prestación del servicio de salud.

ABSTRACT

The Constitutional Court has established a line of guarantee of the Economic, Social and Cultural Rights of foreigners living in the national territory. Due to the growing demand for ESCR of the migrant population, the Court has had the opportunity to define, in particular, the content and scope of the right to health of foreigners in regular and irregular migratory situation, related to the affiliation to the Health Social Security System, transplantation of anatomical components, care for pregnant women and people diagnosed with HIV/AIDS, cancer and children with degenerative, progressive and catastrophic diseases. Likewise, jurisprudence has ruled on specific aspects of the right to work, freedom of association and education. Owing to the importance of the migration phenomenon and the solidarity duty of the Colombian State, this article aims to present the decisions that the Constitutional Court has issued in relation to the guarantee of ESCR for foreigners, including the right to health, education and work. In particular, this study will emphasize the content and scope of the right to health, since it has been the fundamental prerogative, whose satisfaction have been most demanded by migrants to the Colombian State.

KEY WORDS

constitutional jurisprudence, ESCR, health, education, work, freedom of association, migrants in regular and irregular situation, emergency care, health service provision.

INTRODUCCIÓN

Los extranjeros han sido reconocidos como sujetos de protección, no por virtud del vínculo político que exista con el Estado Colombiano, sino por el hecho de ser personas. En atención a esta protección, tienen la posibilidad de reclamar la garantía de sus derechos subjetivos, cuyo ejercicio no depende del criterio de nacionalidad o ciudadanía. En particular, la satisfacción de los derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, DESC) de los extranjeros representa un gran reto para el Estado Colombiano, sobre todo con ocasión al fenómeno migratorio. Para dar una respuesta acorde con los principios constitucionales y compromisos internacionales adquiridos por Colombia, el legislador ha adoptado, en forma progresiva, medidas para permitir a los extranjeros ejercer sus derechos en iguales condiciones que los nacionales colombianos. Sin embargo, estos mecanismos no han sido suficientes para asegurar los estándares mínimos de los DESC, dado que su demanda de satisfacción proviene tanto de extranjeros en condiciones regulares, como de aquellos que se encuentran en situación irregular en el territorio, últimos que se encuentran en situación de vulnerabilidad extrema.

Respecto a la garantía de los DESC de los extranjeros que habitan en el territorio nacional, la jurisprudencia constitucional ha tenido un rol decisivo, por cuanto ha definido su alcance y contenido por dos vías. Por una parte, mediante la acción de constitucionalidad, se ha pronunciado sobre el derecho al trabajo y de asociación sindical. De otra parte, por medio de la resolución de asuntos relativos a acciones de tutela, se ha manifestado sobre el derecho a la educación, el derecho a la salud en sus componentes de afiliación, concepto de urgencias y prestación del servicio en eventos de trasplantes y atención de mujeres gestantes, menores de edad y personas con VIH y cáncer.

Este artículo tiene como objetivo presentar, en primer lugar, la posibilidad de ejercicio de la acción de tutela por parte de extranjeros que solicitan la protección de sus derechos fundamentales, por virtud de la cual la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance y contenido de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como el trabajo, la educación y la salud. Luego, se expondrán los derechos y deberes de los extranjeros como fundamento de la obligación estatal de atender las contingencias que afectan el goce de las condiciones de vida de esta población. Posteriormente, se reseñaran los casos en que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los DESC de los extranjeros en condición de regularidad e irregularidad migratoria en aspectos relativos, principalmente, al derecho a la salud. Así mismo, se expondrán las reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional

sobre los derechos a la educación, trabajo y asociación sindical. Finalmente, se presentaran las conclusiones sobre el asunto.

A efectos de este artículo se emplearan los términos de extranjero y migrante de manera indistinta.

I. DERECHOS Y DEBERES DE LOS EXTRANJEROS

La Corte Constitucional ha reconocido que un extranjero se encuentra legitimado por activa para interponer la acción de tutela, toda vez que el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 establece que "toda persona" tiene la posibilidad de solicitar la protección inmediata de sus derechos fundamentales amenazados o vulnerados. En el mismo sentido, el artículo 100 superior reconoce a los extranjeros "los mismos derechos civiles" que tienen los nacionales y el artículo 13 de la Constitución dispone que todas las personas recibirán la misma protección y trato por parte de las autoridades, independientemente de su "origen nacional". Esto significa que las personas naturales nacionales y extranjeras se encuentran habilitadas para pedir la protección de sus garantías fundamentales, sin consideración a su origen nacional o étnico. Teniendo en cuenta la facultad que se concede a los extranjeros, la acción de tutela se ha convertido en el instrumento que le permite a esta población reclamar la protección urgente de sus derechos fundamentales, máxime teniendo en cuenta que los mecanismos ordinarios no son idóneos y eficaces en todos los casos para otorgar la garantía requerida, sobre todo en los eventos en que se esté en presencia de un migrante en condición irregular.

La Corte Constitucional ha señalado que los extranjeros deben ser tratados en condiciones de igualdad respecto de los nacionales colombianos. No obstante, los extranjeros también deben cumplir con la Constitución Política y las leyes, en la misma forma en que se exige a los nacionales colombianos y "tienen derecho a recibir un mínimo de atención por parte del Estado en casos de urgencia con el fin de atender sus necesidades básicas, especialmente las relacionadas con asuntos de salud", pero no bajo un criterio absoluto (Corte Constitucional, Sentencia T-314 de 2016). Si bien es cierto el Estado Colombiano tiene la obligación de tratar a todas las personas en igualdad de condiciones, ello no impide que el legislador establezca tratamientos diferenciales entre nacionales y extranjeros, siempre que estos encuentren una justificación objetiva y razonable. Para fundamentar un alcance diferenciado del derecho a la igualdad frente a nacionales y extranjeros, se requiere analizar "i) si el objeto regulado permite realizar tales distinciones; ii) la clase de derecho que se encuentre comprometido; iii) el carácter objetivo y razonable de la medida; iv) la no afectación de derechos fundamentales; v) la no violación de normas internacionales y vi) las particularidades del caso concreto" (Corte Constitucional, Sentencias C-179 de 1994, C-768 de 1998, C-1024 de 2002 y T-1088 de 2012).

El Estado Colombiano tiene un deber de solidaridad frente a los extranjeros no residentes en el territorio nacional. Sin embargo, este deber solo es exigible ante situaciones imprevistas e irresistibles. Comoquiera que el país de origen es el que debe atender las contingencias de salud de sus nacionales (Corte Constitucional, Sentencia T-1088 de 2012), el Estado receptor únicamente debe orientar sus esfuerzos a proteger los derechos fundamentales de los migrantes en el evento en que estos no cuenten

con las condiciones personales ni asistencia de su país de origen que les permitan satisfacerlos. Esta obligación, además, se deriva del mandato constitucional conforme al cual los extranjeros deben ser tratados en condiciones de igualdad con respecto a los nacionales colombianos (Constitución Política, artículo 100).

En relación con la garantía de los DESC, el deber de solidaridad del Estado es de carácter cualificado. Por tal razón, para determinar el alcance del derecho en cada caso particular, es necesario advertir el derecho en cuestión, si la persona que lo reclama se encuentra en situación migratoria regular o irregular y las particulares circunstancias del solicitante.

A continuación, se expondrán las sentencias que la Corte Constitucional ha proferido en elación con la garantía de los DESC a favor de los extranjeros que habitan en territorio nacional.

II. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE EXTRANJEROS EN EL TERRITORIO COLOMBIANO

1. Derecho a la salud

La afiliación de los migrantes al Sistema General de Seguridad Social

La Corte Constitucional ha fijado, por medio de su jurisprudencia, las condiciones para el acceso a los servicios de salud por parte de los migrantes. Estas reglas se tienen como sustento las decisiones adoptadas por el legislador, y se resumen de la siguiente manera:

Para acceder al sistema, es necesario que el migrante cuente con los documentos que le permitan una afiliación, ya sea en el régimen contributivo o subsidiado, en atención a las condiciones económicas de la persona. Al respecto, el artículo 2.1.3.5. del mencionado decreto establece los documentos permitidos para la afiliación, a saber: (i) "Registro Civil Nacimiento o en su defecto, el certificado de nacido vivo para menores de 3 meses", (ii) "Registro Civil Nacimiento para los mayores de 3 meses y menores de siete (7) años edad", (iii) "Tarjeta de identidad para los mayores (7) años y menores de dieciocho (18) años de edad", (iv) "Cédula de ciudadanía para los mayores de edad", (v) "Cédula de extranjería, pasaporte, carné diplomático o salvoconducto de permanencia, según corresponda, para los extranjeros" y (vi) "Pasaporte de la Organización de las Naciones Unidas para quienes tengan la calidad refugiados o asilados".

Teniendo en cuenta, la afiliación al Sistema de Salud es obligatoria para todos los residentes en el país, el artículo 1º de la Ley 1438 de 2001 y el Decreto 780 de 2016, dispone que los extranjeros que *"(…) no sean residentes y no estén asegurados, se los incentivará a adquirir un seguro médico o Plan Voluntario de Salud para su atención en el país de ser necesario"* (parágrafo 1º del artículo 32), pues se requiere que "al momento de ingresar" cuenten "con una póliza de salud que permita la cobertura ante cualquier contingencia". No obstante, debido a la crisis migratoria, la mayoría de extranjeros que ingresan en el territorio nacional no tienen cobertura de su país de origen y, menos aún, recursos para sufragar un seguro médico o plan voluntario que cubra dichas contingencias.

En razón a esta situación, y aunado a que no todos los extranjeros habitantes del territorio cuenta con los documentos migratorios requeridos, el Gobierno Colombiano ha adoptado medidas para permitir la prestación del servicio de salud a aquellas personas que no cuentan con los documentos para acreditar su permanencia regular en el territorio.

En primera medida, la Resolución 5797 de 2017, expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, creó el Permiso Especial de Permanencia. Por medio de este documento, los venezolanos podían permanecer en el país hasta por dos años, periodo durante el cual tendrían la posibilidad de adelantar los trámites tendientes a la obtención de una visa. Como requisitos para la expedición de dicho permiso se dispuso: (i) estar en territorio colombiano al momento en que se publicó la resolución, con el pasaporte respectivo (ii) haber ingresado a Colombia por uno de los puestos de control migratorio habilitados, (iii) no tener antecedentes judiciales a nivel nacional e internacional y; (iv) no contar con una medida vigente de deportación o expulsión del territorio. La obtención del referido permiso se extendió por medio de la Resolución No. 740 de 2018 y, por virtud de la Resolución 3015 de 2017, el PEP fue reconocido como uno de los documentos válidos para la afiliación al sistema de seguridad social. No obstante, este documento de manera alguna puede entenderse como una visa, pues es requisito para su obtención no tener ánimo de permanencia en el territorio colombiano.

En segunda medida, el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió la Resolución 6047 de 2017. Por medio de esta, modificó la clasificación de las visas y creó la "visa de migrante". Dentro de las características de este documento se destaca la finalidad de permitir que extranjeros con ánimo de establecerse en el territorio nacional, pero que no cumplen con los requisitos para la obtención de otra visa, pudiesen regularizar su situación migratoria.

Luego, por virtud del artículo 140 de la Ley 1873 de 2017, se impuso al Gobierno el deber de diseñar una política integral humanitaria de atención a la emergencia social de migración venezolana. En consecuencia, se expidió el Decreto 542 de 2018, por el cual se creó el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos en Colombia (RAMV). Pese a que este es un mecanismo para materializar la política señalada por la Ley 1873 de 2017, el RAMV no otorga ningún tipo de estatus migratorio y tampoco constituye una autorización de permanencia o regularización, no remplaza documentos de viaje, tampoco otorga derechos civiles o políticos al migrante ni es válido a efectos del acceso a programas sociales.

A su vez, con la Circular 25 de 31 de julio de 2017, el Ministerio de Salud estableció medidas para el fortalecimiento de Acciones en Salud Pública a cargo de las entidades estatales, con el fin de dar respuesta a la situación migratoria de población venezolana.

Finalmente, el Ministerio de Relaciones Exteriores profirió el Decreto 1218 de 2018, mediante el cual dispuso la modificación de los requisitos y plazos del PEP para la garantía al ingreso de las personas inscritas en el RAMV a la oferta institucional. En dicha norma se estableció que, en la reglamentación que es de obligatoria expedición por parte del Ministerio, se deberá permitir que el PEP como un documento de identificación válido para los venezolanos en Colombia a efectos de permanecer temporalmente en condiciones de regularidad migratoria. Lo anterior, posibilitó el

acceso a "la oferta institucional en materia de salud, educación, trabajo y atención de niños, niñas y adolescentes en los niveles nacional, departamental y municipal" (artículo 1º del Decreto 1218 de 2018).

De la normativa expuesta no asoma duda que los migrantes venezolanos deben regularizar su situación migratoria para afiliarse al Sistema de Salud en calidad de vinculados al régimen subsidiado, por lo menos, mediante la obtención del PEP. Para acceder a dicho régimen, es necesario que la persona demuestre su condición de población vulnerable y pobre, previa solicitud de aplicación de la encuesta del Sisben y la respectiva clasificación en los niveles 1 y 2.

Respecto al tema analizado, la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

Afiliación al Sistema de Salud con salvo conducto de permanencia

La exigencia a los extranjeros de regularizar su situación, no condiciona necesariamente el acceso a los servicios públicos en todos los casos. Existen situaciones en las que esta carga puede ser desproporcionada, entre estas, la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud. El ordenamiento jurídico colombiano permite que una persona se afilie a este sistema cuando posea un salvo conducto de permanencia (artículo 2.1.3.5. del Decreto 780 de 2016), documento que se extiende a los visitantes extranjeros que no requiera visa e ingresen en el territorio nacional sin ánimo de permanencia (artículo 2.2.1.11.2.5 del Decreto 1067 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 1325 de 2016). (Sentencia T-250 de 2017).

Negativa de tratamiento integral por no acreditar documentación requerida para afiliación al sistema

En la sentencia T-314 de 2016, la Corte estudió el caso en que el Fondo Financiero Distrital de Bogotá negó terapias integrales y medicamentos para atender la diabetes a un ciudadano argentino que ingresó al país en calidad de turista, con una autorización vencida de permanencia de 90 días, por no encontrarse afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Al respecto, señaló:

La estructura del derecho a la salud es de carácter complejo, pues supone obligaciones que, a su vez, exigen al Estado y a la sociedad el ejercicio de facultades positivas y negativas para su cumplimiento (Corte Constitucional, Sentencia T-599 de 2015). El Estado requiere de recursos materiales e institucionales que sean suficientes para garantizar el derecho a la salud y lograr una cobertura universal. De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución, la garantía de este derecho conlleva la prestación de los servicios de promoción, protección y recuperación, en condiciones de calidad, oportunidad y cantidad. Para hacer efectivo este mandato constitucional, los habitantes del territorio deben afiliarse al sistema de salud, ya sea (i) al régimen contributivo o (ii) al subsidiado. En el evento en que una persona no cuente con capacidad económica para afiliarse al régimen contributivo, las entidades territoriales deberán garantizar la prestación de los servicios básicos de salud a la población no afiliada e iniciar los trámites necesarios para su vinculación al Sistema de Salud en el régimen subsidiado.

Según el Decreto 780 de 2016, la afiliación de los extranjeros al Sistema General de Salud es de carácter obligatoria para todos los residentes en el país. Para hacer efectiva la afiliación, los extranjeros deben presentar alguno de los documentos de identificación previstos por el artículo 2.1.3.5. del referido decreto, entre los cuales se permite "cédula de extranjería, pasaporte, carné diplomático o salvoconducto de permanencia". Lo anterior implica que todos los habitantes del territorio deben contar con un documento de identificación válido. Así pues, "si un extranjero se encuentra con permanencia irregular en el territorio colombiano, no puede presentar el pasaporte como documento de identificación válido para afiliarse al sistema, en la medida en que la ley consagra la obligación de regularizar su situación a través del salvoconducto de permanencia, el cual se admite como documento válido para su afiliación" (Corte Constitucional, Sentencia T-314 de 2016).

Por su parte, "las entidades distritales demandadas cumplieron con las obligaciones establecidas en la Ley de 1438 de 2011 de garantizar los servicios básicos de salud a la población más necesitada, lo que no incluye la entrega de medicamentos ni la autorización de tratamientos posteriores a la atención en urgencias" (Corte Constitucional, Sentencia T-314 de 2016).

En el caso analizado en esa oportunidad, la Corporación concluyó que las accionadas no vulneraron los derechos del actor, porque, como este no tenía un documento válido para la afiliación, las entidades no podían cumplir con su obligación de iniciar los trámites de afiliación al sistema de salud. Lo anterior, máxime teniendo en cuenta que en dicho asunto se constató que el actor tuvo una actitud negligente frente a la regularización de su situación migratoria.

Posibilidad de presentar pasaporte mientras se tramita obtención de registro civil de nacimiento por doble nacionalidad

En sentencia T-421 de 2017, la Corte conoció sobre una solicitud de acceso al sistema de salud de un extranjero venezolano, con padre colombiano, al que se le negó el acceso al Sistema de Seguridad Social por no contar con los documentos apostillados requeridos para la expedición del registro civil. Al resolver el asunto, indicó lo siguiente:

Los extranjeros pueden afiliarse al Sistema de Seguridad Social en Salud "presentando la cédula de extranjería, el pasaporte, carné diplomático o salvoconducto de permanencia, según corresponda" (numeral 5 del artículo 2.1.3.5 del Decreto 780 de 2016). Además, en caso de que un extranjero solicite la nacionalidad por nacimiento (por tener padre o madre colombianos), puede presentar su pasaporte mientras obtiene la nacionalidad para ser vinculado al régimen subsidiado. Lo anterior, toda vez que el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 dispone que "(s)i la persona manifiesta no tener capacidad de pago, esta será atendida obligatoriamente", y de ser el caso "(l)a afiliación inicial se hará a la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado".

La atención médica de urgencias a migrantes en condición migratoria irregular.

Conceptos de urgencia, atención inicial de urgencia y atención de urgencias.

En la sentencia T-074 de 2019, la Corte estudió un caso en el que a una migrante venezolana en condición de embarazo no se le prestaron servicios de salud, debido a

que no contaba con los documentos requeridos para efectuar la afiliación al sistema. Al abordar el estudio del asunto en cuestión, se ocupó del derecho a la salud de los migrantes, en particular, de la regulación y reglamentación de la atención medica de urgencias. En esa oportunidad, la Corporación señaló lo siguiente:

Respecto al derecho a la salud de los migrantes en Colombia, los países están obligados a evitar políticas que deriven en actos discriminatorios en relación con la salud y necesidades de la mujer (observación general No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Por tal razón, los Estados tienen el deber de garantizar los servicios de salud en sus facetas preventiva, curativa y paliativa, incluso, respecto de los migrantes ilegales (Corte Constitucional, Sentencia T-210 de 2018). En tales términos, el Estado debe tener en cuenta sus recursos así como las condiciones biológicas y socioeconómicas de la persona, para orientar sus políticas de atención a la población más vulnerable.

En virtud de la declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las personas que se encuentran bajo el control efectivo del Estado tienen derecho a que este proteja el núcleo esencial de sus DESC. Pues bien, frente a la garantía del derecho a la salud, el Decreto 412 de 1990 dispuso la obligatoriedad de la atención en urgencias (artículo 2). Dicha prestación fue incorporada por el artículo 168 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 67 de la Ley 715 de 2001, según los cuales toda entidad pública y privada que preste servicios de salud debe brindar la "atención inicial de urgencias" a cualquier persona, sin consideración a su capacidad de pago. La Ley 1751 de 2015, en sus artículos 10 y 14, estipuló que los servicios de urgencias deben ser prestados a cualquier individuo que se encuentre en el territorio nacional, en la medida en que su condición lo amerite. La prestación de estos servicios se hará "de manera oportuna y sin la exigencia de pago o autorización administrativa alguna y las entidades correspondientes no podrán negarse a brindar lo requerido".

Con el fin de determinar el alcance de la garantía del derecho a la salud, la Corte se ha encargado de precisar los conceptos de urgencia, atención inicial de urgencia y atención de urgencias, de la siguiente manera:

De acuerdo con el Decreto 760 de 2016, la *urgencia* se concibe como "*la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte".* Por su parte, la *atención inicial de urgencia* se refiere a todas aquellas acciones realizadas a una persona que tiene una patología de urgencia y que tiendan a estabilizar sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definir el destino inmediato, con base en el nivel de atención y grado de complejidad de la entidad que efectúa la atención inicial de urgencias, con sujeción a "*los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud".* Por último, la *atención de urgencias* se define como "*el conjunto de acciones realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por las urgencias".*

El artículo 2.9.2.6.2. del Decreto 866 de 2017 estableció que "las atenciones iniciales de urgencias comprenden a su vez la atención de urgencias", el numeral 5º del artículo

8º de la Resolución 5269de 2017, en concordancia con lo dispuesto por la Resolución 6480 de 2016, estipuló que la atención de urgencias, además de orientarse a estabilizar los signos vitales, debe dirigirse a "preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras", por medio del empleo de las tecnologías en salud requeridas para atender las alteraciones de la integridad física, funcional o mental, "por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad".

Además, los servicios requeridos para la atención inicial de urgencias por nacionales colombianos en el territorio extranjero de zonas fronterizas con Colombia y en territorio colombiano por nacionales de países fronterizos serán cubiertos por la subcuenta de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía del Fosyga (hoy ADRESS) (artículo 57 de la Ley 1815 de 2016). Para la cobertura de dichos servicios en los términos del Decreto 866 de 2017, las entidades territoriales deberán verificar que los recursos sean destinados a (i) la atención inicial de urgencias, (ii) que la persona que reciba la atención en salud, en los términos dispuestos por el artículo 32 de la Ley 1438 de 20011, no sea beneficiario de un subsidio en salud ni cuente con un seguro que cubra el costo del servicio, (iii) que la persona no tenga capacidad de pago, (iv) que la persona que reciba la atención sea nacional de un país fronterizo y (v) que la tención haya sido prestada por la red pública hospitalaria del departamento o distrito. Finalmente, la destinación de los recursos privilegiará a los departamentos ubicados en zona de frontera.

En lo concerniente a la prestación del servicio de salud, es necesario tener en cuenta que: (i) es fundamental y, a pesar del mandato de universalidad, no se excluye la posibilidad del Estado para imponer límites al acceso y disfrute de la garantía *ius fundamental*, (ii) los extranjeros tienen los mismos derechos civiles que los nacionales y, por ende, deben acatar la Constitución y las leyes, así como respetar y obedecer a las autoridades, (iii) en virtud de la garantía a la dignidad humana, los extranjeros en situación regular o irregular "tienen derecho a la atención básica de urgencias en el territorio, sin que sea legítimo imponer barreras a su acceso"; con todo, aquellos que soliciten atención integral, esto es, la que supera la barrera de atención inicial de urgencias, deben acatar las normas de afiliación al Sistema de Salud y, por tanto, propender por regularizar su situación migratoria. Además, (iv) pese al contenido legislativo de atención de urgencias, este puede, en casos extraordinarios, incluir la concesión de procedimientos e intervenciones médicas "siempre y cuando se acredite su urgencia para preservar la vida y la salud del paciente".

Prestación de servicios de salud a extranjeros: aspectos que son cubiertos por el sistema

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la solicitud de prestación de servicios de salud de extranjeros en condición migratoria regular y regular. Dentro de las facetas de este derecho, ha precisado el alcance y contenido de: (i) la solicitud de trasplante de componentes anatómicos a extranjeros no residentes en el territorio, así como la atención en salud de migrantes irregulares (ii) en condición de embarazo, en lo

concerniente a los controles prenatales y el parto, (ii) diagnosticados con VIH/SIDA, (iii) con cáncer y (iv) menores de edad.

Trasplante de componentes anatómicos a extranjeros no residentes

Primero, en la sentencia T-269 de 2008, esta Corporación estudió un caso en el que un extranjero no residente en el territorio nacional solicitó un trasplante hepático. En concreto, una ciudadana ecuatoriana que padecía de cirrosis se inscribió en el programa de trasplantes del Hospital Pablo Tobón Uribe. Sin embargo, el Hospital condicionó la prestación del servicio requerido a lo dispuesto por el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004. A juicio de la actora, la conducta de la accionada implicaba una "marcada discriminación" por su condición de extranjera no residente y no tenía en consideración su cuadro clínico. Al resolver el asunto, la Corte señaló que en el derecho colombiano existe un sistema de turno, fundado en el criterio de racionalización del servicio y el tiempo de inscripción del solicitante en la lista de espera del trasplante. Con todo, en el evento en que exista la necesidad de otorgar un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros, por estar en presencia de una justificación objetiva y razonable como la inminente muerte del paciente, el derecho preferencial del colombiano debe ceder ante el extranjero.

Segundo, en la sentencia T-1088 de 2012, la Corte definió el marco legal y jurisprudencial aplicable al trasplante de componentes anatómicos a extranjeros no residentes. Al estudiar un asunto en el que un ciudadano brasileño no residente en Colombia solicitó un trasplante de hígado requerido con ocasión de una cirrosis hepática alcohólica, señaló que existen dos condiciones para el trasplante de órganos o tejidos a extranjeros no residentes en el país. Por una parte, el procedimiento solo podrá efectuarse "siempre y cuando no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista regional y nacional de espera, teniendo en cuenta los criterios únicos técnico-científicos de asignación y selección y previa suscripción de contrato de la institución con el receptor o la entidad que asumirá el costo de la atención" (Artículo 40 del Decreto 2493 de 2004) ¸ dado que el Estado Colombiano debe garantizar el derecho a la seguridad social de los habitantes del territorio (artículo 48 C.P.). De otra parte, es necesario que la Institución Prestadora de Servicios de Salud encargada del procedimiento solicite la certificación de la no existencia de receptores en lista de espera nacional a la Coordinación Regional de la Red de Donación y Trasplantes o, que existiendo receptores, no se cuenta con las condiciones logísticas para trasladar de una región a otra el componente anatómico o el paciente.

Además, como quiera que los extranjeros tienen la responsabilidad de atender de manera estricta el cumplimiento de los deberes y obligaciones que establezca la ley, de conformidad con lo previsto por el artículo 4º de la Constitución (Sentencia T-1088 de 2012), el extranjero no residente que requiera de un trasplante debe efectuar la solicitud en los términos previstos por el Decreto 2493 de 2004. En esa medida, debe radicar la solicitud junto con la documentación correspondiente ante la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplantes. Una vez presentada la solicitud, el Instituto Nacional de Salud verificará la documentación allegada. Posteriormente, el solicitante podrá suscribir un contrato de prestación de servicios médicos con cualquier IPS habilitada con el programa de trasplante y lo incluirá en la lista de espera. El trasplante tendrá

lugar únicamente cuando se haya realizado el procedimiento administrativo descrito y siempre y cuando el solicitante se encuentre en turno. En todo caso, el extranjero deberá respetar la prelación de pacientes ingresados con anterioridad en la lista nacional de espera, sin perjuicio de las solicitudes elevadas por menores de edad, esto es, de la prevalencia del interés superior el menor.

En los términos anteriores, la Corte concluyó que incluir a extranjeros no residentes en el país en las listas de espera de componentes anatómicos, puede vulnerar los derechos fundamentales de los nacionales y extranjeros residentes, en la medida en que "el proceso de asignación de dichos componentes a los pacientes se realiza de conformidad con unos criterios técnicos-científicos, dentro de los cuales se encuentra el turno en la lista de espera". Con todo, reconoció que existen eventos en los que este criterio de asignación del órgano se ve desplazado en consideración a otros de mayor relevancia, como lo es el estado de salud del solicitante.

Tercero, en la sentencia T-728 de 2016, el Tribunal se ocupó de analizar un caso en el que la Fundación Cardioinfantil negó la inscripción en la lista de espera a un ciudadano hondureño diagnosticado con cirrosis, con visa temporal para cónyuges o compañeros permanentes, quien solicitó el comienzo de estudios para el trasplante de hígado y su inclusión en la correspondiente lista de espera. La negativa de la institución se sustentó en el hecho de que el solicitante ostentaba la calidad de extranjero no residente en Colombia. En esa oportunidad, la Corte sostuvo que, de conformidad con los mandatos constitucionales, le corresponde al Estado conceder un trato en condiciones de igualdad a los extranjeros frente a los colombianos. Este mandato no es absoluto, pues el Estado podrá limitar o subordinar el ejercicio de algunas prerrogativas, siempre que ello no conlleve el desconocimiento de los derechos humanos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencias T-321 de 2005, C-834 de 2007, T-338 de 2015 y T-314 de 2016).

Al estudiar el derecho fundamental a la salud de los extranjeros en Colombia, recordó que la Ley 1438 de 2001 tiene por objeto la prestación del servicio con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, lo que deriva en la garantía del acceso a la salud de aquellas personas que no tengan la posibilidad de cotizar al sistema y que no cuenten con capacidad de pago, para lo cual las entidades territoriales asumirán la obligación de prestar el servicio. De acuerdo con lo anterior, los extranjeros que se encuentren en Colombia "tienen derecho a recibir un mínimo de atención en casos de necesidad y urgencia con el fin de garantizar la protección de sus derechos fundamentales" (Sentencia T-728 de 2016).

En la referida providencia se puso de presente que, por virtud de lo dicho en la sentencia T-1088 de 2012, el Instituto Nacional de Salud emitió una nueva circular en la que se consignaron lineamientos específicos acerca del procedimiento a seguir por los extranjeros no residentes en el territorio colombiano para acceder a un trasplante, de conformidad con el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004. En el mismo sentido, advirtió que mediante la Ley 1805 de 2016, se dispuso la posición de "prestación de servicios de trasplante de órganos y tejidos a extranjeros no residentes en el territorio nacional, salvo que el receptor sea cónyuge o compañero permanente, pariente en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del donante" (artículo 10).

En el asunto estudiado, la Corte determinó que no se vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, salud y vida digna del ciudadano hondureño, por cuanto, por una parte, no se desconoce el derecho a la igualdad de los extranjeros en Colombia al negarles un trasplante, debido a que el tratamiento diferenciado se encuentra justificado y constituye una restricción valida y acorde a las características del servicios solicitado y el bien objeto del mismo. Por otra parte, aclaró que el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 no restringe la prestación del servicio de trasplante anatómico a los extranjeros no residentes en Colombia, sino que establece un orden de preferencia "que se traduce en que ante la existencia de un órgano o tejido que no pueda ser asignado a un nacional o extranjero residente inscrito en alguna de las listas (regional o nacional), de conformidad con los estrictos criterios técnico-científicos que rigen su asignación, podrá beneficiar al extranjero no residente que así lo requiera y que cumpla con el procedimiento establecido en las circulares dictadas por el Instituto Nacional de Salud respecto de los lineamientos que deberán seguirse en estos casos" (Corte Constitucional, Sentencia T-728 de 2016).

Derecho a la salud de mujeres migrantes en estado de embarazo

Controles prenatales y atención al parto de manera gratuita a extranjeras con permanencia irregular en Colombia.

En la sentencia SU-677 de 2017, la Corte Constitucional fijó las reglas sobre la atención en salud a mujeres gestantes en condición migratoria irregular. Al estudiar un asunto en el que una ciudadana venezolana en estado de gestación solicitó al Hospital Estigia la realización de controles prenatales y asistencia gratuita en el parto, los cuales fueron negados con fundamento en su situación migratoria irregular, determinó (i) las reglas básicas de atención en salud para migrantes, (ii) el alcance de la atención en salud a mujeres gestantes en condición migratoria irregular y (iii) la protección del derecho a la vida e integridad física de los menores recién nacidos con padres en condición migratoria irregular.

Reglas básicas de atención en salud para migrantes

La protección del derecho a la salud tiene fundamento, a su vez, en la garantía el carácter prevalente de la vida. Por ello todas las autoridades públicas y privadas tienen el deber de protegerla (Corte Constitucional, Sentencia T-535 de 1992). La protección constitucional de este derecho supone la garantía de una existencia digna y de condiciones de vida plena, dentro de las que se encuentran la integridad física, psíquica, espiritual y la salud (Corte Constitucional, Sentencia T-444 de 1999). Por lo tanto, el Estado debe adoptar todas las medidas correspondientes para la satisfacción de la salud e integridad física de las personas, en tanto comprometen el goce de la vida (Corte Constitucional, Sentencias T-645 de 1998 y T-062 de 2006).

El Estado Colombiano, en virtud del principio de solidaridad, se encuentra en la obligación de ejecutar acciones que le permitan enfrentar la crisis humanitaria que afecta a los ciudadanos venezolanos. Por ello, en materia del derecho a la salud debe: (i) financiar las atenciones iniciales de urgencias que se presten a nacionales en países fronterizos (artículo 57 de la Ley 1815 de 2016), (ii) prestar la atención inicial de urgencias sin que sea exigible pago previo alguno (artículo 10 de la Ley 1751 de 2015). Para tal efecto, (iii)

es necesario que el Estado gire los recursos para las atenciones iniciales de urgencia prestadas en territorio colombiano a los nacionales de países fronterizos (Decreto 760 de 2016) y poner a disposición de las entidades territoriales los recursos excedentes de la Subcuenta del Fosyga o quien haga sus veces, para sufragar los valores derivados de las atenciones iniciales de urgencia prestadas a los nacionales de los países fronterizos (artículo 2.9.2.6.1. del Decreto 760 de 2016). Estos recursos serán distribuidos "entre los departamentos y distritos que atiendan a la población fronteriza, con fundamento en el número de personas que han sido atendidas históricamente", con un enfoque diferencial hacia los departamentos ubicados en zona fronteriza.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto por la Circular 25 de 2017, "Gobernadores, Alcaldes, Directores Departamentales, Distritales y Municipales de Salud, Gerentes de Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, y Gerentes o Directores de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud" deberán garantizar la atención de urgencias a la población migrante, de conformidad con los criterios técnicos y ámbito de aplicación establecido por la Resolución 5596 de 2015, el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015, el Decreto 866 de 2017 e instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social en la Resolución 12 de 2017.

De acuerdo al referido marco normativo, la Corte delimitó las reglas de prestación del servicio de salud a extranjeros con permanencia irregular, a saber: (i) el Estado debe garantizar algunos derechos fundamentales de esta población, pero en condiciones limitadas. Ello implica que si bien deben ser tratados en condiciones de igualdad respecto de los nacionales colombianos, pueden darse tratamientos diferenciados dentro de ciertos límites de razonabilidad, (ii) los extranjeros tienen la obligación de cumplir la Constitución y la Ley y (iii) "tienen derecho a recibir atención básica y de urgencias con cargo al régimen subsidiado cuando carezcan de recursos económicos, en virtud de la protección de sus derechos a la vida digna y a la integridad física".

Además, señaló que la Registraduría del Estado Civil tiene la obligación de registrar todos los nacimientos ocurridos en el territorio nacional, pues todos los ciudadanos, con independencia de su nacionalidad, deben contar con un documento de identificación válido para afiliarse al sistema de salud y obtener la prestación de todos los servicios garantizados por el sistema.

Atención en salud a mujeres gestantes en condición migratoria irregular

El Estado tiene las siguientes obligaciones frente a las mujeres gestantes que se encuentren en situación migratoria irregular en el territorio: (i) prestar los servicios de atención básica y de urgencias, por cuanto el deber de solidaridad en este supuesto es cualificado, (ii) pese a que el embarazo medicamente no es catalogado como una urgencia, existen eventos en los cuales la mujer gestante requiere una atención urgente, como lo es el caso en que la salud se encuentre en alto riesgo "por las consecuencias físicas y psicológicas que se derivan del hecho de estar embarazadas y por encontrarse en medio de un proceso de migración masiva irregular" y, por último, que (iii) "la negativa de la prestación de estos servicios como una urgencia" puede conllevar la muerte de la madre, el feto y el recién nacido, lo que es evitable con la atención básica de los servicios de salud materna.

Derecho a la vida e integridad física de los menores recién nacidos con padres en condición migratoria irregular.

El Estado debe garantizar los derechos a la vida digna e integridad física de un menor recién nacido cuyos padres no se encuentren en condición migratoria regular, así: (i) los prestadores públicos o privados de servicios de salud tienen la obligación de afiliar de manera oficiosa a los menores recién nacidos al Sistema de Seguridad Social en Salud, (ii) por encontrarse en alta situación de vulnerabilidad, el menor requiere una mayor atención en temas de salud y alimentación por parte de la familias, el Estado y la sociedad, conforme a lo preceptuado por el artículo 50 de la Constitución. En consecuencia, (iii) es obligación del Estado "garantizar el acceso de los recién nacidos a los servicios de salud en el más alto nivel posible".

Derecho a la salud de pacientes con VIH/SIDA: entrega de medicamentos para atender la afección en salud

Mediante la sentencia T-348 de 2018, la Corporación estableció las reglas sobre el derecho a la salud y afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud de extranjeros no regularizados con VIH/SIDA. En la citada providencia, la Corte resolvió un caso sobre un ciudadano venezolano de 24 años diagnosticado con VIH estadio A1, en condición irregular en el territorio nacional, que, con ocasión de su situación migratoria irregular, le fue negado el suministro de medicamentos *"emtricitabina o tenofovir"* y "*efavirenx"*, ordenados por el médico tratante. Al respecto, señaló:

Las normas del Sistema de Salud no establecen la obligación ni imponen a las EPS y/o IPS proceder al suministro de los medicamentos requeridos. En tales términos, la entrega de retrovirales no se enmarcaba dentro del concepto de urgencia y, por tanto, no es viable concluir un incumplimiento de la atención básica necesaria que debe prestarse a toda persona. Esto, por cuanto la entrega de medicamentos "no es una prestación en salud que se encuentre incluida dentro de la atención básica de urgencias".

Respecto a los pacientes con VIH/SIDA, por regla general, "la atención básica de urgencias a la que tienen derecho todas las personas no incluye la entrega de medicamentos", máxime si se tiene en cuenta que se está en presencia de un paciente asintomático y que "el médico tratante no conceptuó sobre la urgencia en el suministro de los mismos" y, por ende, "no es posible determinar que se esté ante un evento apremiante que, como tal, conduzca a exceptuar dicha regla general".

Derecho a la salud de migrantes en condición irregular con diagnóstico de cáncer

En la sentencia T-210 de 2018, la Corte estudió dos casos: uno, relativo a una mujer con cáncer de cuello uterino a quien le fue negada la autorización de servicios de quimioterapia, medicamentos y tratamientos requeridos para el tratamiento de la patología y, otro, referente a una solicitud de valoración por cirugía pediátrica y la cirugía de reparación de hernia y umbilical requerida por un menor de edad en condición migratoria irregular. En relación con el primer asunto, la Corte explicó lo siguiente.

El derecho fundamental tiene facetas prestacionales y no prestacionales. Dentro de las prestacionales se encuentra aquellas de cumplimiento inmediato, como la atención de urgencias de toda la población migrante que puede ser exigible en forma directa,

y las que pueden ser cumplidas en de manera progresiva, tal como la afiliación al sistema y la protección integral en salud de toda la población migrante irregular. A efectos de alcanzar un estándar mínimo de cumplimiento de tales prestaciones, el legislador, dentro de su margen de configuración normativa y en virtud del principio de progresividad, cuenta con la facultad de ampliar gradualmente la cobertura del sistema de salud en favor de los extranjeros.

Desde el año 2008, en Colombia existe una sistemática vulneración del derecho a la salud de los migrantes. Por tal razón, es necesaria la adopción de medidas orientadas a "la atención integral en salud de toda la población venezolana migrante necesita ser progresiva, ya que requiere de esfuerzos complejos por parte del Estado y de la disponibilidad de recursos suficientes que no pongan en un mayor riesgo al sistema". Por tal motivo, el Estado de garantizar, como mínimo, la atención de urgencias a los migrantes en condición irregular con la finalidad objetiva y razonable de buscar que todas las personas reciban "una atención mínima del Estado en casos de extrema necesidad y urgencia", esto es, "una atención que permita atender sus necesidades primarias y respetar su dignidad humana". Esto pues, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 4º del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "la atención de urgencias, que incluye la adopción de medidas colectivas eficaces con un fuerte enfoque de salud pública (vacunaciones, atención de enfermedades de contagio directo)", con el propósito de garantizar los objetivos de prevención tanto como protección de la salud y salubridad pública y promoción del bienestar general de toda la comunidad.

Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional puso de presente la necesidad de fijar un marco mínimo de atención de urgencias a todos los migrantes en situación regular e irregular, conforme al cual el Gobierno Nacional (i) revise la normatividad vigente sobre el alcance del derecho a la salud para migrantes irregulares en Colombia, con el objetivo de reducir las cargas desproporcionadas que se imponen a esta población y (ii) adopte medidas eficaces orientadas a "garantizar el más alto nivel posible de salud física y mental de todos los migrantes, sin importar su situación de irregularidad". En tales términos, las medidas a adoptar deben orientarse a "*avanzar lo más expedita y eficazmente posible*" hacia la realización del derecho a la salud de los migrantes con mayores estándares a "la mera urgencia médica", especialmente, en favor de aquellos migrantes en mayor situación de vulnerabilidad". En consecuencia, el Estado debe "*esforzarse al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone* para adoptar medidas dirigidas a garantizar el derecho a la salud de los migrantes irregulares".

Ahora bien, en relación con los casos concretos, dispuso lo siguiente:

Cáncer de cuello uterino

En aquellos eventos en que el avanzado estado del cáncer evidencie un riesgo a la vida e integridad de la persona y demande una atención urgente por parte de las autoridades de salud, de acuerdo a lo dictaminado por el médico tratante, se deberá garantizar la realización del tratamiento correspondiente. Lo anterior es de capital importancia, cuando de acuerdo a las particulares circunstancias del caso se advierta que "los procedimientos solicitados hacen parte de la atención de urgencias". En atención a lo expuesto, en el asunto examinado en la sentencia T-210 de 2018, la Corte ordenó la

práctica del el tratamiento requerido por la paciente y ordenado por el médico tratante, consistente en radioterapia y quimioterapia.

Respecto a la cobertura del pago de los servicios requeridos, agregó que, según lo estipulado por el Decreto 866 de 2017, le corresponde a la Nación "apoyar a las entidades territoriales cuando ello sea requerido para asumir los costos de los servicios de atención de urgencias prestados a extranjeros no residentes, incluidos los migrantes irregulares".

Derecho a la salud de menores que padecen enfermedades degenerativas, progresivas y catastróficas

Atención en salid a menor de edad diagnosticado con linfoma de Hopking

En la sentencia T-705 de 2017, la Corporación se ocupó de un asunto en el que el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander negó "una tomografía de cuello, tórax y abdomen" a un menor de 11 años de edad, en situación migratoria irregular, diagnosticado con "*linfoma de Hodgkin*" desde el año 2012. La madre del menor, también ciudadana venezolana en condición irregular en el territorio colombiano, solicitó se le autorizara "el tratamiento integral para el menor que incluyera medicamentos, procedimientos, insumos, valoraciones y controles. Además, en caso de ser remitido a otra ciudad se le cubrieran los gastos de transporte, alimentación y hospedaje con un acompañante".

En esa oportunidad, la Corte encontró que la accionada no había desconocido los derechos fundamentales del menor, por cuanto "le prestó la atención de urgencias por medio del Hospital Universitario Erasmo Meoz y la IPS Servicios Vivir S.A.S. en la ciudad de Cúcuta, así como que autorizó su traslado con un acompañante al Instituto Nacional de Cancerología en Bogotá para que este continuara con su tratamiento" y, también, "está cubriendo con los gastos de traslado, hospedaje y alimentación del menor y su madre en esta ciudad".

No obstante, la Corporación precisó que el menor de edad y su madre cuentan con salvoconducto de permanencia expedido por Migración Colombia, documento que les permite prolongar su estancia en el país. Ese salvoconducto, además, los faculta para iniciar los trámites de afiliación al sistema de seguridad social en salud. Por lo tanto, la madre del menor deberá continuar tramitando las gestiones necesarias para la afiliación al sistema. Sin embargo, a efectos de garantizar la atención medica recibida por el menor y de no interrumpir el tratamiento para controlar su enfermedad, la cobertura del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander deberá extenderse mientras que el costo de los servicios es asumido por el sistema de seguridad social, mediante la afiliación efectiva de los migrantes -previa afiliación e inclusión en el Sisben-.

Valoración por cirugía pediátrica y tratamientos y medicamentos requeridos para la atención de hernia umbilical de menor de edad en situación irregular

En la sentencia T-210 de 2018, el Tribunal Constitucional determinó que, cuando del estudio de la historia clínica del menor se evidencie que el médico tratante ordenó un procedimiento solicitado por ser de carácter urgente, se considera que "el procedimiento solicitado hace parte de la atención de urgencias a la que el menor de edad tiene derecho". En el asunto estudiado la Corte advirtió que "la cirugía de reparación de la

hernia en este caso es urgente y no puede ser retrasada razonablemente sin poner en riesgo la vida del niño". Por lo anterior, concluyó que el Instituto Departamental de Salud del Norte de Santander había vulnerado los derechos fundamentales del menor, dado que no había autorizado una cirugía, "pese a que la misma ha sido considerada como urgente y prioritaria por el médico tratante especializado.

Por último, precisó que el Instituto demandado tenía la responsabilidad de asegurar la prestación de servicios de salud catalogados como "urgencias médicas" por el médico tratante y de asumir los costos derivados de los servicios requeridos por migrantes en situación irregular que carezcan de recursos económicos para sufragar la atención requerida. Con todo, se reconoce la posibilidad al instituto encargado de la garantía del derecho a la salud de esta población de que solicite apoyo económico a la nación, en caso de que los recursos asignados no sean suficientes para cumplir tal fin.

2. Derecho al trabajo

Respecto a la garantía del derecho al trabajo, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre: (i) el acceso a un cargo público para el cual concursó un extranjero en condición migratoria regular y (ii) el límite a la contratación de trabajadores extranjeros, como a continuación se expone.

Acceso al empleo. Provisión de cargo ofertado mediante concurso de méritos

En la Sentencia T-380 de 1998, el Tribunal Constitucional se ocupó de un caso relativo a un concurso de méritos adelantado para proveer el cargo de Flauta Piccolo Clase "A" en la Orquesta Sinfónica de Colombia, en el que se nombró a un nacional colombiano, a pesar de que un extranjero de nacionalidad Búlgara obtuvo el puntaje más alto en el concurso.

En este caso, el ciudadano de nacionalidad Búlgara, con 30 años dedicados al estudio de la flauta, profesor de las Universidades Nacional y Javeriana, participó en el concurso de méritos. Mientras que él obtuvo un puntaje de 88.77 puntos, otro aspirante de nacionalidad colombiana registro 86.61 puntos. Dichos resultados fueron comunicados al actor por parte del Jefe de División de Música, quien le informó al actor que la convención colectiva de trabajo de la Orquesta estipulaba que los participantes colombianos tendrían prelación sobre los extranjeros, a pesar de que ninguno de los concursantes era trabajador de la Sinfónica. Así mismo, se le indicó que, según el Acuerdo 0011 de 1979 acerca de la administración de personal artístico de la Orquesta Sinfónica de Colombia, "en igualdad de condiciones siempre se dará prelación al aspirante de nacionalidad colombiana". Con base en ello, y a pesar de que el músico extranjero superó de manera satisfactoria el proceso de selección y obtuvo una mejor puntuación que la del aspirante colombiano, la entidad prefirió proveer la vacante con este último candidato.

En esa oportunidad la Corte advirtió que se vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso del ciudadano Búlgaro, quien debía ser nombrado por cuanto las condiciones de igualdad estipuladas en el Acuerdo 0011 cesaron cuando el jurado lo designó ganador. El tribunal sostuvo que "Colcultura varió ex post facto y unilateralmente las reglas a las que, inicialmente, ésa entidad

y los participantes se habían ajustado, sorprendiendo al músico extranjero con la aplicación de una norma a la que no se adecuaban las situaciones fácticas suya y de su competidor" y, por tanto, desconoció el derecho a la igualdad del actor, dado que, por una parte, el artículo 13 superior este establece una prohibición de discriminación en razón al "origen nacional" y, de otra, el artículo 100 de la Constitución prevé que los extranjeros gozarán en Colombia de los mismos derechos civiles y prerrogativas reconocidos a los nacionales colombianos, salvo que exista una justificación razonable para la limitación de dichas garantías.

Limite a la contratación de trabajadores extranjeros

En la sentencia C-1259 de 2001, la Corporación estudió una demanda de constitucionalidad en contra del artículo 74 de la Ley 141 de 1961, por la cual se establecía el porcentaje de trabajadores extranjeros que debía ocupar un empleador. La disposición acusada establecía que "1. Todo patrono que tenga a su servicio más de diez (10) trabajadores debe ocupar colombianos en proporción no inferior al noventa por ciento (90%) del personal de trabajadores ordinarios y no menos del ochenta por ciento (80%) del personal calificado o de especialistas o de dirección o confianza".

Al respecto, la Corte analizó la facultad que tienen los Estados de regular el ingreso y permanencia de extranjeros en su territorio y la regulación de los derechos y deberes de los extranjeros en el ordenamiento jurídico nacional. En primer lugar, indicó que, si bien los Estados cuentan con una amplia discrecionalidad para regular el ingreso y permanencia de los extranjeros, esta facultad se encuentra limitada "no sólo por las atenuaciones que el mundo de hoy ha impuesto al concepto de soberanía sino también porque en el constitucionalismo no existen poderes absolutos". En otros términos, esta prerrogativa del Estado se encuentra, en todo caso, sometida al respecto de los derechos fundamentales de los extranjeros.

De conformidad con el Decreto 2371 de 1996, se establece la posibilidad de contratar extranjeros para laborar en el país. Dentro de las hipótesis previstas por la legislación se prevé: (i) la necesidad de acceder a mano de obra altamente calificada que no exista en el país o, que existiendo, sea insuficiente, (ii) el aporte de capitales, el incremento o diversificación de las exportaciones, (iii) la necesidad de impulsar el desarrollo en determinadas zonas. Para que el extranjero contratado pueda ingresar al país se requiere que cuenta con visa de trabajo, para cuya obtención debe presentar "original y copia del contrato de trabajo y certificación del Ministerio de Trabajo en la que conste que con su incorporación se respeta la proporción entre trabajadores nacionales y extranjeros prevista en la legislación nacional" (artículos 61 y 31 del Decreto 2371 de 1996).

La Corte consideró que la diferencia de trato establecida por la norma tiene validez constitucional, en la medida en que "al limitarse el derecho al trabajo de los extranjeros en aquellas empresas que ocupen más de diez trabajadores se fomenta la ocupación de mano de obra nacional". Así pues, las normas que imponen deberes a los patronos para que contraten trabajadores extranjeros solo en las proporciones indicadas en la ley, implican "un límite correlativo al derecho al trabajo de los trabajadores extranjeros pues éstos sólo podrán ocupar los cargos en la proporción indicada en la ley". En tales términos, se cumple el fin de la norma, que no es otro que proteger el derecho al trabajo de los nacionales colombianos, protección que, en otros términos, "es un

recurso que hace parte de la política de empleo adoptada por el Estado y que debe compaginarse con las exigencias impuestas por el modelo de desarrollo para atender satisfactoriamente las demandas sociales".

Así pues, la Corte declaró exequible el artículo acusado. Consideró que era constitucionalmente válido proteger la ocupación de mano de obra nacional frente a las profundas implicaciones de la dinámica del mercado laboral en el contexto social. Además, por cuanto la regulación del ejercicio del derecho al trabajo de los extranjeros está sujeta a la política migratoria del país.

3. Derecho de asociación sindical de extranjero

Mediante la sentencia C-311 de 2007, el Tribunal Constitucional estudió la exequibilidad del inciso 2º del artículo 388 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 10 de la Ley 584 de 2000, por virtud del cual se prohibía que la junta directiva o comité ejecutivo de un sindicato estuviese conformada "en su mayoría por personas extranjeras".

Para resolver el asunto planteado, la Corte analizó el contenido del artículo 39 superior. Al respecto, indicó que este no hace alusión alguna a la nacionalidad como condición para el ejercicio del derecho de asociación sindical y, por tanto, se debe entender como un derecho humano "en cuyo goce no interesa el origen". Lo anterior, en concordancia por lo establecido en el artículo 53 de la Constitución y los Convenios 87 y 98 de la OIT.

A juicio de la Corporación, de acuerdo a lo señalado por el convenio 143 de la misma organización, todo miembro está comprometido a garantizar "la igualdad de oportunidades y de trato en materia de *empleo y profesión, seguridad social,* derechos sindicales *y culturales y libertades individuales y colectivas" para las personas que se encuentren legalmente en su territorio, ya sea en condición de trabajadores o migrantes.*

Con fundamento en lo anterior, "la facultad concedida al legislador por el constituyente en relación con los extranjeros no es ilimitada", ya que ante situaciones en las que existan razones de orden público, claras y manifiesta, que exigen las restricción de derechos de los extranjeros, "hay límites básicos atinentes la dignidad del ser humano y la necesidad de garantizar los derechos fundamentales". Dentro de estos, se encuentra el derecho de asociación sindical, puesto que la ley no puede restringirlo, en razón de la nacionalidad, por ser un derecho fundamental reconocido por la Constitución y la Ley y en convenios y tratados internacionales inherentes a la persona humana.

En ese sentido, declaró inexequible la disposición acusada, por encontrar que esta medida es discriminatoria "pues unos empleados, los colombianos, pueden ejercer a plenitud el derecho a la asociación sindical y en cambio quienes igualmente son trabajadores, pero con distinta nacionalidad, están privados de gozar una parte de esa misma garantía laboral".

4. Derecho a la educación

En primer lugar, en la Sentencia T-660 de 2013, la Corte analizó un asunto referente a la protección constitucional a un menor extranjero que se encontraba adelantando

los trámites respectivos para obtener la doble nacionalidad colombiana. En el caso concreto, un menor de 15 años nacido en Teaneck -Condado de Bergen- Estado de New Jersey (Estados Unidos), fue matriculado en el sistema educativo colombiano, en la Institución Educativa Francisco José de Caldas. En dicha institución, el menor recibió formación académica desde el año 2009 al 2012, "sin que nunca fuese privado del servicio por su condición de extranjero". A pesar de ello, en el año 2013, al momento de matricular al menor en el grado décimo, el rector de la institución educativa le negó la matricula. Argumentó que, por disposición de Migración Colombia, no era posible matricular a "extranjeros que no estuvieran debidamente nacionalizados". La madre del menor solicitó al Registrador Municipal de Santa Rosa de Cabal que inscribiera en el registro civil del menor que tenía padres colombianos, sin embargo este no accedió a la solicitud. En consecuencia, el menor quedó desescolarizado y en situación migratoria irregular.

Al analizar el asunto, la Corte se refirió al derecho fundamental a la educación de niños, niñas y adolescentes. Señaló lo siguiente:

Por virtud del artículo 67 de la Constitución, desarrollado por la Ley 115 de 1994, la educación es un derecho de la persona y un servicio público. En su faceta de derecho, la educación adquiere carácter de fundamental (Corte Constitucional, Sentencia T-492 de 1992) y una especial connotación debido a la indefensión de los menores de edad, conforme al artículo 44 de la Constitución, al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al Protocolo de San Salvador y a la Convención de los Derechos de los Niños.

En tal sentido, la permanencia es un aspecto fundamental para garantizar el núcleo de este derecho y, por tanto, no es posible interrumpir el proceso educativo en forma arbitraria e intempestiva, a menos de que exista una causa legal justificable constitucionalmente (Corte Constitucional, Sentencia T-454 de 2007).

Además, en su faceta de servicio público, la educación cumple una función social, respecto de la cual el Estado tiene deberes y exigencias. Sin embargo, estas no son exclusivas del Estado, sino que también son atribuibles a la familia y a la sociedad. Dentro de ese contexto, los padres tienen la obligación de asegurar la educación de sus hijos menores de edad. Así mismo, "exige de los ciudadanos un compromiso con las causas humanitarias y con la realización de urgentes labores sociales que demanden su participación activa" respecto de la prestación de este servicio.

Ciertamente, la educación es un servicio público que cumple una función social y la misma en ninguno de sus apartados aduce diferencias o condiciones en cuanto a la nacionalidad de quien es el sujeto beneficiario del sistema educativo, es decir, del educando (Ley 115 de 1994). En esa medida, tanto menores nacionales como extranjeros pueden acceder o permanecer en el sistema educativo colombiano. Sin embargo, es requisito que los menores cumplan con las normas migratorias y presenten identificación mediante las visas estudiantiles expedidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores (artículo 7º del Decreto 834 de 2013).

Así pues, el derecho a la educación implica que los niños, niñas y adolescentes gocen de la cobertura y permanencia en el sistema educativo cuando han ingresado al mismo.

Ello supone para el Estado, la obligación de permitir la continuidad en la prestación del servicio y, para los padres, el deber de cumplir con las cargas frente al plantel educativo. Si bien no es posible interrumpir el goce del derecho a la educación del menor ni la prestación del servicio, los padres del menor tienen el deber de "adosar [a]l plantel educativo los documentos que la ley exige para legalizar la matricula durante el inicio del correspondiente año lectivo, documentos dentro de los cuales se encuentran en el caso de los menores extranjeros, la acreditación de la visa estudiantil vigente o la prueba que demuestre la adquisición de la nacionalidad colombiana".

En el caso concreto, habida cuenta de que el menor no contaba con registro civil de nacimiento ni tarjeta de identidad que lo acreditara como colombiano, la Corte le permitió continuar su proceso educativo en la institución accionada, con la condición de que su madre cumpliera con su deber de culminar el proceso de adquisición de nacionalidad. Con el fin de conminar a la madre del menor a realizar los trámites pertinentes, advirtió que, ante el incumplimiento de la obligación impuesta, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se encontraría habilitado para intervenir en la garantía de los derechos del menor.

En segundo lugar, en sentencia T-250 de 2017, la Corte estudió una solicitud de nacionales venezolanos consistente en el reconocimiento de la condición de refugiado y la solicitud de expedición de visado de trabajo y de documento de migración válido para inscripción de menores de edad en un establecimiento educativo. En relación con la obligación del Estado Colombiano de expedir la documentación requerida por menores migrantes venezolanos para el acceso al sistema educativo, la Corte señaló lo siguiente.

Los estudiantes extranjeros tienen el deber de tramitar la visa correspondiente, "cuyo cumplimiento debe ser verificado por los establecimientos educativos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.11.5.2 del Decreto 1067 de 2015". De conformidad con la citada norma, los establecimientos educativos están en la obligación de informar a Migración Colombia sobre la matrícula de los estudiantes y la terminación definitiva de sus estudios, en un plazo de treinta (30) días calendario, siguientes a la fecha de finalización. De no cumplirse tal obligación de información, el establecimiento educativo se expone a una sanción cuando quiera que "permitan a un extranjero iniciar sus estudios sin la correspondiente visa o que no den aviso a Migración Colombia, en los treinta (30) días siguientes, a la iniciación de los estudios o a la finalización".

Por tal razón, exigir una visa determinada para la realización de estudios se considera razonable, por cuanto (i) busca controlar los propósitos con los que las personas extranjeras ingresan al territorio colombiano y (ii) permite a las instituciones educativas que certifiquen los estudios realizados por estudiantes extranjeros, en tanto la visa es un documento de identificación. Además, (iii) persigue que se cumpla el deber de los habitantes del territorio consistente en tener con un documento de identificación válido.

III. CONCLUSIÓN

La Corte Constitucional ha sido determinante en la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de los extranjeros habitantes en el territorio nacional. En virtud de los

mandatos contenidos en la Constitución Política, el Tribunal ha orientado sus esfuerzos a proteger a los extranjeros en condición regular e irregular, frente a situaciones en las que se les niegan prerrogativas de naturaleza fundamental. Lo anterior, sin desconocer que, si bien los extranjeros gozan de igualdad de trato y beneficios que los nacionales colombianos, el Estado puede limitar el ejercicio y goce de estas prerrogativas, siempre que tal restricción se soporte en motivos constitucionalmente razonables y suficientes.

A pesar de los esfuerzos del Gobierno Nacional en materia de adopción de medidas legislativas y reglamentarias para permitir la regularización de la situación migratoria de extranjeros habitantes en el territorio colombiano, ha sido necesario que la Corte Constitucional permita la materialización y ejercicio de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en favor de los migrantes.

Por tal motivo, la Corte Constitucional ha construido una línea jurisprudencial en torno a los derechos a la salud, trabajo, asociación sindical y educación. En relación con el derecho a la salud, la Corporación ha venido delimitando el alcance y contenido de la prestación en servicios de salud, especialmente, en favor de la población extranjera en condición migratoria irregular. En efecto, se ha dado a la tarea de determinar los conceptos de urgencias, atención de urgencias y atención básica de urgencias que el Estado Colombiano debe otorgar a la población vulnerable que no cuenta con recursos económicos para sufragar un recurso en salud o contribuir a la financiación del sistema. De ese modo, ha conseguido la protección de este derecho para los migrantes en condición de vulnerabilidad económica y social que requieren del apoyo estatal, en virtud del principio de solidaridad. De otra parte, la Corporación ha defendido las garantías del derecho al trabajo de un trabajador extranjero en el marco del acceso a cargos públicos basado en el mérito, ha protegido la potestad de contratación de trabajadores extranjeros dentro de límites razonables y garantizado el derecho de asociación sindical de esta población. Por último, delimitó la garantía de continuidad en el acceso a los servicios educativos de un menor extranjero en situación migratoria irregular.

Es claro que se han realizado grandes avances frente a este catálogo de derechos y a los pisos mínimos de protección que el Estado debe garantizar. Sin embargo, es preciso que la labor judicial continúe y se extienda a otros aspectos de urgente protección de los migrantes, tanto en condición regular como irregular.

IV. Bibliografía

Corte Constitucional, Sentencia T-535 de 1992.

Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 1994.

Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1998.

Corte Constitucional, Sentencia T-645 de 1998

Corte Constitucional, Sentencia C-768 de 1998.

Corte Constitucional, Sentencia T-444 de 1999.

Corte Constitucional, Sentencia C-1259 de 2001.

Corte Constitucional, Sentencia C-1024 de 2002.

Corte Constitucional, Sentencia T-321 de 2005.

Corte Constitucional, Sentencia T-062 de 2006.

Corte Constitucional, Sentencia C-311 de 2007.

Corte Constitucional, Sentencia T-454 de 2007.

Corte Constitucional, Sentencia C-834 de 2007.

Corte Constitucional, Sentencia T-269 de 2008.

Corte Constitucional, Sentencia T-1088 de 2012.

Corte Constitucional, Sentencia T-660 de 2013.

Corte Constitucional, Sentencia T-338 de 2015.

Corte Constitucional, Sentencia T-599 de 2015.

Corte Constitucional, Sentencia T-314 de 2016.

Corte Constitucional, Sentencia T-728 de 2016.

Corte Constitucional, Sentencia T-250 de 2017.

Corte Constitucional, Sentencia T-421 de 2017.

Corte Constitucional, Sentencia SU-677 de 2017.

Corte Constitucional, Sentencia T-705 de 2017.

Corte Constitucional, Sentencia T-210 de 2018.

Corte Constitucional, Sentencia T-348 de 2018.

Corte Constitucional, Sentencia T-074 de 2019.

Asilo en el Reino Unido: un derecho restringido

Asylum in the United Kingdom: a restricted right

Ximena Vengoechea[1]

"Pero yo ya no soy yo, ni mi casa es ya mi casa"
— Federico García Lorca, Romance Sonámbulo

ABSTRACT

This article aims to present a critical overview of the asylum system in the United Kingdom. It is written having in mind those in different jurisdictions and those who are unfamiliar with the basic rules and procedures which regulate the way in which asylum claims are dealt with in the UK. The initial sections of the article are of a general nature: They define the concept of asylum and provide elements for the reader to distinguish between various categories of cross-border migrants. The middle sections focus on the various normative instruments engaged in the process of asylum seeking and decision-making specific to the UK. The latter sections follow the journey of a claim from the initial contact with UK border authorities to the decision by the Home Office, through to the appeal process in the immigration and appellate courts, with reference to leading case-law where relevant. By choosing to present the content in this way, the author seeks to demonstrate how the legislative framework and the procedures for asylum in Britain turns the unqualified, universal right to asylum into a restricted one, thus circumventing the provisions of the 1951 UN Convention on the Status of Refugees.

RESUMEN

El presente artículo se propone dar una mirada general, pero no por ello menos crítica, al sistema de asilo en el Reino Unido. Ha sido escrito teniendo en cuenta a quienes, estando en otras jurisdicciones, no se encuentran familiarizados con los procedimientos legales en el sistema británico, particularmente en lo que se refiere a la solicitud de asilo. La sección inicial es de índole general; en ella se definen

1 *LLB (Hons), MA, LLB (Scots Law*); LLB en Derecho Escocés Universidad de Edimburgo. Maestría en Estudios de Paz (Distinción), Universidad de Lancaster. Becaria Chevening. Diploma (Avanzado) en DDHH y Derecho Internacional Humanitario, Instituto Raoul Wallenberg, y Universidad de Lund Suecia. Becaria de la Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional. Actualmente es Consultora en Livingston Brown LLP, Glasgow, Escocia y profesora de la Universidad de Edimburgo, Escocia.

conceptos fundamentales como el derecho al asilo y las varias categorías de migrante internacional. Las secciones intermedias se enfocan en un sobrepaso al régimen jurídico legal y administrativo aplicable a las solicitudes de asilo. Las secciones finales siguen la ruta de la solicitud de asilo desde el contacto inicial con la policía de inmigración, pasando por la decisión del Secretario de Estado, hasta llegar a la apelación y otros recursos ante las cortes superiores. Cuando se ha considerado relevante, se ha hecho referencia a las decisiones judiciales más prominentes; es decir aquellas que han creado precedente en el área de inmigración. Al presentar la información de esta manera, la autora intenta demostrar cómo en el Reino Unido la normativa referente a la inmigración y los procedimientos relacionados convierten el derecho de asilo, de cobertura universal, en un derecho restringido, burlando así el espíritu de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

PALABRAS CLAVE

Asilo - Solicitud de asilo - Refugiados - Procedimiento - Reino Unido

KEY WORDS

Asylum - Asylum Process - Asylum Seekers - Refugees - Appeal System - United Kingdom

INTRODUCTION

The UK is signatory to the UN Convention on the Status of Refugees 1951 and its related Protocol of 1967. Both instruments guarantee the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution, in accordance with Article 14(1) the Universal Declaration of Human Rights. Britain's long liberal tradition, well-known observance of the rule of law and its respect for human rights and freedoms, make it an attractive destination for those fleeing persecution elsewhere. During the past century the UK has seen the influx of asylum seekers, from European Jews to South American exiles, to more recently, African and Middle Eastern migrants fleeing war.

Multiple and successive legislative developments, together with an increasingly strict policy of migratory control have limited the right of asylum, however. At time of writing there is the looming likelihood of the UK leaving the European Union on 31 October 2019 ('Brexit'), a move motivated by the publicly felt need to control migration to Britain. Immigration to the UK is generally perceived as a 'mass' phenomenon affecting the capacity of local authorities to deliver public services such as health and education[2] and a 'threat to the British way of life'[3]. Asylum seeking has been seen as a drain on public resources. The climate around migrants and asylum seekers in particular is one of hostility. The incumbent Conservative Party leader, Prime Minister Boris Johnson, has publicly expressed his anti-immigration stance, having previously called for the 'Re-Britannification of Britain'[4].

In reality, the number of asylum applications to Britain is relatively low. It reached 32,693 in June 2019 and has decreased, having peaked at 84,000 in the year 2002[5]. The country hosting the most refugees is Turkey – home to almost 3.7 million refugees. Other significant host countries for refugees are Pakistan (1.4 million), Uganda (1.2

2 A claim often made by anti-immigration advocacy groups such as Migration Watch UK (https://www.migrationwatchuk.org) and like-minded media outlets: https://www.thesun.co.uk/news/8167669/britain-encouraging-illegal-immigrants-not-deporting-bogus-refugees/). For more objective, research-based sources see: https://fullfact.org/immigration/. The statistical report by the Hope Not Hate Campaign is particularly helpful: https://www.hopenothate.org.uk/wp-content/uploads/2019/07/fear-and-hope-report-2019-07-final-1.pdf

3 Perraudin, F. (2019). Third of Britons believe Islam threatens British way of life, says report. Anti-Muslim prejudice replacing immigration as key driver of far-right growth. The Guardian. Retrieved from https://www.theguardian.com/world/2019/feb/17/third-of-britons-believe-islam-threatens-british-way-of-life-says-report

4 In the context of condemning Islam, as cited by Pitt, B. (2018). Boris Johnson and Islamophobia. https://medium.com/@pitt_bob/boris-johnson-and-islamophobia-b2124635ad75

5 Facts about refugees - Refugee Action. (2019). https://www.refugee-action.org.uk/about/facts-about-refugees/

million), Sudan (1.1 million), Iran (979,435) and Lebanon (949,666). In 2018 Colombia registered an estimate 1,174,375 Venezuelan refuges, asylum seekers and persons of concern[6]. In the same year, only 15,891 people were granted asylum in the UK, of which 5,806 were refugees resettled under special agreements (not via an asylum claim) and 2,449 were granted an alternative form of protection (as a result of which they do not technically qualify as refugees)[7]. In total, by the end of 2018 there were a total of 126,720 refugees in the UK[8]. That's around one quarter of a percent (0.26 %) of the UK's total population, and the equivalent of 1% of the total number of the 25.9 million refugees across the world[9]. More recent official figures tell us that in 2019 the number of asylum requests granted in the UK rose to 17,304 (including asylum, humanitarian protection, and alternative forms of leave and resettlement)[10]. With a total population standing at an estimated at 67,530,172[11], the number of refugees whose claims were granted in Britain this year so far is equivalent to less than 0.03 % of the population.

THE RIGHT TO ASYLUM

The concept of asylum is not new. Ancient civilisations like the Egyptians, the Greeks, the Romans and the Hebrews all recognised forms of asylum, which they afforded other peoples in times of need. The figure was adopted and spread across Europe during the Middle Ages thanks to the Christian church, with places of prayer becoming sanctuary to those fleeing persecution, even from the law. According to King James' Bible, published in 1611 in England[12], Jesus is said to have told his disciples: *"… In my Father's house are many mansions: if it were not so, I would have told you. I go to prepare a place for you",* (John 14:2). From the Latin "manere" denoting staying or a remaining, the word mansion is a place to stay, an abode. The term was commonly used in Middle English as "a stop or stage of a journey"[13]. In short, a place of refuge.

The *right* to asylum in a legal sense is a relatively modern concept however, having arisen from the adoption of the Convention Relating to the Status of Refugees (The Convention), following the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons held in Geneva from 2 to 25 July 1951. The

6 UNHCR Population Statistics - Data - Time Series. (2019). Retrieved 30 August 2019, from http://popstats.unhcr.org/en/time_series

7 How many refugees does the UK take in?. (2019). Retrieved 30 August 2019, from https://fullfact.org/immigration/how-many-refugees-does-uk-take/

8 Facts about refugees - Refugee Action. (2019). https://www.refugee-action.org.uk/about/facts-about-refugees/

9 The truth about asylum - Refugee Council. (2019). https://www.refugeecouncil.org.uk/information/refugee-asylum-facts/the-truth-about-asylum/

10 Summary of latest statistics. (2019). Retrieved 30 August 2019, from https://www.gov.uk/government/publications/immigration-statistics-year-ending-march-2019/summary-of-latest-statistics

11 U.K. Population (2019) - Worldometers. (2019). Retrieved 30 August 2019, from https://www.worldometers.info/world-population/uk-population/

12 King James Version | History & Background. (2019). Retrieved 25 August 2019, from https://www.britannica.com/topic/King-James-Version

13 mansion | Origin and meaning of mansion by Online Etymology Dictionary. (2019). https://www.etymonline.com/word/mansion

Convention was adopted on 28 July 1951 and entered into force on 22 April 1954. Its scope was to guarantee protection to persons fleeing events occurring before 1 January 1951 and within Europe as a result of the events of World War II. An Additional Protocol Relating to the Status of Refugees (The Protocol) was adopted on 31 January 1967 and entered into force on 4 October 1967. The effect of the Protocol was to extend the right of asylum universally. That is, without distinction of race, national origin, faith, political opinion, age, or gender identity.

MIGRANTS, ASYLUM SEEKERS AND REFUGEES

Often confused, the terms 'migrant', 'asylum seeker', 'refugee', 'displaced person' and 'undocumented migrant' differ, rather than being mere variations on a theme. Migrants are persons who leave their place of origin to cross an international border, regardless of the motive. A person may leave their place of origin and relocate without crossing a border. Some people may wish to migrate, whether they cross or not a border, whereas others may *have* to. When migration occurs within the boundaries of a country, we speak about internally displaced persons. A refugee is a migrant who has crossed an international border, owing to a well-founded fear of being persecuted are either unable or unwilling to return to their country of origin or of habitual residence[14]. Asylum seekers are those persons who are in the process of seeking protection but who have not yet been granted it. Technically, only those who are granted protection are appropriately referred to as refugees, though some legislative instruments allow the term to be used indistinctly[15].

Those crossing an international border may do so with or without valid travel documentation. Passports are more and more common travel documents, though in some cases national identity cards work as allow for the lawful crossing of borders. Additional to travel documentation, many countries require the person to obtain administrative entry clearance by the immigration authorities. For visas to be successfully issued, applicants must satisfy the various documentary and financial demands by immigration authorities. Documented migrants are those able to satisfy those requirements and enter a country or territory using a travel document and relevant entry clearance. Undocumented migrants are, on the other hand, those who cross a border in the absence of valid travel documentation. In certain cases, the person may belong to a discriminated ethnic or minority group who are, for that reason, denied nationality or identification in the country they are fleeing. Other may be stateless persons. They may have had to flee suddenly, leaving all possessions including personal documents behind. Unable to prove origin or identity, undocumented migrants may choose alternative routes of entry, with the intention of avoiding border control.

Whether a person enters a country with or without valid travel documentation does not make a difference to their status once they make an asylum application. Entering a country outwith the prescribed routes or in the absence of valid travel documentation in order to seek protection does not make a person 'illegal'. There is no such thing as an

14 Directive 2011/95/EU, Article 2 (n)

15 Directive 2011/95/EU, Article 2 (e)

illegal asylum seeker. Seeking asylum is not against the law. On the contrary, it is a legal entitlement bestowed upon us all.

ASYLUM SEEKING IN THE UK

It is important to place the developments of the right to asylum in the UK within its wider historical context: At the time of drafting Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), which is the founding block of the Convention, the UK representative expressed the country's reservation to the draft by stressing the *"right of a state to prevent foreigners from crossing its borders"*[16]. Later on, the Third Session of the Human Rights Commission accepted a draft guaranteeing the right to seek and be granted asylum from persecution. The UK however objected to the formulation proposing the substitution to the terms 'to seek and to be granted' asylum,for the terms 'to seek and to be enjoy', in what was an early sign of things to come.

On the basis of these agreed new terms, the UK was one of the early signatories to the Convention, on 28 July 1951[17]. Signing and ratifying the Convention did not have the effect of turning its provisions into the UK's domestic law. That is because Britain subscribes to the 'dualist' tradition of international law: For an international instrument such as a multilateral convention to be part of the internal legal system of the UK, it has to be incorporated by an Act of Parliament. Otherwise, other than marking a diplomatic or political intention, said instrument lacks enforceability by the courts. Not having been incorporated by an Act of Parliament, the Convention has no direct effect in the UK. The legislative framework which regulates the right to asylum ought to be found elsewhere.

THE LEGISLATIVE FRAMEWORK

Migration within the European Union ('The EU') is regulated under EU law, which facilitates the free movement of goods, services, capital and people between member states, thus creating a single market. There are 28 current members of the EU, including the UK[18]. Members must abide by the terms of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the EU Charter')[19], which guarantees every European citizen's fundamental rights without discrimination. The movement of people between the UK and the rest of the single market is regulated in the UK by the Immigration (European Economic Area) Regulations 2016. Membership of the EU is predicated upon the recognition and respect of the rights, freedoms and the principles set out in the Charter. It is presumed that a citizen of a Member State will not be unlawfully persecuted by the

16 Kjœrum, M. (1999). Article 14. In: The Universal Declaration of Human Rights. Alfredsson, G., & Eide, A. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers (pp. 282, 283)

17 The Convention was ratified by the UK on 11 March, 1954.

18 The European Communities Act 1972 received Royal Assent on 17 October 1972. It came into force on 1 January 1973.

19 (2000/C 364/01)

authorities of their own country. EU asylum applications are therefore inadmissible[20]. What this means is that the increasing regulation of the right to seek asylum in Member countries aims at dealing with non-European, 'third country' migration.

Article 18 of the Charter guarantees the right to asylum with due respect for the rules of the Convention and the Protocol, as far as these are 'in accordance with' the Treaty establishing the European Community (TEC), also known as the Rome Treaty of 25 March 1957, now the Treaty on the Functioning of the European Union ('The TFEU'), as amended by the treaty of Lisbon, 2007. Article 67.2 of the TFEU obliges Member States to *'frame a common policy on asylum, immigration and external border control, based on solidarity between Member States, which is fair towards third-country nationals'*[21]. Article 78 provides the criteria to be applied to said common asylum policy to any third-country national requiring international protection.

THE EU QUALIFICATION DIRECTIVE

As a result of that common policy the EU Council issued the Directive 2004/83/EC *'on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted'*[22]. Unlike EU Regulations, Directives are addressed at States, and they require to be incorporated or transposed by each individual Member by means of their own domestic legislation. Directives set out objectives to be achieved but it is up to the individual countries to decide how they give effect and implement the Directives' contents and objectives. This is a prerogative as well as a duty: In the case of *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* C-256/08[23] the UK was found to be in breach of the obligations under the Directive for having failed to transpose its provisions within the prescribed period.

Directive 2004/83/EC was incorporated into UK law by virtue of the Refugee or Person in Need of International Protection (Qualification) Regulations 2006 ('The Qualification Regulations')[24], as well by the Immigration Rules ('The Rules'), issued by the Secretary of State for the Home Department. The main objective of the Directive was to *'lay down minimum standards for the qualification of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the*

20 Para. 326E, unless the requirement in paragraph 326F is met, i.e. that the Member State of which the applicant is a national has derogated from the European Convention on Human Rights (Para. 326F(a)), or the procedure detailed in Article 7(1) of the Treaty on European Union has been initiated (Para. 326F(a)), or a decision regarding said procedure has been adopted (Para. 326F(c)).

21 Stateless persons are be treated, for the purpose of the provision, as third-country nationals.

22 Superseded by Directive 20121/95/EU on *'standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted'*.

23 Court of Justice of the European Union, 30 April 2009

24 A Statutory Instrument (not an Act of Parliament) made by the Secretary of State for the Home Department. In force from 9 October 2006.

protection granted'[25], although it allowed countries to issue more favourable standards. It also set the criteria for individual Members to assess the facts and circumstances needed to establish the merits of an asylum claim. It set the principle that, whilst it is the duty of the state to assess the claim, it is for the individual applicant to substantiate it. This placed the burden of proof on the claimant. What this means is that it is for an asylum seeker to make their case.

Substantiating a claim includes providing all documentation at the claimant's disposal regarding their age, background, relations, identity, nationality, countries and places of previous residence, and if applicable, previous asylum applications, travel routes, identity and travel documents and the reasons for applying for international protection as well. The assessment of a claim includes taking into account relevant facts. These include information on the country of origin, relevant statements and documentation presented by the claimant, their individual position and personal circumstances, whether the claimant engaged deliberately in activities aimed at creating the necessary conditions for them to need international protection, and whether they could reasonably be expected to avail themselves of the protection of another country by reason of citizenship. In terms of the Directive, it is for the claimant to prove they have been subject or are likely to face persecution. Having been the victim of persecution or serious harm in the past is to be regarded merely as a 'serious indication' of the applicant's well-founded fear of persecution, which is the standard a claimant must meet.

The Qualification Regulations are much more limited in scope than the Directive. They define who qualify as actors of persecution or serious harm, who are actors of protection, and what qualifies as acts and causes of persecution. The Immigration Rules ('The Rules'), on the other hand, are a complex and extensive document comprising hundreds of rules spread over 15 Parts of chapters, 32 Appendices, and over more than 1133 pages. They have been criticised, not least judicially, for being subject to change that is frequent and detailed, for being poorly drafted, difficult to detangle and for following a numbering system which is inconsistent[26]. As a response, the Government set up a public Consultation to 'identify the underlying causes of their complexity, and to identify principles under which they can be redrafted to make them simpler and more accessible'. The review does not consider substantive immigration policy however[27]. In a way, it could be argued that the proposed review and eventual re-drafting of the Rules is merely cosmetic.

Parts 1 to 10 and 15 contain general provisions regarding leave to enter and remain in the UK, rules for visitors, workers and students. Part 12 deals with the appeals procedure. Part 13 with deportation. Part 14 deals with Stateless Persons. Parts 11, 11A and 11B deal with asylum and temporary protection. The Appendices are as numerous as they

25 Art. 1. Note that Directive 2011/95/EU refers instead to 'persons *genuinely* in need of international protection', further restricting the right to qualify for refuge.

26 As of 31 December 2018. Law Commission. (2019). Consultation Paper No 242 Simplification of the Immigration Rules. Law Commission. Available at https://www.lawcom.gov.uk/project/simplifying-the-immigration-rules/. Para. 1.4 p 1; Paras 1.3-1.6 p 1 & 2

27 *Ibid*. at p ii

are varied, and include wide-ranging matters such as English language requirements, tuberculosis screening, knowledge of language and life in Britain, and shortage occupation lists. For our purposes the relevant Part is Part 11.

Part 11 of the Rules (Paragraphs 326A to 352H), deals with the way asylum claims are to be considered by the Secretary of State. The person wishing to be recognised as a refugee is known as an 'asylum applicant'. A determination on the matter of asylum is to be made under the Refugee Convention *and* under the Immigration Rules. Whilst the determination is pending no action will be taken seeking to ensure the departure of the asylum applicant or their dependants. That is an explicit formulation of the *non-refoulement* guarantee under Article 33 of the Convention[28]. If a claimant does not qualify for refugee status, they may qualify for international protection. Their claim will be considered under the terms of the ECHR.

ACTS OF PARLIAMENT

Immigration is a matter 'reserved' to the UK government as a whole. The term reserved means that certain areas belong to the exclusive province of Parliament. Only Westminster can legislate on matters pertaining to international migration and border control. Devolved legislations do not have the competency to regulate the right of asylum. In Scotland the list of matters reserved to the UK Parliament can be found in Schedule 5 of the Scotland Act 1998[29].

There are a number of parliamentary instruments dealing with immigration in general, and asylum in particular. To cite only the main Acts, there are the Immigration Act 1971; the Asylum and Immigration Act 1996; the Immigration and Asylum Act 1999; the Nationality, Immigration and Asylum Act 2002; the Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc) Act 2004; The Immigration, Asylum and Nationality Act 2006, and the Immigration Act 2014. These instruments deal with varied matters such as the regulation of entry and stay; asylum, immigration control and immigration offences; immigration procedure, appeals, and the detention and removal of persons.

Dozens of statutory instruments implement those Acts of Parliament. This is because immigration legislation is politically reactive and as such, subject to rapid change. It is at the very least challenging for specialist immigration practitioners to keep abreast of constant developments. For asylum seekers it is virtually impossible to successfully navigate this complex legislative framework by themselves. Access to advice and representation would secure the claimant's right to a due process under Article 6 of the ECHR and the HRA, yet legal aid is not always available[30].

28 See: ICRC. (2018). *Note on migration and the principle of non-refoulement* [Ebook]. Retrieved from https://www.icrc.org./en/download/file/69679/ircc-904-19.pdf for a complete treatment of the guarantee against return.

29 At Section B6. The reserve extends to nationality, immigration (including asylum and the status and capacity of non-British citizens), the free movement of persons within the EEA and the issue of travel documentation.

30 The UK, the Common European Asylum System and EU Immigration Law - Migration Observatory. (2019). Retrieved 23 August 2019, from https://migrationobservatory.ox.ac.uk/resources/primers/the-uk-the-common-european-asylum-system-and-eu-immigration-law/ where it states: 'Legal aid reforms under the Legal Aid Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 and those currently proposed in the Criminal

THE APPLICATION PROCESS

According to Paragraph 328 of Part 11 of the Immigration Rules, it is for the Secretary of State for the Home Department (the Home Office or the Secretary of State) to receive and decide applications for asylum. On arrival, asylum seekers are expected to make a claim for international protection as soon as it is reasonably practically after they enter the territory.

Not everyone may be aware of the requirement to make a claim as soon as viable however, as information may not readily accessible, especially for those for whom English is not their first language. Those seeking asylum may be under the mistaken belief that they need to wait until they have made it past border control to make a claim, as occurs in the case of those entering the country with the help of an agent. Failing to claim asylum immediately or as soon as practicable however carries consequences and may risk a negative assessment being made on the credibility and genuineness of a claim.

a. The Screening Interview

Once a person makes and application for asylum they are taken for an initial contact or 'screening' interview (SCR), which takes place within 1 to 5 days of intimating a claim to the authorities. The purpose of the screening interview is to register a claim, yet statements provide to the authorities at that stage can be utilised to undermine the credibility of a claimant at a more advanced stage.

The format is simple, and a standard form is used. The first set of questions asks for a claimant's basic details such as name, nationality, religion or ethnicity. The second set of questions deals with the claimant's health and level of education achieved. Questions regarding past exploitation, for the purposes of establishing whether the claimant has been the subject of human trafficking, are included in this set. The third set of questions deals with the details of the journey undertaken by the claimant in order to travel from their country of origin to the UK. In particular, questions are asked as to whether the claimant has arrived first at or travelled through another Member State. This, for the purposes of the Dublin Regulations (Regulation (EU) No 604/2013), which aim to determine the Member State responsible for examining an asylum application based primarily on the first point of entry.

The fourth set of questions seeks to establish the basis for the asylum claim. Claimants are asked to express the reasons for fleeing their country of origin and to describe summarily the type of persecution they have been (or are likely to) be subjected to. They are also asked to briefly describe why they are unable to return. A fifth set of questions asks claimants whether they have ever been involved in political or religious activities, or in acts of terrorism, war crimes, crimes against humanity, genocide or human rights violations. This, for the purposes of excluding a claim. A sixth set of questions has to do with the claimant's suitability for detention.

Justice and Courts Bill 2014, curtail the rights of asylum seekers to legal aid. An application made under the Dublin system may lead to challenges to potentially overly restrictive legal aid rules'.

If it appears that the reasons for persecution are non-Convention reasons, claimants will not qualify for refugee status. Similarly, if persecution can be avoided by the claimant relocating to a different area in the country of origin, they will not qualify for international protection. Their claim will be rejected, and claimants will become liable to deportation.

It is of note that as general rule, screening interviews are conducted by English-speaking interviewers on non-English speaking claimants. Interpretation services are made available but problems around translations are not unknown. Linguistic and dialectic variations may not be catered for, with the consequence that the information provided by a claimant may not be picked up correctly or accurately recorded. This will have consequences later, when the credibility and reliability of the claimant falls to be assessed by the Secretary of State or an immigration judge.

b. Preliminary Information Questionnaires (PIQ)

Since January this year the Secretary of State has issued new PIQs[31], to be completed by claimants after the screening interview and prior to the substantive interview. Failure to complete the questionnaire may lead to the claim being treated as withdrawn and therefore not progressed. The form has to be completed in English. Similarly, all supporting documents, preferably originals, ought to be accompanied by a certified English translation. Claimants must provide general information about themselves, relatives or dependents, as well as specific information on the reasons they need protection by the UK. They need to be able to identify what Convention reason fits their claim and give reasons for leaving their country and to fear on return. They must provide details about the acts of persecution and the identity of the persecutors, together with dates and travel routes.

Claimants are required to sign the form. They are warned about the criminal implications of making a false statement. By signing the PIQ claimants are then committed to its content, a factor which and can be used later on to cross-examine the credibility and reliability of their account. Similarly, any contradiction and difference in detail (when compared with the screening interview or other documents and statements submitted later on) will be taken into account when the genuineness of the claim is being determined.

c. The Substantive Interview (AIR)

After the initial interview is concluded and the preliminary information questionnaire has been submitted, the claimant is called to attend a substantive interview. Here the authorities try to establish the factual substrate for the asylum claim. This implies a lengthier and more in-depth questioning of the claimant. Substantive interviews can take hours and sometimes even more than one day to complete. Claimants will be asked to provide a detailed account of all aspects of the claimed persecution. Claimants will be expected to tell what positive steps if any, they took to prevent or avoid said persecution. In this regard, it is not unusual for a claimant's actions to be judged under

31 Preliminary information questionnaires. (2019). Retrieved 28 August 2019, from https://righttoremain.org.uk/preliminary-information-questionnaires/

the standards of what an ordinary, reasonable person would do or be expected to do if they were faced with a similar situation in the UK.

Their claim will be examined for internal inconsistencies and apparent gaps in information or contradictions. What was said by the claimant at an earlier stage will be compared and contrasted with what the claimant says at the interview. The underlying premise is that those who tell the truth do not contradict themselves. This does not take account of the fact that human memory is frail, that considerable time may have passed between the acts of persecution and the interview, or that those escaping persecution may understandably try to bolster or embellish a claim when life and limb are at stake.

The claim is also tested against a background of objective evidence. Objective evidence can be found in independent NGO's reports, media outlets or other sources. The Secretary of State produces a series of publicly available booklets or Country Policy and Information Notes. These Notes collate information on a specific country, including its political arrangements and institutional set up, plus a variety of other aspects relative to language, cultural practices or religion, which can give context to an asylum claim. They also highlight any relevant human rights issues potentially which could potentially impact on the reasonable degree of likelihood of persecution. The Notes serve as guidance for officers to assess matters such as the actuality of risk, the availability of protection, the feasibility of internal relocation and ultimately, the credibility and reliability of a claimant's case.

The interview then becomes an exercise in cross examination. The consistency of the claimant's account is tested for internal contradictions, as well as against the background of other, external sources of information. Interview techniques such as frequent interruptions or randomly 'jumping' from one area of questioning to another are deployed to disrupt the flow of the narrative and try to and catch out the bogus interviewee. The well-foundedness of the claimant's fear of persecution is not presumed: It needs to be demonstrated. But by whom, and to what extent?

d. The burden of proof and the standard of proof

It is for the claimant to demonstrate that they have a well-founded fear of persecution under a 'Convention reason'. The claimant bears the 'burden of proof'. They have to show that they suffered or are likely to suffer persecution on the basis of their nationality, race, religion, political opinion or belonging to a particular social group.

In order to demonstrate that there is a reasonable degree of likelihood of persecution on a 'Convention reason', they are expected to provide documentary and other evidence in support of their claim. Claimants ought to submit all material to the Secretary of State, including their own statement regarding the reasons for making an asylum claim. All relevant documentation speaking to the claimant's identity, nationality, previous residence and travel routes ought to be handed over. The claimant's testimony is 'the most important evidence' however[32].

32 Assessing Credibility and Refugee Status (2019). [Ebook]. Retrieved from https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/397778/ASSESSING_CREDIBILITY_AND_REFUGEE_STATUS_V9_0.pdf at 4.3

There is a required standard of proof. That standard of proof is a reasonable degree of likelihood, as determined by *Regina v Secretary of State for the Home Department, Ex parte Sivakumaran* [1988] A.C. 98, per Lord Keith at p. 994. Albeit there is a subjective element to this, the test is objective, as determined by Lord Clyde in *Horvath v The Secretary of State for the Home Department* [2001] 1 AC 489; a decision by the House of Lords (now the UK Supreme Court). A claimant thus needs to prove that there is a reasonable degree of likelihood of persecution. This is said to be a low standard of proof, in contrast to the higher standard required in ordinary civil proceedings, which requires proof on the balance of probabilities, and as opposed to the highest standard sought to be achieved in criminal proceedings, where guilt can only be established 'beyond reasonable doubt'. In practice, how low is the standard of proof in asylum cases?

The reality is that claimants are often destitute and unable to retrieve or access information in their own countries of origin. Asylum seekers fleeing persecution do not tend to bring an evidentiary dossier with them. After an exhausting and perilous journey, claimants present themselves at port or at interview without access to independent witnesses, or to documents or other types of evidence. They then face questioning formulated in a language different from their own, having to rely almost exclusively on their memory of traumatic events. Nonetheless they are expected to provide a credible and reliable, independently verifiable account. The standard of proof may be low, but for a claimant this no doubt represents a high threshold.

In response, the state is bound to assess the material provided by the claimant on an individual, objective and impartial basis. How impartial can be an assessment by made same authority who aims to curb migration is up for debate. According to *Karanakaran v Secretary of State for the Home Department* [2000] EWCA Civ 11 everything capable of having a bearing in the decision must be given weight. That includes the screening interview, the preliminary information questionnaire, the substantive interview, all documentation, medical reports, expert evidence, country Notes and information, and the claimant's own behaviour, including 'Section 8' type conduct - a reference to the Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc) Act 2004. The case of *JT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department* [2008] EWCA Civ 878 entitles the Secretary of State to take account a claimant's poor immigration history, their failure to present documentary evidence or make a claim at the earliest reasonable opportunity when making a decision in an asylum case.

Following from the assessment, a claim for refuge can be accepted or refused. For it to be accepted, and in terms of Para 334 of the Rules, the Secretary of State must be satisfied that the claimant is effectively in the UK, that they are a refugee, and that they are not a danger to the security or to the community of the UK. Also, he needs to be satisfied that refusing their application would result in them being required to go to a country in which their life or freedom would be threatened on account of their race, religion, nationality, political opinion or membership of a particular social group. On the contrary, and following the terms of Para 339, if the Secretary of State is satisfied that there is availability of protection in the *Horvath* sense, or that the Convention ceases to apply, or that the person is excluded from the Convention, the claim will be refused. The same will happen if the Secretary of State is satisfied that the claimant has misrepresented or omitted facts, or has used false documents, and these factors

are decisive for the granting of asylum the claim will be refused. This is because when it comes to the proof of the facts underlying the claim, the claimant's credibility and reliability are of the essence.

If on the other hand the claim fails simply because it does not fit the parameters of a Convention reason, the authorities must then consider whether to grant the claimant humanitarian protection instead of refugee status. This, only in case there is a 'reasonable degree of likelihood' that the claimant would face a 'real risk' of serious harm on return to their country of origin. Humanitarian protection is usually conceded on three grounds: a real risk to life under Article 2 of the ECHR; a real risk of cruel, inhuman or degrading treatment under Article 3, or that the claimant's removal would breach their right to family and private life. The burden and the standard of proof remain the same and it is for the claimant to prove that the seriousness of such risk is real. This is not as simple however: to gain protection under Art 2, a claimant needs to prove that on return the risk of death is 'virtually certain'. If claiming risk of inhuman, cruel and degrading treatment, a claimant needs to demonstrate that there are 'substantial grounds for believing that there is a real risk' they would face treatment country to Art 3 on return. A breach of Art 8 is argued if removal would breach family and private life, though in response to that the Secretary of State usually offers to return the family together.

In the event that the many hurdles are negotiated successfully, the claim will be granted, and the claimant issued with a residence permit. This permit has temporary validity, however, usually up to 5 years, though this period is renewable. If the claim is refused, a decision must be provided in writing explaining the reasons for the refusal with details as to how to challenge it. We turn to the appeal process now.

THE APPEAL PROCESS

a. The First-tier Tribunal

Section 82(1) of the Nationality, Immigration and Asylum Act 2002 (as amended by the Immigration Act 2014) entitles a claimant to appeal against a decision refusing them asylum. Appeals are heard by specialised tribunals. These are administrative public bodies discharging a judicial function. The process starts with the claimant lodging an appeal with the Asylum and Immigration First-tier Tribunal ('FtT'). An appeal before the FtT is ruled by the Tribunal Procedure (First-tier Tribunal) (Immigration and Asylum Chamber) Rules 2014 ('The 2014 Rules'). According to the 2014 Rules a claimant has only 14 days after the Secretary of State's decision is sent to them to lodge an appeal, giving reasons for disagreeing with the Secretary of State's decision. The two broad grounds for appeal are that the removal of the claimant from the UK following a refusal or revocation of the claimant's status by the Secretary of State would breach the Refugee Convention or would be unlawful under the Human Rights Act 1998, under Section 84(1) of the 2002 Act.

Under the 2014 Rules, in order to decide the appeal the FtT must hold a hearing. Tribunal and court proceedings follow the principles of the adversarial system. In adversarial systems judges do not decide which evidence is required, which witnesses to call, or how to progress a case. These are all matters for the parties. It is for them to substantiate their own position whilst undermining the opponent's case. The judge is an arbiter, an

impartial factor overseeing the overall fairness and the conduct of proceedings; an umpire in a game. In immigration cases the tribunal has case management powers, and although still impartial, the judge is less removed from the way a case is conducted. A FtT judge can, for instance, permit or require a party to provide documents, information, evidence or submissions, hold a hearing to consider any matter or decide the form of any hearing. These powers are in line with the overriding objective of the 2014 Rules, which is to deal with the case fairly and justly, avoiding delay. FtTs are expected to hear one or two substantial asylum appeals per day[33].

Oral evidence is crucial to the process. Every witness, starting with the appellant, is called to give evidence. There are three stages to this: Examination in chief, cross-examination and re-examination. Examination in chief is the process whereby the party 'tells their story' and presents their case. Cross-examination is the questioning of the witness by the opposing party, with a view to undermining the case proposed. Re-examination is the opportunity a party has to clarify matters arising from cross-examination and tie any loose ends.

In immigration cases the appellant's evidence in chief is presented in the form of a written statement. Cross-examination remains an oral exercise, however. Cross-examination is performed by the representative for the Secretary of State, the Home Office Presenting Officer (HOPO). HOPOs are legally qualified. This means that the appeal hearing starts straight with the cross-examination of the appellant by a lawyer. There may be some re-examination of the appellant by the appellant's representative, but this is limited in scope. If listed, all other witnesses for the appellant are subjected to the same three-staged process, until all of the appellant's evidence is complete.

During the oral evidence parties are entitled to ask witnesses to speak to documentary and other types of evidence in support their respective accounts. Known as 'exhibits' in England & Wales or 'productions' in Scotland, these may include personal letters, statements, photographs, official documents and other. Evidence can be adduced in the form of journalistic materials, independent country reports or professional experts' reports. However, as per the case of *Tanveer Ahmed* [2002] UKIAT 00439, it is for the claimant to show that the document can be relied on. The same applies to other types of evidence.

Once all the evidence has been seen and heard, the judge invites submissions for both parties, starting with the Secretary of State. Submissions are legal arguments on how the tribunal ought to apply the law to the particular facts of the case. Once finalised, a decision may be issued orally at the hearing. The judge's decision will explain the reasons of fact and law for the tribunal to grant or refuse the appeal. This way an appellant may have their case presented, argued and determined within a day. If the judge confirms the decision by the Secretary of State, the claimant may wish to lodge an appeal against the FtT's decision.

33 A court is expected to hear an asylum case in approximately 2 hours, though they may last more or less. Usually 3 or 4 cases are timetabled in the daily court lists. This includes at least one or two additional matters per day, such as a case management or procedural hearing, or an EEA case.

The right to appeal is not automatic though: Claimants require to seek permission to proceed. For that purpose, an application for permission to appeal must be lodged with the FtT clerk in writing, no later than 14 days after the decision was promulgated orally at the hearing or it was sent to the appellant, if in writing. The FtT then must consider whether to review the decision. The Tribunal may undertake the review of its own decision or grant permission to appeal only if satisfied that there was an error of law.

This means that an appeal will not proceed against the judge's findings in respect of the facts, or in terms of the credibility and reliability of a witness. There is no 'second bite at the cherry' as it were. As the judge has had the opportunity to see and hear the evidence directly, their assessment will not ordinarily be interfered with by a superior court except on grounds of irrationality (*Edwards v Bairstow* [1956] AC 14). Nonetheless, if in coming to their decision a judge has considered irrelevant facts, or has left out of consideration relevant facts, or has misapplied the law they will have incurred in an error of law, and errors of law are justiciable.

Errors of law can take many forms (*Nixon (permission to appeal: grounds)* [2014] UKUT 00368 (IAC) by The Hon. Mr Justice McCloskey at para. 10), yet not every error of law counts. The error has to be material, i.e. make a difference to the outcome, as per *R (Iran)* [2005] EWCA Civ 982[34] and *Anoliefo (permission to appeal)* [2013] UKUT 00345 (IAC)[35]. If the Tribunal however finds no *material* error of law and decides not to review it or not to act in respect of the decision or part of it, it must then consider whether to grant permission for the claimant to go to the Upper Tribunal (The UT).

b. The Upper Tribunal

The UT is the superior court of record in respect of proceeding at the FtT[36]. Proceedings at the UT are regulated by the Tribunal Procedure (Upper Tribunal) Rules 2008 (as amended). An application for permission to appeal to the UT must be received no later than 14 days after the date on which notice of the FtT's refusal was sent to the appellant. The statutory basis for the right to appeal to the UT is found under section 11 of the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 and s21(2) of the 2008 Rules. Permission to appeal can come from the FtT, failing which it will need to come from the UT directly. Although not necessarily, if a court has already adjudicated on whether permission should be granted, it will be harder for an appellant to persuade a superior court that there is an error in law in the decision.

According to the 2008 Rules, it is for the party alleging the error to identify the grounds on which they rely and to do so 'clearly and coherently, with appropriate particulars', or risk being dealt with 'brusquely and robustly' by the court (*Nixon*, at Para. 11). Again, the error ought to be material to the decision. The appeal can be disposed of without a hearing, but as a norm a hearing is held. This takes the form of a debate, with the representative for the appellant on one side and a senior representative for the Secretary of State on the other. There is no rehearsal of the evidence, as this is a

34 At Paras. 9 & 10.

35 At Para. 16.

36 Section 3(5) of the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007

matter for the FtT judge. Evidence may be submitted with leave of the court only, and exclusively in support of the grounds for which permission was granted. If the appellant wishes to argue new grounds the Tribunal must first consent. The hearing at the UT level is concerned exclusively with matters of law.

It is for the appellant to make their case, so the debate starts with submissions for the appellant, flowed by the submissions by the Secretary of State. Once the debate is over the UT judge will decide on the case by delivering the opinion at the hearing or in writing, stating the reasons for it. The UT may grant the appeal, or not. The frustrated appellant may wish to appeal to a higher court. Again, and as with the FtT, permission must be sought in writing. The time limits for permission to appeal are constrained, giving the appellant twelve working days to lodge their application, or seven, if they are detained.

c. The appellate courts

The decision of the tribunal can be challenged under section 13 of the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007. The corresponding appellate court is the Court of Appeal in England & Wales and the Court of Appeal in Northern Ireland. In Scotland it is the Court of Session. In terms of the 2007 Act an appeal to the higher courts requires permission. At this level permission will only be granted on condition that the proposed appeal raises some important point of principle or practice, or that there is some other compelling reason for the relevant appellate court to hear the appeal. In other words, the issue must not be confined to the petitioner's own facts and circumstances, as per the ruling in *Eba v Advocate General for Scotland* [2011] UKSC 29[37].

The error of law alleged has to be of such kind as to transcend the appellant's case. Disagreeing with the decision in the case is not sufficient. Finding fault within a decision in the case is not enough. The challenge has to have wider public applicability and a more general effect. Among the claims which manage to come this far, not many can meet such test. Moreover, the complexity of legal matters at issue will demand the experience and skill of counsel, i.e. a barrister or an advocate, who are those who possess 'rights of audience' before the higher courts. And albeit access to legal aid to fund the necessary representation is fundamental, it is not guaranteed.

A case refused by an appellate court can be appealed in turn to the UK's Supreme Court (UKSC). Going to the highest court in the land also requires permission. Leave must first be sought (and refused) by the appellate court before an application can be made to the UKSC itself. Getting permission to appeal to the UKSC requires the strict fulfilment of statutory tests and formal requirements[38]. The possibility to get a decision overturned at the highest judicial instance is, if not impossible, hardly achievable for an ordinary claimant with an ordinary claim.

37 At para. 48

38 UKSC. (2019). Applications for Permission to Appeal | Practice direction x - The Supreme Court. From https://www.supremecourt.uk/procedures/practice-direction-03.html. See also The Supreme Court Rules 2009.

JUDICIAL REVIEW

When all proceedings are exhausted and no other remedy is available, a claimant may resort to the judicial review of the Secretary of State's decision. Judicial Review is a mechanism whereby an administrative act, omission or decision may be subjected to the 'supervisory power of the court'. In Scotland that supervisory jurisdiction is exercised by the Court of Session; In Northern Ireland they are heard by the High Court. In England & Wales and for asylum and immigration cases the competent court is the UT. In Scotland an application must be submitted within three months of the decision having been made. Permission is required and may be granted by the court only if it is satisfied that the applicant can demonstrate a sufficient interest in the subject matter of the application, and the application has a real prospect of success[39].

It is worth emphasising that it is the *legality* of the decision, as opposed to its materiality or correctness what falls to be scrutinised. This means that seeking to have a decision judicially reviewed does not invite an examination of the merits or the facts. In other words, a judicial review is not an appeal.

Broadly, there are three grounds on which judicial review can be sought: *illegality*, *procedural impropriety* and *irrationality,* as per the famous passage by Lord Diplock in *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1984] 3 WLR 1174. The concept of illegality refers to the lawfulness of the decision. The court will ask itself: Has the public body got the powers to make the decision or has it acted *ultra vires*? If it has got the powers, a challenge on the basis of illegality fails. Procedural propriety has to do with the concept of fairness in the decision-making process. Has the party been heard an able to put forward its case? If the party has enjoyed the guarantees associated with 'natural justice' (such as the right to be heard and to challenge the evidence at a public hearing, according to law) the test is met. The issue of irrationality has to do with the reasonableness of a decision. This is a much harder challenge: The court will interfere with a decision on irrationality grounds only if it is *'so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it'* as per the case of *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, HL. Basically, only if it is absurd.

Judicial review is a highly technical resource, but not a means to enquire into the merits of a decision. Only exceptionally can a decision taken by the authorities be disturbed on the basis of its merits, and that is when either the material findings have no basis on the evidence or are manifestly contrary to it. In any event, even if the tests are met, an action at this level is expensive and requires the instruction of agents and counsel. Given both the government's agenda of austerity and the hostility to refugees referred to at the beginning, obtaining legal aid to fund a petition for judicial review is increasingly arduous.

FRESH CLAIM

One last resort available to a claimant is to make further submissions to the Secretary of State in the hope that these will amount to a 'fresh claim'. Fresh claims are regulated

39 Section 27B(1)&(2) (Requirement for Permission) of the Court of Session Act 1988.

by Paragraphs 335 and subsequent of the IR. Whether fresh submissions amount to a fresh claim will depend on whether 'they are significantly different from the material that has previously been considered'. To be 'significantly different' their content must not have already been considered by the Secretary of State and, *taken together* with the previously considered material, they must create a 'realistic prospect of success' (*R on the Application of WM (DRC) v Secretary of State for the Home Department* [2006] EWCA Civ 1495. In other words, is there is a realistic possibility that faced with the new material an immigration judge will decide in favour of the claimant's case? That, once again, is a high test.

Since it has to be taken together with it, the previous claim weighs in. Related negative findings with regards to credibility and reliability will have an impact on the fresh assessment of the overall claim. The matter is entirely for the Secretary of State, and his decision can only be reviewed on *Wednesbury* grounds, as per (*R v Secretary of State expert Onibiyo* [1996] QB 768 at 785D). Assuming however that the test is met, the effect of a successful fresh claim is for the claimant to go back to the beginning and start the process all over again.

CONCLUSION

Amidst a climate of public hostility towards 'third country' migration in general and towards refugees in particular, access to the right of asylum is becoming increasingly difficult. The UK has adopted a policy of strict migratory control in response to public clamour calling for a curb in mass migration. Statistics show however that the number of asylum claimants represents in fact a very small percentage of the total population.

Such policy has led to hyper-regulation. The result is a complex, convoluted and markedly punitive legislative framework. The Secretary of State for the Home Department, the authority telling 'illegal' migrants to "Go home or face arrest"40 is the same public body in charge of making the decision as to whether an asylum claim is or not successful. Once negatively assessed by the Secretary of State, the fate of a claim is pretty much sealed. Judicial remedies are available, but challenges to decisions by the Secretary of State are difficult to pursue, not least because of their dependability on access to legal aid. A claim's progress up the appellate ladder depends on the claimant or their representatives' ability to articulate the various procedural and substantial legal tests successfully, from the First-tier Tribunal to the Supreme Court.

The right of asylum is a universal right, or so should be. It is meant to protect everywhere, those persecuted anywhere. Yet those hoping for refuge in Britain must be prepared not to expect a warm welcome. Between the rules and the procedures, access to asylum in the UK is, rather than a universal right, a much restricted, hard-fought privilege.

Políticas públicas y la niñez migrante

Public policies and the migrant childhood

Boris Wilson Arias López[1]

RESUMEN

Los niños, niñas y adolescentes migrantes se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, por lo que merecen tutela adecuada a sus especificidades concretas por parte de las autoridades judiciales y administrativas migratorias. El presente trabajo pretende desarrollar los aspectos esenciales a considerar en la toma de decisiones de autoridades administrativas y judiciales migratorias respecto a los niños, niñas y adolescentes migrantes en situación legal irregular y el respeto al debido proceso.

SUMMARY

Migrant children and adolescents are in a situation of extreme vulnerability, so they deserve adequate protection of their particularities by the judicial and administrative authorities of migration. This paper intends to develop the essential aspects of the decision-making of the administrative and judicial authorities of migration regarding decisions that refer to migrant children and adolescents in an irregular legal situation.

PALABRAS CLAVE

Derechos / Niñez y adolescencia / Migración

KEY WORDS

Rights / Children and Adolescents / Migration

1 Abogado, Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar maestría en administración de justicia (Universidad San Francisco Xavier De Chuquisaca), docente investigador de la Universidad Mayor de San Andrés. Letrado del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las constituciones y los tratados de derechos humanos, defienden la idea de igualdad[2], pero si consideramos que ninguna persona es igual a otra, entonces la igualdad, o no existe, o debe ser reformulada, como efectivamente se consideró en la concepción de igualdad del estado social de derecho cuando adoptó un sentido "material" de lo que debe entenderse por igual[3].

La nueva concepción de lo "igual" entendió que lo que consideramos igual contiene lo desigual, de forma que si se da un trato igual a lo desigual, entonces se lesiona el principio en su sentido material. La dificultad para determinar la igualdad entonces está en que si igualdad implica comparar personas o estados de cosas, lo que resulta igual o desigual depende de lo que comparamos, por ejemplo cuando las Constituciones en general en atención a la madurez no dan derecho al voto a los menores de edad[4].

Ahora bien, el parámetro de comparación depende de la determinación de si existe o no una razón suficiente en el legislador para dar un trato diferente o igual a un determinado

2 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, establece en su Preámbulo que: *"Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos…"*, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 1 establece: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros", el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 2.2 establece: "*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"*.

3 Antiguamente la igualdad era uniformidad de ahí que se recurría a la equidad para corregir los excesos de la igualdad.

4 *"El legislador no sólo puede establecer el servicio militar sólo para los adultos, penas sólo para los delincuentes, impuestos según el monto de los ingresos, ayuda social sólo para los necesitados y condecoraciones sólo para ciudadanos distinguidos, sin violar el principio de igualdad; tiene también que hacerlo si no quiere dictas normas no funcionales (por ejemplo, servicio militar para los niños), disparatadas (por ejemplo, penas para todos) e injustas (por ejemplo, capitaciones). La igualdad de todos con respecto a todas las posiciones jurídicas conduciría no sólo a normas no funcionales, disparatadas e injustas, sino que también eliminaría los presupuestos para el ejercicio de competencias. Todo elector debería ser también elegido y todo subordinado debería ser también jefe. Todo vendedor tendría sólo el derecho a que se le pague el precio de venta sino también el deber de pagarlo, etc. Igualmente claro es que el principio de igualdad no puede exigir la igualdad en todas las propiedades naturales y en todas las situaciones fácticas en las que se encuentran los individuos. Quizás las diferencias en la salud, la inteligencia, la belleza, pueden hasta cierto punto ser reducidas o compensadas pero, su eliminación tropieza con límites naturales. A ello se agrega el hecho de que una coincidencia de todos en todos los aspectos, aun cuando fuera posible, no sería deseable. La coincidencia de todos en todos los respectos tendría como consecuencia que todos querrían hacer lo mismo. Pero, si todos hace lo mismo, sólo es posible lograr un nivel intelectual, cultural y económico muy limitado"* (Alexy, 2008: 384).

sector o grupo[5], lo que a su vez permite juzgar la proporcionalidad entre medios usados y la importancia de los fines buscados[6].

Esos parámetros para juzgar la igualdad y desigualdad a veces son consensuados y otras veces son controversiales, pero en general, el grado de vulnerabilidad generó la idea de categorías "sospechosas" emergentes, bajo criterios como la edad, el color de la piel, entre otros[7], siendo el grado de vulnerabilidad cuantitativo y no cualitativo, de forma que puede acrecentarse o reducirse de acuerdo a las circunstancias y particularidades de un caso concreto; así por ejemplo, dos niños son igualmente vulnerables pero si uno de ellos vive en la pobreza es más vulnerable que el otro.

Entonces, se es igual y diferente al mismo tiempo de acuerdo al parámetro que utilicemos, de donde se infiere que todo niño tiene el mismo derecho que un adulto a ser reconocido como pleno sujeto de derecho[8], pero al mismo tiempo, puede merecer un trato diferente incluso respecto a otros niños, de acuerdo a sus circunstancias específicas, en cuyo caso: "*la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación*" (*Opinión Consultiva 18. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 2003).

5 Generalmente se sostiene en materia jurisprudencial que corresponde dar el mismo trato, bajo el siguiente criterio: "*donde hay la misma razón, hay el mismo derecho*", razonamiento aplicable a materia legislativa y administrativa.

6 Cuando la Constitución sostiene que todos somos iguales ante la ley, quiere significar: "*1) Que la ley, según su contenido, debe aplicarse sin consideración a las personas; ello va de suyo y se encuentra ya en el concepto de norma; 2) Que la ley no debe basarse en distinciones o características que sean consideradas "irrelevantes" o "injustas"…*" (Ross, 2006: 352).

7 Respecto a las categorías sospechosas: *"En 1938, en una nota a pie de página de la sentencia United States v. Carolene Products Co., el entonces, todavía no C.J. J Stone introdujo tres párrafos que se han convertido en el gran fundamento del test estricto de la constitucionalidad motivado por la aplicación de la cláusula de igualdad: "puede que el ámbito de operatividad de la presunción de constitucionalidad sea menor cuando la legislación parece contradecir directamente (on its face) alguna prohibición específica de la Constitución, como las de las diez primeras enmiendas… Si el primer párrafo simplemente recoge la posible inversión de la presunción de constitucionalidad, el segundo sirve de fundamento para la constitucionalización de derechos no sustantivos, sino meramente procedimentales, de participación o adjetivos, y el tercero para la especial operatividad de la cláusula de igualdad por encima del test de racionalidad. Los prejuicios raciales fueron los primeros en motivar la aplicación del examen más cuidadoso de la constitucionalidad (strict scrunity), siendo las clasificaciones raciales categorizadas como sospechosas desde Korematsu v. United States… El segundo tipo de minoría incorporada a la definición del párrafo 3 de la nota de Carolene Products fueron los extranjeros, entendidos como no ciudadanos y como minorías norteamericanas por su antiguo origen nacional… La tercera minoría "concreta y marginal", aunque sin haber sido jamás expresamente calificada como tal, fue la de los hijos ilegítimos… La cuarta ya es más conocida: se trata de la discriminación por razón de sexo… Formalmente, con estas cuatro categorías se acaban las categorías sospechosas, pero los intentos de introducir en el sistema nuevas categorías siguen abiertos; la homosexualidad es citada por Tribe como una de ellas, y la de los enfermos mentales es una cuestión pendiente que el propio TS ha reconocido como tal cuestión pendiente, sin negar, por tanto, que o puedan llegar a serlo"* (Alonso, 1984:289).

8 Debemos recordar que los derechos humanos no dependen de una situación de ilegalidad migratoria; en este sentido: "*…todos los derechos fundamentales deberían estar anclados en la condición de persona y/o de capaz de obrar, y no en la ciudadanía…*" (Ferrajolli, 2013:120).

2. LOS NIÑOS MIGRANTES Y SU SITUACIÓN DE EXTREMA VULNERABILIDAD.

Todo niño migrante cuenta con una protección reforzada en los textos internacionales y constitucionales por su situación de vulnerabilidad; en este sentido la importancia en la identificación de niños, niñas y adolescentes en situación de extrema vulnerabilidad es fundamental, pues lo contrario implicaría dejarlos a merced de bandas criminales, drogas, prostitución, discriminación, entre otros peligros a los que están sometidos.

Los Estados receptores y de origen en el marco del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben desarrollar individual y en coordinación, políticas públicas para identificar niños, niñas y adolescentes que requieran protección especial, como sucede cuando llegan incluso a ser víctimas de tráfico sexual, adopciones ilegales, servilismo, transporte de drogas, etc., en cuyo caso emerge el deber de los Estados de iniciar investigaciones serias para castigar a los responsables, o cuando cuentan con ciertas particularidades como enfermedades[9], creencias religiosas, origen étnico, etc. que podrían provocar discriminación, debiendo en todo caso considerarse a los niños, niñas y adolescentes como ciudadanos al momento de formular dichas políticas públicas y de esa forma asegurar su participación plena[10].

Por otra parte, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH, el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos implica: "*i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías*", por lo que en la formulación de dicha legislación también deberían tener una participación activa y plena los niños, niñas y adolescentes.

Conforme ordenó el fallo del caso Vélez Loor vs. Panamá[11], todo el personal de migración debe estar lo suficientemente capacitado para identificar menores en situación de extrema vulnerabilidad, de forma que tengan capacidad de reacción rápida y eficiente ante este tipo de situaciones. En todo caso, debería prohibirse que la información obtenida de los niños, niñas o adolescentes por dicho personal sea utilizada en contra de sus padres o familiares migrantes.

3. PARTICULARIDADES DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS MIGRANTES

Los estudios referidos a la migración de niños, niñas y adolescentes deben partir de un análisis general del fenómeno migratorio, en cómo inevitablemente puede afectar

9 En Bolivia por ejemplo para visa de estudiante el Decreto Supremo 24423 de 29 de noviembre de 1996, exige una prueba que acredite que no se cuenta con una enfermedad infecto-contagiosa lo que incluye al SIDA.

10 La Corte IDH sostiene que un niño tiene todos los derechos de un adulto y otros adicionales por la protección especial que necesitan *(Opinión Consultiva OC-21. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional,* 2014).

11 En el Caso Vélez Loor vs. Panamá la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso en su parte resolutiva que: "*El Estado debe implementar, en un plazo razonable, un programa de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización, así como para otros funcionarios que por motivo de su competencia tengan trato con personas migrantes, en cuanto a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes…*" (Caso Vélez Loor vs. Panamá, 2010).

de forma positiva o negativa a los diferentes pueblos del mundo[12], siendo los niños "*personajes anónimos en la historia de las migraciones*". En tal sentido, las migraciones masivas pueden originarse en:

- Causas socioeconómicas referidas a la falta de fuentes de trabajo y a las condiciones laborales existentes en el país de origen[13].
- Causas políticas referidas directamente a la estabilidad o inestabilidad de los diferentes Estados.
- Causas culturales referidas a los mitos y expectativas construidas alrededor de los países de destino y de origen.

En consecuencia, la migración irregular *per se* no es el verdadero problema, sino la mala distribución de riquezas en el mundo, de ahí que el uso del derecho penal[14] o la exclusión en el goce de derechos de los migrantes por esa condición, no resuelve en absoluto el problema, debido a que este tipo de políticas atacan el efecto, es decir la pobreza y no la causa del problema.

Ahora bien, en general debe distinguirse la responsabilidad individual de:

Los Estados de origen, que están obligados a crear condiciones sociales, económicas y políticas para que el derecho a migrar sea eminentemente voluntario y pueda ejercerse a plenitud el denominado "*derecho a no migrar*" (Liwskien, 2012), es decir que debe reconocerse que no podrán evitarse migraciones masivas si en el país de destino los migrantes cuentan con mayores oportunidades de vida.

Los Estados de destino o receptores de migración, los cuales deben abandonar toda política que vulnere los Derechos Humanos y provoque la conformación de guetos. Dicha responsabilidad, al menos se funda en: 1. el deber de solidaridad con otros seres humanos, por lo que no solo alcanza a los nacionales sino a los extranjeros; y, 2. la responsabilidad de la migración, muchas veces se origina en los países de destino piénsese; por ejemplo, en la migración provocada por el cambio climático la cual es responsabilidad fundamentalmente de los países desarrollados que luego paradójicamente rechazan a los migrantes.

Específicamente, tratándose de los niños, existe la urgencia de los Estados en establecer políticas de colaboración en materia de migración, y emerge la responsabilidad compartida para que en el caso de niños, niñas y adolescentes se reinterprete el

12 Piénsese en los diferentes etnocidios provocados por masivas migraciones durante los periodos coloniales.

13 "*…la ciudadanía supone un límite al deber de solidaridad, que es el fundamento y la garantía de los derechos sociales. El Estado de bienestar está construido dentro de las fronteras estatales y se basa en una obligación especial de dar ayuda prioritaria a los compatriotas*" (Bernal, 2005).

14 "En razón de que las infracciones relacionadas con el ingreso o permanencia en un país no pueden, bajo ningún concepto, tener consecuencias iguales o similares a aquellas que derivan de la comisión de un delito y en atención a las diferentes finalidades procesales existentes entre los procesos migratorios y los penales, la Corte estima que el principio de ultima ratio de la privación de libertad de niñas y niños no constituye un parámetro operativo en el ámbito sometido a consulta, esto es, a los procedimientos migratorios" (*Opinión Consultiva OC-21. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional,* 2014).

concepto del deber de protección del interés superior del niño, en tanto que en el ámbito de migración de niños, niñas y adolescentes no sólo corresponde su amparo a los Estados individualmente considerados sino a la comunidad internacional en pleno.

Asimismo, debe considerarse en la problemática general al menos lo siguiente:

- Existen diferentes tipos de migraciones (internas como sucede con los éxodos rurales, internacionales, por refugio y/o asilo, trata infantil, desplazamiento forzado, entre otros) y en cada caso debe considerarse el "interés superior del niño"[15].
- Deben evitarse los impuestos sobre las remesas[16].
- Efectuar controles estrictos de documentación y permisos en los Estados de origen, tránsito y destino cuando se traslada un niño, niña o adolescente.
- Facilitar la cooperación internacional para hacer cumplir las obligaciones económicas de los padres separados o divorciados con sus hijos cuando vivan en países diferentes.
- Asegurar el acceso equitativo a la educación[17] y a los servicios de salud para todos los hijos de inmigrantes incluso se encuentren en situación irregular hasta mientras se defina su situación jurídica.
- Establecer políticas tendientes a la reunificación familiar.
- Prevenir y sancionar todo acto de discriminación y de xenofobia.

En lo específico a los niños y adolescentes puede distinguirse a:

- Las y los niños y adolescentes que migran como miembros de una familia,
- Las y los niños y adolescentes que migran de manera autónoma,
- Las y los niños y niñas cuyos padres migran y que se quedan en su lugar de origen

A cada situación corresponden efectos variados, y por tanto igual de diferentes debieran ser las políticas estatales, en atención al interés superior del niño para su protección y tutela, que deberían ser considerados en el caso concreto por la autoridad judicial

15 *"La Corte concuerda con el Comité de los Derechos del Niño en cuanto a que "[e]l retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redunda en el interés superior" por lo que se encuentra prohibido cuando "produce un 'riesgo razonable' de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del [niño o niña] y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución" (Opinión Consultiva OC-21. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 2014).

16 Es paradójico que si se deporta a un trabajador extranjero y no se le pagan derechos laborales, entonces el Estado está expropiando propiedad sin indemnización cuando en realidad, dicho extranjero debió afrontar el trabajo muchas veces sin condiciones mínimas y dignas a un ser humano.

17 El derecho de acceso a la educación debe protegerse incluso respecto a los niños, niñas y adolescentes migrantes en situación irregular y mientras se resuelve su situación corresponde dilatar su deportación hasta que concluya el año lectivo para que no se vea perjudicado en atención al principio de interés superior de los niños y niñas.

o administrativa pertinente de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[18].

En este contexto, como lo sostuvo la jurisprudencia de la Corte IDH : "…*los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos*…" (*Caso Vélez Loor vs. Panamá*, 2010) y a partir de dicho contexto debe concluirse en que la situación de vulnerabilidad de los migrantes[19] debe resolverse en base al principio de igualdad[20] en políticas específicas dirigidas a dicha población a efectos de proteger sus derechos y que al tratarse de niños y adolescentes es menester profundizar y ahondar en su situación todavía más específica[21].

Igualmente, debe tenerse en cuenta, que las problemáticas emergentes de la migración más que ser de naturaleza cuantitativa son fundamentalmente de naturaleza cualitativa, de forma que en todo análisis de autoridades administrativas o judiciales deben considerarse los principios *pro homine*, de no discriminación (por la situación migratoria irregular), de progresividad, protección especial, interés superior del niño y de protección integral de los derechos del niño además de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994, Convenio 182 - Sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999 y su Recomendación 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, y las Directrices sobre políticas y procedimientos para tratar a los niños no acompañados que están buscando asilo de ACNUR 1997[22].

18 Sobre el derecho a la familia: "…*interpretar el alcance del referido derecho en el marco de un supuesto específico, que es en los casos de un procedimiento de expulsión o deportación de uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, lo cual puede configurar una injerencia en el disfrute de la vida familiar al separar a la niña o al niño de uno o ambos progenitores*" (*Opinión Consultiva OC-21. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacion*al, 2014).

19 Los migrantes ilegales pierden sus derechos por temor a ser deportados; en este sentido, se violan mujeres o se les quita sus derechos laborales, lo que muchas veces es equivalente a una muerte civil.

20 La desigualdad hoy no se da solo por el dinero que se posea sino en lo relativo a la migración por pertenecer a un Estado o a otro Estado.

21 Las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, entendimiento contenido en la OC-21/14.

22 Sobre el principio de no devolución la Corte IDH citando el caso Tineo contra Bolivia recuerda que: "*La protección del principio de no devolución establecido en la disposición bajo análisis de la Convención Americana alcanza, en consecuencia, a toda persona extranjera y no sólo a una categoría específica dentro de los extranjeros, como sería los solicitantes de asilo y refugiados. A esta conclusión se llega a partir de una interpretación literal de los términos del artículo*" (*Opinión Consultiva OC-21. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional,* 2014).

4. EL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS DE DEPORTACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido la aplicación de los elementos del debido proceso del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a todo proceso, incluso procedimiento judicial o administrativo (*Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, 2001), en el cual pueda afectarse o menoscabarse los derechos.

Los niños, niñas y adolescentes migrantes no deben ser sometidos a procesos penales por su situación migratoria irregular, es decir el procedimiento administrativo o judicial no debería estar diseñado como sancionatorio[23] sino que debería dirigirse a concretar el interés superior del mismo, máxime cuando pueden ser víctimas de delitos internacionales y en realidad son merecedores de apoyo médico, psicológico, jurídico o en su caso de asistencia para retornar a sus respectivos países[24].

De igual forma, la estructura y diseño para resolver la situación de un niño, niña o adolescente migrante debe considerar sus especificidades, de forma que sea diferente al procedimiento utilizado para adultos migrantes, pues de no reflejarse dichas peculiaridades en dicho procedimiento se los estaría tratando como adultos[25].

En este contexto al afectarles significativamente en su proyecto de vida las decisiones de las autoridades migratorias –judiciales o administrativas-, en dicho procedimiento deben contar con las garantías suficientes que les asegure su participación plena y el debido proceso[26], es decir, debe presumirse su minoridad, intérprete o traductor, juez natural, asistencia consular, derecho a controvertir pruebas, notificación a padres o familiares, asesoramiento legal adecuado[27], entre otros considerándose en todo caso las particularidades del caso, por ejemplo el derecho a la asistencia consular en referencia a los "*niños no acompañados*"[28] no dependerá de la voluntad, etc. Dicha

23 En ciertos casos como observaron los Estados solicitantes de la Opinión Consultiva 21/14, los niños, niñas y adolescentes podrían ser sancionados conjuntamente a sus padres a la expulsión e incluso a no volver a ingresar en cierta cantidad de años a un determinado Estado sin previo proceso y sin culpa de acuerdo al caso.

24 Debe considerarse que la misma situación de irregularidad genera diferentes complejos traducidos en desconfianza, inseguridad incluso a crisis de identidad.

25 "*…la Corte considera que, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la privación de libertad resulta improcedente cuando las niñas y los niños se encuentran no acompañados o separados de su familia, pues bajo esta óptica el Estado se encuentra obligado a promover en forma prioritaria las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña o del niño, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad*" (*Opinión Consultiva OC-21. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional,* 2014).

26 Las garantías del debido proceso deben observarse independientemente el estatus legal de una persona y por otra parte en la OC-21/14 se sostuvo por la Corte IDH que en el caso de niños no acompañados o cuyos padres están detenidos, los mismos tienen una garantía adicional como es la de que debe nombrarse un tutor provisional.

27 Conforme al caso Vélez Loor vs. Panamá el asesoramiento y representación legal no puede sustituirse y/o suplirse por el trabajo realizado por ONG`s o por el Defensor del Pueblo.

28 Referido a los menores de 18 años que no están cuidados por algún mayor que además se responsabilice de los mismos.

protección no sólo debe garantizarse por los Estados receptores sino también por los de tránsito.

Por otra parte, respecto a la posibilidad de sancionar penalmente a migrantes adultos en situación irregular se tiene que de acuerdo a la jurisprudencia: "…*la Corte considera que la finalidad de imponer una medida punitiva al migrante que reingresara de manera irregular al país tras una orden de deportación previa no constituye una finalidad legítima de acuerdo a la Convención*…" (*Caso Vélez Loor vs. Panamá*, 2010), en este sentido en casos excepcionales cuando se considere la necesidad de privarse de libertad al migrante mientras se resuelve su situación legal deben agotarse todas medidas alternativas a la detención –cualquiera sea su denominación en el ámbito interno- previamente diseñados por los Estados rechazándose en este sentido cualquier política que establezca la privación de libertad de manera automática y que exima de la debida fundamentación. En todo caso al no configurarse dicha detención en una sanción de ninguna manera puede ejecutarse en centros de reclusión para condenados o sospechosos de cometer delitos sino en centros de detención adecuados a la finalidad buscada.

En esta línea de pensamiento, la afirmación de la Corte en el sentido que "…*la detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo*" (*Caso Vélez Loor vs. Panamá*, 2010) se refuerza cuando se hace referencia a niños, niñas o adolescentes[29].

Pese a ello, respecto a la posibilidad de limitar la libertad de los niños, niñas o adolescentes debe hacerse referencia a que cuando los mismos se encuentran con sus padres la restricción es únicamente circunstancial es decir consecuencia directa de la privación de libertad de los padres[30], lo que es diferente cuando se trata de "*niños no acompañados*" en cuyo caso para restringir la libertad de locomoción debe nombrarse un tutor legal y cumplirse las formalidades establecidas por la Corte es decir:

> "…*sin perjuicio de la legalidad de una detención, es necesario en cada caso hacer un análisis de la compatibilidad de la legislación con la Convención en el entendido que esa ley y su aplicación deben respetar los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que la medida privativa de libertad no sea arbitraria173: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, razón por la cual el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional174, y iv) que*

29 "*En suma, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitraria, y por ende, contraria tanto a la Convención como a la Declaración Americana*" (*Opinión Consultiva OC-21. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional,* 2014).

30 Por ejemplo, en Bolivia conforme el artículo 6 de la Ley de Ejecución de Penal y Supervisión los menores de seis años pueden permanecer con sus padres en recitos penitenciarios.

sean medidas que resulten estrictamente proporcionales175, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención" (*Caso Vélez Loor vs. Panamá*, 2010).

Respecto a los centros de restricción de libertad momentáneos para niños, niñas y adolescentes migrantes, se tiene que si los Estados en materia penal o infraccional "… *no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano*" (*Caso Vélez Loor vs. Panamá*, 2010), dicho razonamiento se fortalece cuando deba restringirse o privarse de libertad de manera transitoria a un niño, niña o adolescente migrante.

Debe recordarse, que respecto a las personas privadas de su libertad independientemente su edad o situación jurídica, los Estados parte están en una posición especial de garante de los derechos (Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, 2004) de las personas migrantes que independientemente de su edad deben guardar detención por el tiempo estrictamente necesario, que de acuerdo al caso debe estar determinado en la ley formal siempre separados de los condenados y procesados penales y considerando sus necesidades familiares, de forma que en lo posible se permita se mantengan unidos en dicha circunstancia de vulnerabilidad, en espacios con servicios básicos, con servicio médico administrado y compuesto por personal capacitado en el resguardo de derechos de la infancia.

5. LAS DECISIONES DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES DEBEN PROPENDER AL RESGUARDO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

La normativa interna de los Estados parte, así como toda autoridad migratoria o policial, debe considerar que existe la posibilidad de que todo niño, niña o adolescente puede estar huyendo de la violencia, amenazas, situaciones críticas existentes en sus países de origen o que pueden ser víctimas de delitos transnacionales, contar con riesgo de tortura o de trato inhumano en su país de origen pudiendo en dichos casos ser beneficiados con la calidad de refugiados. Para lo referido en concordancia con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe adecuarse el trámite que muchas veces resulta complicado y con la exigencia de documentación difícil de obtener a las particularidades del caso.

Así el art. 22 de la Convención de los Derechos del Niño sostiene que: "*Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado en conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la*

presente convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean Partes".

Por otra parte, partiendo del lineamiento general en sentido de que las decisiones de las autoridades migratorias deben regirse por el principio de protección integral de los mismos se tiene que toda decisión de separarlos de sus familias debe constituirse en *ultima ratio* y en caso de tomarse dicha excepcional decisión debe hacérselo respetando las condiciones del debido proceso referido por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y siempre tomando en cuenta la opinión del niño, niña y adolescente[31]. Similar entendimiento debe adoptarse ante controversias respecto a la tutela de los hijos de padres o familiares que viven en diferentes Estados.

En este contexto, la Observación General Nº 6 del año 2005 emanada del Comité de los Derechos del Niño sostuvo que "*…debe recordarse que la supervivencia del menor es primordial y presupuesto del disfrute de los demás derechos…, se recuerda especialmente a los Estados Partes "toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva*" y "*…no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares*".

Finalmente, frente a una crisis humanitaria como la generada en Venezuela por la que miles de niños se ven obligados a migrar solos o con sus familias, generándose una sistemática lesión a sus diferentes derechos, como ser salud, educación, integridad personal, entre otros, puede declararse el "estado de cosas inconstitucional"[32] al que recurrió en su momento la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-025/04 para afrontar la situación preocupante de los desplazados internos, emulado en otros países como Perú en el Exp. N.° 3149-2004-AC/TC, referido a la falta de pago de subsidios por luto y sepelio a varios profesores que provocó una ingente cantidad de casos con supuestos fácticos semejantes, dio lugar a que se dispusiera que la decisión alcanzaba a toda problemática similar que pudiese presentarse en el futuro, y por el

31 La Convención de los Derechos del Niño en su art. 12 establece: "*1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional*".

32 En la sentencia T-153/98 se sostuvo por la Corte colombiana que: "*Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general –en tanto que afectan a multitud de personas–, y cuyas causas sean de naturaleza estructural – es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional*".

efecto expansivo del argumento utilizado pasaba directamente a la fase de ejecución[33], lo cual puede aplicarse por analogía a problemáticas de migración de niños, niñas y adolescentes.

6. EL DEBER DE SOLIDARIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA POLÍTICA MIGRATORIA

La solidaridad en su sentido moral es uno de los fundamentos de las comunidades y nace de la empatía, es decir de ponernos en el lugar de los otros, lo que significa que frente al sufrimiento injusto no nos sentimos tristes por el otro sino que compartimos algo con el otro. La solidaridad nos obliga a levantar en un parque las heces de nuestros perros, a pagar impuestos, y en definitiva nos obliga a pensar en los otros. Ahora bien, sin cooperación -solidaridad- no es posible vivir en sociedad, de ahí que la imagen del ser humano no puede ser individualista y egoísta, sino que por la necesidad de convivencia éste está obligado moralmente a ser solidario por ejemplo con sus hijos, pero ese deber luego pasa a constituirse en un deber de naturaleza jurídica como sucede con la asistencia familiar, y cuando falta ese "deber" con los demás, la "solidaridad" se vuelve en mera "caridad".

Ya en el marco del derecho internacional del mundo contemporáneo las interrelaciones aumentaron, de manera que lo que pasa en un país como Siria afecta nuestras vidas, entonces debe asumirse por los Estados como un "deber" de naturaleza jurídica el ayudar y no como mera "caridad", lo que implica reconocer que nuestro destino está cada vez más unido al de los otros.

Pero el deber de solidaridad no es igual en todos, es decir que no es posible si quiera concebir como igual el deber de proteger a un niño abandonado que tiene un policía al que le pagamos para eso, con el deber de cualquier transeúnte, pues lo mismo sucede con el deber de solidaridad universal; por esa razón, un país como Estados Unidos de América que se beneficia de un orden internacional injusto, no puede alegar que la pobreza en el mundo no es en parte de su responsabilidad, por lo que si frente a los países pobres que tiene como vecinos no cumple su papel solidario, tampoco puede rechazar el ingreso de migrantes en su territorio, pues en el derecho internacional solo el que ejerce sus deberes puede alegar sus derechos frente a los otros Estados.

7. CONCLUSIONES

La universalidad y generalidad de la norma eran una garantía de neutralidad, pero luego en el estado social de derecho se comprendió que lo que consideramos "igual" no depende de consideraciones normativas sino de hechos, es decir de la realidad,

33 Asunto correspondiente a Gloria Marleni Yarlequé Torres, en el mismo se sostuvo siguiendo el Exp. No. 2579-2003-HD/TC que: "*…y a fin de que se respeten plenamente los pronunciamientos de esta naturaleza que de ahora en adelante se emitan, este Colegiado enfatiza que, si con posterioridad a la fecha de expedición de una sentencia de esta clase, llegase al Tribunal o a cualquier órgano judicial competente un caso análogo, cuyos hechos se practiquen con fecha posterior a la de esta sentencia, aparte de que se ordene la remisión de copias de los actuados por la violación del derecho constitucional concretamente afectado, también se dispondrá que se abra proceso penal por desacato de una sentencia del Tribunal Constitucional*".

entonces alcanzar una igualdad “formal” de manera que se rechace la xenofobia depende de que efectuemos cambios en nuestros procesos educativos, contar con suficientes recursos económicos, etc., pero nunca es suficiente la buena voluntad de los legisladores sean nacionales o del derecho internacional.

Las fronteras separan y unen al mismo tiempo, en este sentido dos niños de dos países separados por una frontera son absolutamente iguales vistos desde el derecho internacional, pero diferentes vistos desde el derecho nacional, muchas veces la mera suerte de un niño de haber nacido en un país pobre y otro en un país rico hace que tengan oportunidades dispares, de ahí que no pueda haber el mismo énfasis en la protección de sus derechos, pues no están en las mismas circunstancias, ni su grado de vulnerabilidad es el mismo.

La problemática de la migración infantil deviene de una problemática migratoria general, cuya solución debe partir del reconocimiento de su inevitabilidad y complejidad, aspectos que obligan a los estados y al mismo tiempo a la comunidad internacional a compartir responsabilidades.

Los niños, niñas y adolescentes migrantes por su situación de vulnerabilidad merecen en lo académico estudios particularizados, y en lo judicial una tutela judicial reforzada otorgada por la normativa internacional y nacional a través de personal especializado en los derechos del niño, niña y adolescentes, cuyas decisiones en todo momento deben estar orientadas a preservar su interés superior.

8. REFERENCIAS

Bibliografía

Alexy, R. (2008) Teoría de los derechos fundamentales (2nd ed., p. 384). Madrid. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Alonso, E. (1984). La interpretación constitucional (1st ed., p. 289). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alonso, E. (1984). La interpretación constitucional (1st ed., p. 289). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Bernal Pulido, C. (2005). La posición de América Latina en el contexto de la globalización. Derecho PUCP, (58), 311-331.

Ferrajoli, L. (2013). Garantismo (1st ed., p. 120). Madrid: Editorial Trotta.

Liwskien, N. (2012). Migraciones de niñas, niños y adolescentes bajo el enfoque de derechos. Revista Iberoamericana Sobre Niñez Y Juventud En Lucha Por Sus Derechos – RAYUELA, (5).

Ross, A. (2006). Sobre el derecho y la justicia (p. 352). Buenos Aires: Eudeba.

Jurisprudencia

Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004).

Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2001).

Caso Vélez Loor vs. Panamá (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010).

Opinión Consultiva 18. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2003).

Opinión Consultiva OC-21. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2014).

Migración venezolana y acceso a la atención médica: obligaciones de Colombia bajo la cobertura sanitaria universal

Venezuelan migration and access to healthcare: Colombia's obligations under universal health coverage

Estefanía Palomino[1]

RESUMEN

Venezuela es un país afectado por inseguridad alimentaria extrema, enfermedades transmisibles, falta de acceso a salud sexual y reproductiva, y falta de tratamiento para enfermedades crónicas y catastróficas. Debido a la represión bajo el régimen del Presidente Maduro y la impredecible recesión económica en Venezuela, más migrantes del vecino país han cruzado recientemente la frontera hacia Colombia en tránsito hacia el sur del continente o buscando oportunidades en este país. Las migraciones masivas plantean desafíos particularmente complejos para los sistemas de salud en los países de bajos y medianos ingresos. A medida que la situación en Venezuela continúa deteriorándose y más migrantes huyen de la crisis humanitaria, Colombia debe estar preparada para incorporar sus necesidades en su plan nacional de salud y determinar si cubrirá más que la atención básica de urgencia. Este artículo analiza la obligación de Colombia de brindar atención médica a los miles de migrantes venezolanos que cruzan la frontera cada año y a aquellos que actualmente están indocumentados en el país a la luz de la agenda de Cobertura Sanitaria Universal (CSU).

PALABRAS CLAVE

Migración, Cobertura Sanitaria Universal (CSU), Venezuela, Salud

1 Estefania Palomino es Oficial de Programas de Diabetes Tipo 1 (T1D) en el Helmsley Charitable Trust. US. En este rol, maneja el diseño y la implementación de la estrategia global para mejorar el acceso a salud en múltiples países de bajos y medianos ingresos. Es abogada de la Universidad de Los Andes, Magíster en Derecho Internacional y Solución de controversias de la Universidad para la Paz de las Naciones Unidas y Magíster en Derecho de Salud Global (LLM) de la Facultad de Derecho de Georgetown.

ABSTRACT

Venezuela is a country affected by extreme food insecurity, preventable communicable diseases, lack of access to sexual and reproductive healthcare and lack of treatment for chronic and catastrophic diseases. Due to repression under Maduro's regime and the spiraling and unpredictable economic downturn in Venezuela, more migrants from the neighboring country have recently crossed the border into Colombia either transiting toward the south of the continent or looking for opportunities in this country. Massive unprecedented migrations raise particularly complex challenges for healthcare systems in Low-and Middle- Income countries. As the situation in Venezuela continues to deteriorate and more migrants flee the humanitarian crisis, Colombia has to be prepared to incorporate their health needs into its national health plan and determine whether it will cover more than just basic urgent care. This article analyzes Colombia's obligation of providing medical care for the thousands of Venezuelan migrants that cross the border every year and those who are currently undocumented in the country under the light of the Universal Health Coverage (UHC) agenda.

KEYWORDS

Migration, Universal Health Coverage (CSU), Venezuela, Health

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente, Colombia y Venezuela han tenido una relación o cooperación mutua marcada por un tránsito relativamente sencillo entre los dos países. Debido a la historia de disturbios políticos y conflictos armados en Colombia, el país fue durante mucho tiempo el origen de salida de migrantes en lugar de un destino final para los mismos. Sin embargo, debido a la represión bajo el régimen del Presidente Maduro y la recesión económica impredecible en Venezuela, más inmigrantes del vecino país han cruzado recientemente la frontera hacia Colombia en tránsito hacia el sur del continente o buscando oportunidades en este país. Según Migración Colombia (2017), se reporta que 470,000 venezolanos residen en el país y este número no representa los miles más que transitan temporalmente por Colombia cada año o que permanecen en el país indocumentados.

Las migraciones masivas sin precedentes plantean desafíos particularmente complejos para los sistemas de salud en los países de ingresos bajos y medianos. Las crisis migratorias no solo plantean riesgos epidemiológicos, sino que también amenazan el financiamiento y la cobertura de salud para toda la población. Los países deben diseñar mecanismos de contribución para un nuevo grupo de personas en una situación de extrema vulnerabilidad, cuyas situaciones legales aún no están definidas o que no pueden obtener un empleo legal. El sistema también necesita determinar el tipo de atención y cobertura que ofrecerá a los migrantes mientras continúa sirviendo a sus propios ciudadanos y cumpliendo con sus obligaciones internacionales.

Durante las últimas décadas, la migración internacional forzada ha empeorado debido a diversas causas, incluidos los conflictos armados, los regímenes opresivos, las crisis de salud, la escasez de alimentos y la pobreza extrema. Durante el período 2000-2017, el número total de migrantes internacionales aumentó un 49% de 173 millones a 258 millones de personas. (Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Población [DESA], 2017). La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que hay 258 millones de migrantes internacionales y 763 millones de personas desplazadas en todo el mundo. El 86% de estas poblaciones desplazadas son reubicadas dentro de países en desarrollo (OMS, 2019). Además, las Naciones Unidas (ONU) estiman que 10 millones de personas en todo el mundo son apátridas o carecen de nacionalidad y, por lo tanto, no pueden acceder a servicios básicos como educación, empleo o atención médica (UN DESA, 2017).

Según el Ministro de Salud de Colombia, Juan Pablo Uribe Restrepo (2019), en 2018 el sistema de salud brindó atención médica a más de 200,000 venezolanos. La mayoría de los gobiernos ofrecen a los migrantes atención de emergencia e intervenciones básicas de salud pública, como vacunas o atención materna. A medida que la situación

en Venezuela continúa deteriorándose y más migrantes huyen de la crisis humanitaria, Colombia debe estar preparada para incorporar sus necesidades de salud en su plan nacional de salud y determinar si cubrirá o no más que la atención básica de urgencia.

Este artículo analiza la obligación de Colombia de brindar atención médica a los miles de migrantes venezolanos que cruzan la frontera cada año y a aquellos que actualmente están indocumentados en el país, a la luz de la agenda de la CSU. La primera sección analiza el concepto de CSU y su relación con los derechos humanos internacionales vinculantes, como el derecho a la salud. La segunda sección examina los casos de otros países que han adoptado la agenda de CSU y brindado cobertura a las poblaciones migrantes. El tercer capítulo incluye un comentario sobre las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia y el papel del sistema de salud colombiano en la respuesta a la crisis.

Es importante aclarar que este artículo utiliza el término migrante y refugiado indistintamente. No existe una definición legal universal de "migrante", ya que esta categoría puede abarcar múltiples estatus legales diferentes según el país de acogida. Estas categorías tienen implicaciones importantes sobre los derechos y el acceso a la atención médica. La palabra "refugiado" se utiliza tal como figura en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967. Independientemente de estos importantes matices, este artículo aboga por una interpretación amplia de la migración y los derechos de los refugiados a la luz de la Agenda de Desarrollo Sostenible y el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 3 que llama a los gobiernos a garantizar *"vidas saludables y promover el bienestar para todos todas las edades."*

II. COBERTURA SANITARIA UNIVERSAL

CSU se basa en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1948 que declaró que la salud es un derecho humano fundamental, y la declaración de Alma Ata de 1978 que afirmó que "el logro del nivel más alto posible de salud es una meta global social cuya realización requiere de la acción de muchos otros sectores sociales y económicos además del sector salud. "

El documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de 2012, Río +20, alienta a los gobiernos a proporcionar las protecciones sociales y de salud necesarias en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de pobreza. Los gobiernos "recono[cieron] que la salud es una condición previa y un resultado e indicador de las tres dimensiones del desarrollo sostenible". Los participantes también reconocieron que "los objetivos del desarrollo sostenible solo pueden lograrse en ausencia de una alta prevalencia de enfermedades transmisibles debilitantes y enfermedades no transmisibles, y donde las poblaciones pueden alcanzar un estado de bienestar físico, mental y social"(ONU, 2012).

CSU se convirtió en una característica clave de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Se pueden encontrar referencias claras de CSU en todos los objetivos relacionados con la salud de los ODS. En particular, el Objetivo 3 de los ODS establece el objetivo de "asegurar [vidas] saludables y promover el bienestar para todos en todas las edades". La meta 3.8 aborda específicamente la agenda de la cobertura universal de salud al obligar a los gobiernos a "lograr la cobertura universal de salud, incluida la pro-

tección contra riesgos financieros, el acceso a servicios esenciales de atención médica de calidad y el acceso a medicamentos y vacunas esenciales seguros, efectivos, de calidad y asequibles para todos". Según la OMS (2012), "la cobertura universal de salud es, por definición, una expresión práctica de la preocupación por la equidad en salud y el derecho a la salud".

Tanto la OMS como la ONU tienen un cuerpo normativo integral de trabajo y resúmenes de políticas que tratan sobre la cobertura universal de salud. La primera de estas resoluciones se remonta a 2005, cuando la Asamblea Mundial de la Salud (WHA) aprobó WHA58.33 sobre "Financiación sostenible de la salud, cobertura universal y salud social". En 2012, la Asamblea General de la ONU aprobó una resolución sobre "Global salud y política exterior ", que destacó la importancia de la cobertura universal de salud para el sistema de las Naciones Unidas. En 2017, durante el septuagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General, la ONU adoptó dos resoluciones sobre la conexión entre la salud mundial y la política exterior y reafirmando el compromiso de "no dejar a nadie atrás". Sin embargo, la mayoría de estos documentos no incluyen pasos específicos o procesables para lograr la cobertura universal de salud, ni establecen puntos de referencia u objetivos medibles para los países.

En términos prácticos, CSU significa que todas las personas, independientemente de su estatus legal y otras clasificaciones, pueden tener acceso a cuidados efectivos de promoción, prevención, curación, rehabilitación y paliativos sin enfrentar dificultades financieras. En otras palabras, CSU significa que todos deberían tener acceso a los servicios que necesitan, independientemente de su capacidad de pago, y con la seguridad de que acceder a estos servicios no los empujará a la pobreza. La agenda de CSU se basa en dos componentes: Acceso equitativo a los servicios de salud y protecciones financieras para garantizar que las personas que requieren servicios constantes o de alto costo reciban la atención que necesitan. Por lo tanto, la CUS está estrechamente relacionada con el derecho a la salud, pero también juega un papel importante en la reducción de la pobreza y la desigualdad.

La agenda de CSU no se enfoca en enfermedades aisladas o prioriza intervenciones de salud específicas. La agenda tiene un mandato extremadamente integral centrado en el fortalecimiento del sistema de salud. CSU apunta "a un sistema de salud fuerte y eficiente que pueda brindar servicios de calidad en una amplia gama de prioridades de salud de los países. El objetivo de la agenda de CSU es crear un sistema de salud próspero con servicios adecuados, suministros, tecnologías y mano de obra capacitada. En otras palabras, CSU busca mejorar el rendimiento de los sistemas "(Kutzin et al., 2013). Los sistemas deben ser lo suficientemente resistentes como para absorber los gastos de atención médica de los más vulnerables y ofrecer protecciones financieras. Los sistemas y presupuestos de salud sólidos también deben contemplar circunstancias imprevistas, como desastres naturales o migraciones masivas.

El documento de la OMS "Posicionamiento de la salud en la agenda de desarrollo post-2015" amplía esta relación entre la cobertura universal en salud y las obligaciones derivadas del derecho a la salud. Según la OMS (2012), "ahora se reconoce más la necesidad de centrarse tanto en los medios como en los fines: La salud como un derecho humano; equidad en salud; igualdad de oportunidades; acuerdos mundiales (Regla-

mento Sanitario Internacional, Marco de preparación para la influenza pandémica) que mejoran la seguridad en salud; sistemas de salud más fuertes y resistentes; innovación y eficiencia como respuesta a restricciones financieras; abordar los determinantes económicos, sociales y ambientales; y respuestas multisectoriales que consideran la salud como el resultado de todas las políticas públicas."

Si bien CSU establece objetivos claros en términos de acceso a atención médica y a financiamiento, los sistemas de salud son libres de priorizar las intervenciones de acuerdo con las necesidades de las comunidades a las que sirven. Las organizaciones de sociedad civil también juegan un papel crucial en la comunicación con los tomadores de decisiones locales y nacionales y en la determinación de las agendas locales de salud. La pregunta entonces es cómo medir el progreso y evaluar el rendimiento de un sistema a la luz de CSU. Los gobiernos pueden rastrear los indicadores relacionados con la mortalidad materna o las enfermedades cardiovasculares, pero el progreso en los indicadores nacionales generalmente toma años o décadas para reflejarse en datos. Los Ministerios de Salud también pueden rastrear los esfuerzos y resultados realizados en el frente de financiamiento, incluidos los gastos de atención médica en relación con el PIB o el número de personas cubiertas por el sistema público de salud.

Los países podrían aplicar el estándar AAAQ del derecho a la salud para medir el progreso hacia la cobertura universal en salud: Accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad local y calidad (AAAQ) (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH], 2000). Los sistemas de salud que cumplen con el estándar AAAQ proporcionan servicios e información asequibles e inclusivos (Accesibilidad), instalaciones, bienes y servicios públicos de salud que funcionan (Disponibilidad) que son sensibles a la cultura y al género (aceptabilidad). Estos sistemas brindan dichos servicios con el apoyo de trabajadores comunitarios de salud capacitados y profesionales en instalaciones adecuadas (calidad).

La definición de CSU de la OMS contiene tres objetivos específicos: Equidad en el uso del servicio, calidad suficiente y protección financiera. La equidad se define como la distribución efectiva de recursos de calidad para que todos puedan usarlos independientemente de su nivel de ingresos (Kutzin et al., 2013). Además, la transparencia y la rendición de cuentas son una parte importante del aspecto de protección financiera de la CSU. Se deben asignar recursos para maximizar el impacto y proteger a tantas personas como sea posible. Las métricas de CSU también deben tener en cuenta lo que se esconde debajo de los promedios. La cobertura generalizada puede ocultar fácilmente formas menos evidentes de exclusión y desigualdades que impiden el acceso a la atención médica para los más vulnerables (Rodney y Hill, 2014).

El objetivo financiero de CSU no es sólo aprovechar recursos adicionales para el sistema de salud o aumentar los gastos de salud per cápita. Este aspecto de la cobertura universal de salud requiere un análisis en profundidad del sistema de salud y el presupuesto, entendiendo sus brechas y eliminando las ineficiencias en la fuerza laboral y los modelos de prestación de servicios. Según la OMS (n.d.), "incluso con bajos niveles de gasto en salud, los sistemas de salud pueden mejorar la forma en que se agrupan y gastan los fondos para aprovechar al máximo los recursos limitados y garantizar una buena relación calidad-precio." Esto, sin embargo, no se puede lograr sin un monitoreo

por parte de la sociedad civil y mecanismos efectivos de responsabilidad que garanticen que los recursos se asignarán de manera ética y eficiente (Kutzin et al., 2013).

El próximo capítulo profundizará en la realización progresiva tanto del derecho a la salud como de la CSU. El derecho a la salud está formulado de tal manera que los países pueden tomarse el tiempo para determinar el nivel de cobertura y la velocidad a la que ampliarán dichos beneficios. Sin embargo, el derecho a la salud contiene la obligación inmediata de brindar atención sin discriminación. En esta sección, sostengo que las categorías cubiertas por la cláusula de no discriminación se aplican a la situación de los migrantes venezolanos en Colombia.

III. CSU COMO RUTA, NO COMO DESTINO

Lograr CSU e implementar las reformas financieras y en el sistema de salud necesarias para garantizar la cobertura universal lleva tiempo. La mayoría de los países se han comprometido a recorrer el camino de CSU y aumentar la cobertura para sus ciudadanos más vulnerables, sin embargo, existe un consenso de que este es un proceso largo y complejo que requiere múltiples niveles de toma de decisiones. Teniendo en cuenta que CSU, como la agenda global de ODS, es un proceso de mejora progresiva, ¿podemos hablar entonces de una línea de tiempo? ¿Deberían los países comprometerse a alcanzar CSU independientemente de su PIB o prioridades presupuestarias?

Preguntas similares han surgido acerca de la realización progresiva del derecho a la salud. Como se analizó en un capítulo anterior, hay requisitos mínimos que deben incorporarse a los servicios de salud para proteger este derecho fundamental, como la calidad o la disponibilidad. El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que las partes tienen la obligación de lograr progresivamente la plena realización del derecho a la salud. El artículo se refiere a la obligación de utilizar "el máximo de recursos disponibles" y continuar el camino de la realización progresiva o de lo contrario, violar las obligaciones del artículo 12 (derecho a la salud). (La Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966, art. 2.1)

El "máximo de recursos disponibles" es un estándar flexible que se puede adaptar a países que enfrentan conflictos armados, desastres naturales u otros tipos de limitaciones de recursos. En el caso de Colombia, la migración masiva ha creado una carga adicional sobre el sistema que puede retrasar la expansión y la mejora de la calidad del sistema. Sin embargo, para cumplir con la obligación establecida en el artículo 2.1, el gobierno debe tomar medidas continuas utilizando los recursos máximos disponibles para asegurarse de que el disfrute de los derechos humanos básicos no se vea afectado incluso en circunstancias financieras extenuantes.

Estos pasos continuos no solo se refieren a aumentos de presupuesto, también están relacionados con investigación y desarrollo financiados con fondos públicos, la reevaluación de las políticas de precios y asequibilidad, la implementación de tecnologías digitales innovadoras para aumentar el acceso a la atención médica y la búsqueda de formas creativas para aumentar el acceso y la cobertura de salud servicios incluso en contextos de recursos limitados. El 41° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos celebrado el año pasado alentó a los gobiernos, las ONG, la comunidad académica y el sector privado a unir fuerzas para diseñar mejores políticas de salud, resolver desafíos

de salud generalizados, garantizar el acceso a medicamentos y aprovechar enfoques innovadores para proteger el derecho a salud y alcanzar la CSU (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2019).

En el informe de política "Anclaje de la cobertura universal de salud en el derecho a la salud," la OMS analiza los indicadores clave del compromiso financiero con CSU. Es un desafío crear un objetivo de gasto en salud en relación con el PIB que funcione para todos los países, independientemente de su crecimiento económico y sus prioridades nacionales. El resumen de políticas de la OMS se refiere a un punto de referencia importante: el Centro de investigación Chatham House sobre Seguridad de Salud Global en su publicación "Responsabilidades compartidas: Un marco global coherente para el financiamiento en salud" establece que el porcentaje objetivo de PIB invertido en salud debe ser al menos 5% para todos los países.

Desafortunadamente, en los últimos años, algunos Estados no han podido alcanzar un punto de referencia tan bajo y han continuado reduciendo el porcentaje del PIB que invierten en atención médica. Los datos más recientes del Banco Mundial sobre el gasto actual en salud (% del PIB) muestran que países como Haití, Burundi, República Centroafricana redujeron la parte de su presupuesto nacional que se destina a resolver necesidades básicas de salud. Según la OMS (2017), el gasto promedio en salud per cápita es de USD 1,011, pero la mitad de los países del mundo gastan menos USD 366 por persona (p. 13). Además, el presupuesto de salud proporcionado por donantes privados, ayuda externa o cooperación internacional se ha reducido a menos del 1% (p. 11).

Uno de los desafíos de entender el gasto en salud como un indicador CSU relevante, es que el gasto no siempre se traduce en mejores protecciones financieras para los pacientes. Según una publicación reciente de la OMS, "los países están gastando más en salud, pero la gente todavía paga demasiado de sus propios bolsillos. Los gobiernos proporcionan un promedio del 51% del gasto en salud de un país, mientras que más del 35% del gasto en salud por país proviene de gastos de bolsillo. Una consecuencia de esto es que 100 millones de personas son empujadas a la pobreza extrema cada año ". (OMS, 2019)

El acceso a la atención médica aún representa un desafío para muchas comunidades debido a disparidades y exclusiones sistemáticas. Una de las formas de reducir las desigualdades entre las diferentes regiones y ciudades dentro de un mismo país ha sido la promulgación de leyes y políticas nacionales que cubren a toda la población al mismo tiempo que se centran especialmente en los más vulnerables. Muchos gobiernos han promulgado políticas para cubrir servicios clave como la atención materna y la asistencia al parto, mosquiteros para niños o vacunas (Banco Mundial, 2016). Otros Estados han incorporado el derecho a la salud en sus constituciones, como Sudáfrica en 1996 y México en 2013 (OMS, 2015). En 1988, Brasil inició una serie de reformas que cubrieron aproximadamente a tres cuartas partes de la población, llegando a cerca de 140 millones de personas, reduciendo la mortalidad infantil y reduciendo las disparidades entre el norte y el sur del país. Otras experiencias notables de expansión de cobertura en salud han tenido lugar en economías más pequeñas. Por ejemplo, Burundi introdujo recientemente un nuevo sistema de financiación de salud basado en el rendimiento y Níger ha reducido significativamente sus tasas de mortalidad infantil a través de la

prestación de servicios gratuitos para mujeres embarazadas y niños y programas de nutrición.

El Grupo Consultivo de la OMS sobre Equidad y Cobertura Universal de Salud (2014, p. 9) propone un proceso de tres pasos para que los países avancen hacia la CSU:

1. Priorizar los servicios y los tipos de cobertura en función de criterios como la rentabilidad;
2. Ampliar la cobertura de servicios de alta prioridad para todos al reducir progresivamente los pagos de bolsillo y aumentar los fondos comunes para cubrir a los más vulnerables;
3. Asegurar que los grupos desfavorecidos sigan siendo el foco de atención de la salud universal y que no se queden atrás en las políticas nacionales. Esto incluye prestar mucha atención a los grupos de bajos ingresos, los migrantes y las comunidades rurales.

La priorización de la rentabilidad significa centrar la protección financiera y la reducción de gastos de bolsillo en los grupos más vulnerables, como las comunidades de migrantes. Las protecciones financieras son esenciales para estas comunidades, ya que pagar de su bolsillo a menudo implica reducir el presupuesto familiar para otros elementos esenciales como alimentos, saneamiento, y educación. El otro lado de la priorización significa que ciertos servicios no se proporcionarían de inmediato, incluso para las poblaciones más desfavorecidas. Como se analizó anteriormente en este artículo, la CSU y el derecho a la salud son vías y los criterios de costo-efectividad no implican necesariamente una violación de derechos fundamentales. Sin embargo, los gobiernos deben garantizar obligaciones que requieren una implementación inmediata, como el principio de no discriminación.

A diferencia de la agenda de CSU, el derecho a la salud se encuentra explícitamente en tratados internacionales vinculantes que constituyen el núcleo del derecho internacional de los derechos humanos. Como se indicó en la sección anterior, CSU se menciona en las resoluciones de la ONU y la OMS que, aunque son valiosas desde una perspectiva de salud global, no son legalmente vinculantes. Por el contrario, el derecho a la salud es una obligación clave en la Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (ICERD); Convención sobre los Derechos del Niño (CDN); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW); Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (ICPRMW); y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD). El contenido del derecho a la salud también ha sido interpretado por la Observación General No 24 de la CEDAW (1999) sobre el art. 12 de la Convención (mujeres y salud); Observación general CESCR No. 14 (2000) sobre el más alto nivel posible de salud; Observación general Nº 15 (2013) sobre el derecho del niño al más alto nivel posible de salud; entre otros.

Según lo declarado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH, 2009) en la Observación general Nº 20: “No discrimi-

nación en los derechos económicos, sociales y culturales", el derecho a la salud requiere que se brinde atención médica "sin discriminación de cualquier tipo en cuanto a raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otra condición."

Según la Observación general Nº 20, "origen nacional" se refiere al Estado, nación o lugar de origen de una persona. El "origen social" se refiere al estado social heredado de una persona, que está estrechamente relacionado con su estado económico y social (ACNUDH, 2009). A menudo, estas categorías se superponen en el caso de la migración forzada o el desplazamiento. Para los migrantes y refugiados que también experimentan un bajo nivel socioeconómico y otras bases de posible discriminación, las barreras para acceder a la atención médica son extremadamente comunes.

Además del principio de no discriminación, hay otros aspectos del derecho a la salud que deben implementarse de inmediato. El Folleto Informativo No. 31 del ACNUDH establece que el derecho a la salud incluye la participación de las comunidades en la toma de decisiones y la formulación de políticas relacionadas con la salud a nivel nacional y subnacional. Además, la convención de la CEDAW en el artículo 14 hace un llamado específico a los Estados para asegurar que "las mujeres en las zonas rurales (...) participen y se beneficien del desarrollo rural." Disposiciones similares aplican a otros grupos, como las personas con discapacidad. Esto plantea un problema importante con respecto a los migrantes que generalmente no pueden participar en elecciones u otros procesos políticos lo cual afecta su inclusión en las políticas de salud.

La participación también es un aspecto clave de CSU y probablemente uno de los más difíciles de implementar. La Declaración Política de la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General sobre Prevención y Control de Enfermedades No Transmisibles no crea un mecanismo para que las comunidades vulnerables o marginadas participen en las discusiones de políticas relacionadas con la salud (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012). El cumplimiento del componente de participación del derecho a la salud, especialmente cuando se atiende a inmigrantes indocumentados, requiere el rediseño de mecanismos que tradicionalmente han funcionado para el status quo. Implica la creación de mecanismos participativos más allá del derecho al voto y posibilitar espacios de interacción entre las autoridades y las personas marginadas. La participación política en CSU ha sido promovida por grupos de incidencia, pero no se menciona como una de las características principales de la agenda, al menos no al mismo nivel que las protecciones financieras.

El derecho a la salud requiere que las personas tengan acceso a medicamentos esenciales, aquellos que satisfacen las necesidades de atención médica prioritarias de la población. En muchos países de ingresos bajos y medios, hasta el 90% de los gastos en productos farmacéuticos son de bolsillo, lo que crea serios riesgos financieros para las personas y sus familias (OMS, 2011, p. 7). Los sistemas de atención médica deben apuntar a la eficiencia y a las políticas de precios que limitan el costo de los medicamentos esenciales al tiempo que brindan protección en caso de condiciones médicas catastróficas. Según el Seminario de información técnica de la OMS "Acceso a medicamentos esenciales y CSU", las soluciones deben adaptarse al contexto para comprender qué medicamentos se pueden proporcionar. La OMS aplicó un enfoque escalonado en

el que los sistemas de salud frágiles necesitan identificar paquetes básicos de atención esencial, mientras que las economías de ingresos medios deben decidir cómo ampliar el paquete de servicios de atención médica ya brindados. Los sistemas con CSU establecido deben tomar decisiones "al margen" y decidir qué cobertura adicional pueden proporcionar y cómo.

La Declaración de Trípoli sobre migración y desarrollo reconoció la importancia del derecho a la salud como un derecho fundamental y estableció que la situación legal de los migrantes no debería tener ningún impacto en sus derechos. Además, la Declaración "África y la migración: desafíos, problemas y soluciones» llama a los signatarios a garantizar que todas las personas, independientemente de su condición de ciudadanía, tengan el mismo acceso a servicios esenciales como la atención médica o la educación (WHO AFRO, 2018, p. 8) Países como Etiopía o Ghana han aceptado correctamente los desafíos de convertirse en países de acogida para las poblaciones migrantes afectadas por el cólera, la poliomielitis o el sarampión. La cobertura de salud para vacunación y otros programas de asistencia han sido clave para prevenir brotes y construir un futuro sostenible para los refugiados. Se han observado experiencias positivas similares en los países de acogida europeos que prestan servicios de salud mental a las víctimas del conflicto armado sirio (OMS, 2017, p. 9).

En septiembre de 2016, el Consejo Directivo de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) adoptó la Resolución CD55.R13 "Salud de los migrantes" instando a los Estados Miembros a abordar las inequidades en salud que afectan a las poblaciones migrantes y mejorar las políticas relacionadas con la atención médica. La resolución también obligó a los Estados miembros a proporcionar el mismo nivel de protección financiera y servicios de salud a todas las personas en su territorio, independientemente de su origen nacional o condición de ciudadanía. Según el documento de la OPS "*Respuesta al mantenimiento de una agenda efectiva de cooperación técnica entre Venezuela y los Estados Miembros vecinos*", todos los países vecinos deben invertir y priorizar la cobertura general de vacunación, fortalecer la resiliencia de los sistemas de salud, continuar los esfuerzos para abordar las necesidades de salud de los migrantes y ampliar las actividades de vigilancia y respuesta contra la malaria.

IV. CSU Y MIGRACIÓN

Existen múltiples agencias internacionales dentro del sistema de la ONU con la responsabilidad de ampliar el acceso a la atención médica para migrantes y refugiados. La ONU creó recientemente la Red sobre Migración coordinada por la Organización Internacional para las Migraciones. La OMS también forma parte de esta red y tiene la función de actuar como "autoridad directora y coordinadora en el trabajo internacional de salud" (Carta de la OMS, 1941, art. 2.b) La Asamblea General de las Naciones Unidas ha ordenado a la Oficina de las Naciones Unidas Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) para encontrar soluciones sanitarias básicas sostenibles para migrantes, apátridas y repatriados que también pueden incluir reasentamiento o repatriación.

La OMS ha promulgado una serie de resoluciones sobre la conexión entre CSU y los derechos de los migrantes. La resolución WHA61.17 solicitó al Director General que

promoviera la inclusión de inmigrantes en la agenda internacional de la salud y que promoviera la cooperación entre regiones, agencias de la ONU y autoridades gubernamentales. En la Resolución WHA70.15, la WHA exhortó a los Estados a fortalecer la cooperación internacional para apoyar el acceso a la atención médica, incluida la asistencia para el desarrollo bilateral e internacional.

Según el Proyecto de Plan de Acción Mundial de la OMS "Promoción de la salud de los refugiados y migrantes" 2019-2023, las barreras para acceder a los servicios de salud varían según el contexto, pero existen desafíos comunes que pueden incluir la falta de acceso al financiamiento de la salud, barreras culturales, falta de empleo, diversas formas de discriminación, problemas de salud mental relacionados con la migración en sí y falta de acceso a información. Los migrantes pueden provenir de regiones afectadas por la inseguridad alimentaria extrema como Venezuela y soportar deficiencias nutricionales que los hacen propensos a otras enfermedades.

Los sistemas de salud débiles no proporcionan adecuadamente las vacunas básicas y no están equipados para tratar enfermedades transmisibles como el sarampión, las enfermedades transmitidas por el agua o el VIH. Las mujeres y niñas migrantes tienen un conocimiento limitado de sus derechos sexuales y reproductivos y es posible que nunca hayan experimentado una atención sensible al género cuando llegan al país de acogida. Finalmente, los migrantes generalmente viven en malas condiciones y experimentan circunstancias laborales exigentes y riesgos como la agresión sexual o física (OMS, 2019, p. 4).

Teniendo en cuenta estos desafíos, el Plan de Acción Mundial recomienda las siguientes seis prioridades:

"1. Promover la salud de los refugiados y migrantes a través de intervenciones de salud pública a corto y largo plazo;

2. Promover la continuidad y la calidad de la atención médica esencial, al tiempo que desarrolla, refuerza e implementa medidas de seguridad y salud ocupacional;

3. Abogar por la integración de la salud de los refugiados y los migrantes en las agendas mundiales, regionales y nacionales y la promoción de: políticas de salud sensibles a los refugiados y migrantes y protección legal y social; la salud y el bienestar de las mujeres, niños y adolescentes refugiados y migrantes; igualdad de género y empoderamiento de las mujeres y niñas refugiadas y migrantes; y asociaciones y mecanismos de coordinación y colaboración intersectoriales, interpaíses e interinstitucionales;

4. Mejorar la capacidad para abordar los determinantes sociales de la salud y acelerar el progreso hacia el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, incluida la cobertura sanitaria universal.

5. Fortalecer la vigilancia de la salud y los sistemas de información sanitaria;

6. Apoyar medidas para mejorar la comunicación de la salud basada en evidencia y para contrarrestar las percepciones erróneas sobre la salud de los migrantes y refugiados."

V. SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO

Colombia es un país signatario del PIDESC y, por lo tanto, se ha comprometido a proteger e implementar progresivamente el derecho a la salud para todos. El país también forma parte de la red de la OMS y de la OPS. Teóricamente, Colombia ha logrado la Cobertura Universal de Salud para todos sus ciudadanos. Desde 2000, el gasto en salud como porcentaje del PIB ha superado el 6% y el gobierno ha invertido en el 80% del gasto total en salud (GHNE, 2015). Según el Ministro de Salud, la cobertura llegó al 97% de la población en 2019 y los gastos de bolsillo son inferiores al 16,3% (Ministerio de Salud, 2020). No está claro con qué precisión estos números reflejan la realidad de los inmigrantes indocumentados.

El sistema de salud colombiano se basa en dos esquemas de seguro diferentes y complementarios. El régimen contributivo, que es obligatorio para las personas con capacidad de pago y trabajadores asegurados, y el régimen subsidiado que cubre a los segmentos más vulnerables de la población, incluidos los trabajadores informales, en situacion de pobreza o desempleo (Red Global para la Equidad en Salud [GHNE], 2015). Tanto el régimen contributivo como el subsidiado cubren más del 90% de la población de Colombia. Existe un paquete de beneficios comunes y obligatorios que se subsidia a través de un fondo común y se distribuye en función de los riesgos a las entidades públicas y privadas.

A pesar de este progreso, el 4.6% de los hogares en 2010 incurrió en gastos catastróficos (más del 40% de los gastos domésticos no alimentarios) debido a necesidades de atención médica. La mayoría de los hogares que soportan estos shocks financieros son inmigrantes de bajos ingresos, sin seguro, indocumentados o cubiertos por el régimen subsidiado (GHNE, 2015).

Para abordar estos desafíos, en 2015 el Presidente emitió el Decreto 1770 que declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica debido a la migración masiva de venezolanos al país. Ese mismo año, el Presidente emitió el Decreto 1978 creando una excepción al proceso de liquidación de las compañías de salud y seguros bajo el régimen subsidiado que servían a los migrantes en las ciudades fronterizas. Además, para aumentar la recopilación de datos, la Circular 029 de 2017 exigió a los proveedores que informaran todos los servicios de salud prestados a los migrantes.

Los decretos 1768 y 1495 de 2016 reafirmaron el estado de emergencia y priorizaron la cobertura de atención médica para los colombianos que regresan voluntariamente de Venezuela o son deportados de ese país. La Resolución 5797 del Ministerio de Relaciones Exteriores creó un Permiso Especial de Estancia (PEP) y el Ministerio de Salud emitió una Resolución para incluir el permiso como una forma válida de identificación para fines del Sistema de Protección Social. En 2017, el Decreto 866 creó un grupo de recursos para financiar la atención de urgencia para las población migrante.

VI. CONCEPTO DE URGENCIA

Muchos Estados no quieren asumir el compromiso de proporcionar el mismo nivel de cobertura a los migrantes que a sus propios ciudadanos, especialmente en el contexto de una migración masiva creciente e impredecible. En ese sentido, los países han lim-

itado la atención que brindan a los migrantes a “atención de emergencia” o “atención esencial” (ACNUDH, 2008, p. 19). Las recientes decisiones de la Corte Constitucional de Colombia parecían mantener esta restricción y hacían uso del Decreto 780 de 2016 el cual define la urgencia médica como “la alteración de la integridad física y mental de una persona, causada por un trauma o una enfermedad de cualquier etiología que genera una demanda de atención médica inmediata y efectiva que tiende a reducir los riesgos de discapacidad y muerte”.

La Corte Constitucional en Sentencia T-314 de 2016 negó el amparo constitucional solicitado a favor de un migrante en situación de irregularidad. Sin embargo, en recientes decisiones el tribunal no solo ha protegido el derecho a la salud de migrantes indocumentados sino que ha ampliado cuidadosamente la cobertura más allá de la atención de urgencia. Por ejemplo, en la Sentencia 210 de 2018, declaró que era deber del gobierno garantizar “no solo la atención de emergencia con una perspectiva de derechos humanos, sino también la atención médica preventiva con un fuerte enfoque de salud pública.” La Corte relacionó esta atención preventiva como una forma de prevenir futuras complicaciones que podrían convertirse en una situación de atención urgente. Uno de los aspectos notables de esta decisión es que protegió el derecho a la salud de dos migrantes que padecían afecciones crónicas y requerían tratamientos de alto costo como cirugía, quimioterapia y radioterapia. El caso también amplió los derechos de los inmigrantes indocumentados que no están afiliados al sistema de salud.

CONCLUSIÓN

Colombia no puede lograr los ODS y la CSU a menos que se satisfagan las necesidades de salud de los refugiados y migrantes. El acceso a servicios de salud de calidad es esencial para un sistema de salud inclusivo y sostenible. Hasta ahora, el país ha tomado importantes medidas normativas y jurisprudenciales para aumentar progresivamente los beneficios relacionados con la salud de los migrantes más allá del mínimo de “atención de emergencia.” El gobierno también ha tomado medidas para aumentar la cobertura para los inmigrantes indocumentados y proporcionar al menos una identificación temporal, soluciones que les permiten acceder al sistema de salud.

En el contexto de la crisis migratoria, Colombia no puede seguir afirmando haber alcanzado la CSU. Como se indicó en capítulos anteriores, la verdadera CSU significa que todos los migrantes deben tener acceso a cuidados efectivos de promoción, prevención, curación, rehabilitación y paliativos sin enfrentar cargas financieras excesivas. Además, si leemos la obligación de Colombia bajo el derecho a la salud, estos servicios tendrían que prestarse de conformidad con el estándar AAAQ. Esta no es una tarea fácil, pero tampoco puede aliviarse alegando falta de recursos.

El “máximo de recursos disponibles” es un estándar flexible que se puede adaptar a contextos específicos. No obstante, esta obligación se puede cumplir no sólo incrementando las asignaciones presupuestarias, sino encontrando eficiencias, mejores políticas y medidas de fortalecimiento del sistema de salud que aumenten los resultados con los mismos recursos. A medida que la situación en Venezuela continúa empeorando, corresponde a los tomadores de decisiones determinar la mejor manera de aumentar la cobertura y continuar el camino hacia la realización progresiva del derecho

a la salud. También es obligación de Colombia determinar cómo implementar los principios de no discriminación y participación que forman parte del núcleo del derecho a la salud.

Si bien el derecho a la salud es un derecho humano vinculante, CSU sigue siendo una agenda global aspiracional. Sin embargo, CSU ha inyectado una nueva vida al derecho a la salud tal y como fue concebido en tratados internacionales hace varias décadas. Esta agenda global, todas las discusiones y documentos de políticas públicas que la han rodeado, han hecho que ciertos aspectos del derecho a la salud sean operativos y más claros de implementar. CSU puede servir como una herramienta interpretativa, una luz bajo la cual analizar las crisis de salud globales tales como la situación humanitaria de Venezuela. Los desafíos de salud, como las migraciones masivas, continuarán probando la fortaleza, la resiliencia y la adaptabilidad de los sistemas de salud que creen haber logrado cobertura universal.

BIBLIOGRAFIA

1. Naciones Unidas. (1989). Convención de los Derechos del Niño. Retirado de http:// www1.umn.edu/humanrts/instree/ k2crc.htm
2. Naciones Unidas. (1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Retirado de https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx
3. Organización Mundial de la Salud y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (2012). The right to health. Joint fact sheet. Recuperado de http://www.who.int/mediacentre/factsheets/ fs323_en.pdf
4. Organización Mundial de la Salud. (2012). Positioning health in the post-2015 development agenda. Recuperado de http://www.who.int/topics/millennium_development_goals/post2015/WHOdiscussionpaper_October2012.pdf, accessed 15 June 2015
5. Organización Mundial de la Salud. (2015). Anchoring Universal Health Coverage in the Right to Health: What Difference Would it Make?. Recuperado de https://www.who.int/gender-equity-rights/knowledge/anchoring-uhc-23nov.pdf?ua=1
6. Corte Constitucional. (17 de junio de 2016) Sentencia T-314 de 2016. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]
7. Corte Constitucional. (1 de junio de 2018) Sentencia T-210 de 2018. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]
8. Corte Constitucional. (29 de enero de 2019) Sentencia T-025 de 2019. [MP Alberto Rojas Rios]
9. Naciones Unidas. (2012). The future we want: outcome document adopted at Rio+20. Recuperado de http:// www.un.org/disabilities/documents/rio20_outcome_document_complete.pdf
10. Naciones Unidas. (2014). Proposal of the Open Working Group for Sustainable Development Goals. Open Working Group for Sustainable Development

Goals. Recuperado de: https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/1579SDGs%20Proposal.pdf, accessed 15 June 2015

11. Organización Mundial de la Salud. (2012). Positioning health in the post-2015 development agenda. Recuperado de http://www.who.int/topics/millennium_development_goals/post2015/WHOdiscussionpaper_October2012.pdf, accessed 15 June 2015

12. Kutzin J. (2013). Health financing for universal coverage and health system performance: concepts and implications for policy. Recuperado de https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3738310/

13. Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. *ohchr.org.* Recuperado de http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

14. Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de http://www1.umn.edu/humanrts/instree/b2esc.htm

15. Organización Mundial de la Salud. (1946). Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Recuperado de http://www.who. int/governance/eb/who_constitution_en.pdf

16. Organización Mundial de la Salud. (2019). Promoting the health of refugees and migrants. Draft global action plan, 2019–2023. Recuperado de https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA72/A72_25-en.pdf

17. Organización Mundial de la Salud. (2014). Making fair choices on the path to universal health coverage: Final report of the WHO Consultative Group on Equity and Universal Health Coverage. Recuperado de http://www.who.int/choice/documents/making_fair_choices/en/

18. Organización Mundial de la Salud. (2005). Resolución WHA58.33. Financiación sostenible de la salud, cobertura universal y seguro social de salud. Recuperado de http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/20383/1/ WHA58_33-en.pdf?ua=1

19. Organización Mundial de la Salud. (2010). The world health report. Health systems financing: the path to universal coverage. Recuperado de http://apps.who.int/iris/handle/10665/44371

20. Organización Mundial de la Salud. (2013). Essential medicines and health products. Recuperado de http://www.who.int/ medicines/services/essmedicines_def/en/

21. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000) Observación General No. 14: El derecho al más alto nivel posible de salud. Retirado de https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-14-derecho-al-disfrute-del-mas-alto-nivel-posible-salud-articulo-12

22. PNUD. (2007). Human rights and the Millennium Development Goals: making the link. New York: United Nations Development Programme. Retirado de http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/ poverty-reduction/

poverty-website/human-rights-and-the-millennium-development-goals/Human%20 Rights%20and%20the%20MDGs.pdf

23. Chatham House Centre on Global Health Security Working Group on Health Financing (2014). Shared responsibilities for health: a coherent global framework for health financing. Retirado de http://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/field/field_document/20140521HealthFinancin g.pdf

El control de convencionalidad: ¿declinación de la justicia constitucional o sistema autónomo de "justicia convencional transnacional"?

The conventionality control: a specimen of constitutional justice or an autonomous system of "transnational conventional justice"?

Silvia Bagni[1]

RESUMEN

El artículo analiza la doctrina del control de convencionalidad en sentido amplio, aplicada no sólo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también, por otros sistemas jurídicos supranacionales, y pretende entender si su naturaleza y funciones justifican su inclusión en el ámbito de estudio del derecho constitucional, específicamente como una declinación de la justicia constitucional; o si, en cambio, es necesario elaborar un nuevo marco teórico para fundamentar tal doctrina. La autora apoya la tesis de que el control de convencionalidad y la justicia constitucional tienen fundamentos teóricos distintos, y por ello, debería hablarse de una disciplina autónoma de "justicia convencional transnacional". Para fundamentarlo, analiza en primer lugar, la recepción del derecho internacional por parte de los ordenamientos nacionales y en segundo lugar, revisa la teoría y la praxis del control de convencionalidad, con énfasis en la crítica de los presupuestos de comparabilidad y en al análisis del funcionamiento de los sistemas IDH, EDU y UE, en tanto cada uno con sus especificidades, aplican el control de convencionalidad.

1 Investigadora en Derecho público comparado en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Bolonia (Italia) desde 2010. Doctorada en Derecho constitucional por la misma Universidad (2005), con Maestría en Bioética en la UPRA de Roma (Università Pontificia Regina Apostolorum) (2013). Miembro del Programa de las Naciones Unidas Harmony with Nature y del Consejo del Cirsfid (Centro Interdipartimentale di Ricerca in Storia del Diritto, Filosofia e Sociologia del Diritto e Informatica Giuridica dell'Università degli Studi di Bologna "Guido Fassò - Augusto Gaudenzi"). Partner en varios proyectos de cooperación al desarrollo en los campos de refugiados saharawi en Algeria, coordinados por la ONG CISP, co-financiados por la Regione EmiliaRomagna.

ABSTRACT

The article analyzes the doctrine of conventionality control in a broad sense, that is not only as applied by the Interamerican Court, but also by other supranational legal systems. The aim of the article is to understand if the nature of the conventionality control is the same as that of constitutional justice; or instead, if it is necessary to create a new theoretical framework for this instrument of protection of human rights. The author supports the idea that conventionality control and constitutional justice are based on very different principles and ratio, and that it would be methodologically more appropriate to consider the "transnational conventional justice" as an autonomous discipline. In order to support her thesis, the author first of all studies the incorporation of international law into national legal systems; then, she analyzes the theory and praxis of the conventionality control, first criticizing the comparability assumptions, and then describing in details the functioning of the three supranational systems that apply the conventionality control (UE, IDH and EDU).

PALABRAS CLAVE

control de convencionalidad; justicia constitucional; ciencia jurídica; sistemas de garantías de derechos humanos; desaplicación difusa

KEY-WORDS

conventionality control; constitutional justice; legal science; protection of human rights; judicial review

1. Problemas teóricos derivados del estudio del control de convencionalidad dentro de la justicia constitucional

INTRODUCCIÓN

En doctrina, las expresiones "internacionalización del derecho constitucional" y "constitucionalización del derecho internacional" (Ferrer Mac-Gregor, 2011; Chang, Yeh, 2012: 1165-1184; se usa también la expresión *Ius Constitutionale Commune*: A. Von Bogdandy, 2015: 27) están hoy en día inflacionadas. La primera, representa la tendencia del derecho constitucional hacia la recepción del derecho internacional en el bloque de constitucionalidad; la segunda, la reproducción, a nivel supranacional, de mecanismos jurisdiccionales típicos del derecho constitucional, dirigidos a la garantía de la supremacía de los tratados (en particular, sobre derechos humanos) frente a las otras fuentes del derecho. Estos fenómenos pueden producir mecanismos de prejudicialidad, como por ejemplo, frente a la Corte de Justicia de la Unión europea (CJUE)[2], o formas de control de convencionalidad en sentido amplio, es decir de no aplicación del derecho interno incompatible con la norma supranacional, como sucede en el derecho de la UE y en los sistemas regionales europeo (EDU) e interamericano (IDH) de tutela de los derechos humanos.

Hablar de control de convencionalidad en América Latina, siendo una investigadora europea, tiene sus riesgos. La bibliografía es inmensa y no pretendo manejarla toda. El objetivo de este trabajo es más modesto y propone abordar el tema desde una perspectiva metodológica que considero un tanto nueva en el panorama académico latinoamericano, es decir, analizar la naturaleza del control de convencionalidad como objeto de estudio del derecho constitucional, un poco como lo hicieron en su tiempo Alcalá Zamora y Fix-Zamudio, al interrogarse sobre la naturaleza del derecho procesal constitucional. En consecuencia, trataré la naturaleza del control de convencionalidad en sentido amplio, para verificar si su *ratio* y las funciones que cumple pueden incorporarse en el concepto de justicia constitucional o si, en cambio y como apoyamos en este escrito, debe considerarse como un sistema de garantías autónomo, que necesita de un especifico marco teórico de legitimación.

Cuando Fix-Zamudio define el «Derecho procesal constitucional» identifica tres grandes sectores: 1) la jurisdicción constitucional de la libertad; 2) la jurisdicción constitucional orgánica y 3) la jurisdicción constitucional transnacional (Fix-Zamudio, 1999: 105). Esta

2 El mecanismo de la prejudicialidad existe también en otros sistemas de integración regional que prevén una Corte supranacional para la resolución de conflictos, como el SICA (*Sistema de integración centroamericana*). Sin embargo, la asimilación entre este sistema y el de la UE es engañoso: véase Carducci, 2012

última tiene como objeto el estudio de las relaciones y de los conflictos entre la aplicación de normas constitucionales y transnacionales, cruzándose con la jurisdicción constitucional de la libertad en razón de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en la mayoría de las cartas constitucionales nacionales. Esto significa que el control de convencionalidad está incluido dentro del derecho procesal constitucional.

En Italia, Pizzorusso dedica al tema una sección de la obra *Giustizia costituzionale (diritto comparato)* en la famosa *Enciclopedia del diritto* a *Casi di giustizia costituzionale internazionale e comunitaria*, afirmando que hay que mirar a las «prospettive di applicazione degli istituti di giustizia costituzionale a livello internazionale o sovranazionale»; pero también advirtiendo que «Di giustizia costituzionale internazionale può parlarsi soltanto in un significato limitato e particolare, in quanto l'ordinamento giuridico della comunità internazionale non presenta tutti i presupposti che occorrerebbero perché in esso possa instaurarsi un sistema di controllo di costituzionalità di atti normativi analogo a quelli che operano con riferimento agli ordinamenti statali» (Pizzorusso, 2007: 671 y 707). Los manuales de justicia constitucional más recientes siguen tratando muy poco o nada el tema, con un enfoque principalmente descriptivo o concentrado en el "diálogo" entre cortes.

En Francia, en la segunda edición del famoso libro *Les cours constitutionnelles* los autores afirman que «il n'est plus possible d'appréhender l'étude des cours constitutionnelles abstraction faite, non du droit européen (ceci a toujours relevé de l'évidence), mais de leurs rapports avec la Cour de justice de l'Union européenne […]», aún si enseguida se reconoce que en derecho público ha nacido una nueva disciplina sobre el tema («rapport de systèmes») (Favoreu, Mastor, 2016: 33).

Finalmente, en España, los constitucionalistas tienen un enfoque mucho más casuístico al tema de la justicia constitucional, por ello, se profundiza en el marco del estudio de las garantías de los derechos fundamentales o del rol del *Tribunal Constitucional* (TC) en la forma de Estado y de gobierno (González-Trevijano Sánchez , 2000). Los problemas relativos a la armonización de la jurisdicción constitucional con la supranacional son analizados autónomamente, fuera del marco de la justicia constitucional, según la vía sugerida por el mismo TC en su jurisprudencia donde afirma su extrañeza hacia el control de convencionalidad[3].

Del breve análisis realizado se desprende, que las relaciones que la doctrina ha subrayado entre sistemas de justicia constitucional y convencional nacen, primero de compartir un mismo ámbito de aplicación- los derechos humanos- y segundo, de la incorporación del derecho internacional dentro de las Constituciones. Es claro que sin incorporación, los dos sistemas quedarían ajenos y separados y tendríamos que la violación de un tratado por parte de un Estado produciría a su cargo sólo una obligación de cumplimiento bajo el derecho internacional.

Por esta razón, en el capítulo siguiente (i) haré una comparación entre los sistemas de recepción del derecho internacional en cada Estado, limitándome a Europa y América

3 Hay excepciones: cfr. Pérez Tremps, 2016.

Latina, en cuanto únicos sistemas regionales donde se practica el control de convencionalidad en sentido amplio; (ii) analizaré la tendencia europea hacia la incorporación del control de convencionalidad dentro del sistema de justicia constitucional interno y sus excepciones y (iii) estudiaré las tendencias opuestas en América latina y en el sistema del derecho de la UE, proponiendo algunas críticas, para finalmente esbozar mis particulares conclusiones.

2. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DENTRO DE LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES

En Europa, la mayoría de las constituciones reconocen rango supra-legislativo (sobre todo en los Estados del Este (Salvino, 2017: 193) al derecho internacional, en particular a los derechos humanos, o mejor, valor constitucional, como en Austria y Holanda. Otro grupo de países formalmente atribuye a los tratados el mismo valor de la ley (Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Irlanda, Letonia, Lituania, Reino Unido[4]). Sin embargo, en aquellos ordenamientos, ha sido la jurisprudencia de las altas cortes la que ha reconocido la supremacía de los tratados sobre la ley, esto significa que, bajo la teoría de las fuentes, la CEDU está incorporada dentro del *bloque de constitucionalidad*, como norma interpuesta o parámetro directo del control de constitucionalidad de la ley.

En cuanto a la participación a la UE, casi todos los Estados han incluido en sus constituciones cláusulas que definen su pertenencia a la UE o al procedimiento previsto para el acceso y la permanencia en el sistema. En casos particulares (Dinamarca, Estonia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Polonia, Eslovenia, España), la adhesión ha sido aceptada bajo normas constitucionales generales, que admiten la transferencia de poderes o la renuncia parcial a parte de la soberanía a favor de organizaciones internacionales para la defensa de la paz y la tutela de los derechos humanos (Salvino, 2017: 205; Di Gregorio, 2004).

Entre los Estados que pertenecen al sistema interamericano (Sagüés, s.f.: 392; Rolla, 2010), se encuentran tres distintas soluciones[5]: la más difusa reconoce a los tratados rango infra-constitucional, es decir que los tratados son subordinados a la Constitución, pero superiores a las leyes. La segunda hipótesis atribuye a los tratados de derechos humanos rango constitucional, luego se consideran incluidos en el bloque de constitucionalidad. Finalmente, en algunos países, la constitución afirma que las normas que reconocen derechos humanos se interpretan de conformidad con los tratados internacionales o, en alternativa, los tratados sobre derechos humanos prevalecen si son más favorables, así que de hecho, tienen valor supra-constitucional[6].

4 En España, el art. 96, c. 1 CE afirma que forman parte del ordenamiento jurídico; el art. 95 prevé el control de constitucionalidad previo eventual; el art. 10, c. 2 afirma que los derechos constitucionales deben ser interpretados de manera conforme a los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado.

5 En los países no incluidos en el esquema no existen normas constitucionales dedicadas a la jerarquía de las fuentes o al rango de los tratados.

6 La palabra "(jurisprudencia)" significa que la clasificación es consecuencia de la interpretación de la Corte constitucional o suprema del País.

Recepción del derecho internacional de los derechos humanos en Iberoamérica		
Rango supra-constitucional	Rango constitucional	Rango infra-constitucional
Bolivia (interpretación de los derechos constitucionales según convención) Colombia (interpretación de los derechos constitucionales según convención) Perú (interpretación de los derechos constitucionales según convención)) Costa Rica (jurisprudencia) Ecuador (aplicación de la disciplina más favorable) México (aplicación de la disciplina más favorable) Venezuela (aplicación de la disciplina más favorable)	Argentina Brasil Colombia (jurisprudencia) México República dominicana Venezuela	Bolivia Brasil (jurisprudencia) Chile Costa Rica Ecuador El Salvador Guatemala Haití Honduras Nicaragua Panamá Paraguay Surinam Uruguay (jurisprudencia)

Veamos en detalle las primeras dos soluciones.

El art. 75, n. 22 de la Constitución Argentina, describiendo las competencias del Congreso, afirma que la CIDH y los otros tratados indicados «en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara». La compatibilidad de la Convención con el núcleo duro de la Constitución, es decir con la primera parte de la carta magna, viene expresamente reconocida, así que los derechos son entre sí complementarios.

La Constitución boliviana es explicita cuando describe, en el art. 410, la jerarquía de las fuentes: « II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regira´ por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales. 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena. 4. Los decretos,

reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes»[7].

Sin embargo, el art. 13, c. 4 afirma que los derechos y deberes constitucionales se interpretan conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado, así que la constitución viviente está sometida al derecho internacional. Lo mismo sucede en Colombia (art. 93) y en la disposición final y transitoria cuarta de la Constitución Peruana.

El art. 78, c. 3 de la Constitución del Brasil, indica que los tratados los tratados aprobados en dos votaciones consecutivas por los 3/5 de cada Cámara antes de la revisión constitucional[8], son infra constitucionales, pero superiores a la ley.

En Ecuador, el art. 425 define el orden de las fuentes del derecho: «El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos». Sin embargo, el art. 424 precisa que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos de contenido más favorable prevalecen sobre cualquiera norma o acto público, reconociéndoles así rango supraconstitucional. Lo mismo está previsto por el art. 23 de la Constitución de Venezuela.

En México, el art. 1, c. 2 impone interpretar todas las normas en materia de derechos humanos conforme a la Constitución y a los tratados internacionales; se encuentran en consecuencia, al mismo nivel que la Constitución, pero aplicando un criterio de prevalencia hacia la fuente que garantiza una tutela más amplia. En la República dominicana el art. 74, n. 3) afirma que «los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado», estableciendo así, no una jerarquía sino una equi-ordenación entre las fuentes.

3. EL DERECHO INTERNACIONAL COMO PARÁMETRO EN EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DENTRO DEL SISTEMA EDU: TENDENCIA MAYORITARIA Y EXCEPCIONES

Bajo la teoría constitucional de la supremacía de la Constitución y de la jerarquía de las fuentes del derecho, la constitucionalización del derecho internacional implicaría su inclusión en el parámetro del juicio de constitucionalidad de las normas, según el modelo de justicia constitucional de cada país y la aplicación de la ponderación, en caso de conflictos entre normas del mismo nivel.

7 Conformemente, el art. 4 de la *Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional* n. 27/2010, y el Código de derecho procesal constitucional, que afirman que los tratados se aplican en cuanto compatibles con la Constitución, tanto que está previsto el control de constitucionalidad previo no obligatorio.

8 Con excepción del caso previsto, el STF ha establecido que los tratados aprobados antes de la revisión constitucional (EC 45/2004) tienen valor infra-constitucional, es decir inferior a la constitución, pero superior a la ley (RE n. 349.703-1 del 2008, fallo contestado, aprobado con un solo voto de diferencia). Defiende el valor constitucional de todos los tratados sobre derechos humanos, De Oliveira Mazzuoli, 2016.

Esta hipótesis es correcta en lo que tiene que ver con el sistema EDU (aún con algunos casos particulares); en cambio, es falsa, si es aplicada tanto en el derecho de la UE, como en la mayoría de los países latinoamericanos del sistema IDH.

En Europa, la desaplicación del derecho interno incompatible con la CEDU por parte de los jueces ordinarios es todavía una excepción. *In primis*, se encuentra en países donde no existe un sistema jurisdiccional de control de constitucionalidad. Por ejemplo, en Holanda, las cortes ordinarias realizan el control de convencionalidad difuso ex art. 94 const[9].

En el Reino Unido, el *Human Rights Act* de 1998 ha introducido una forma de control de convencionalidad difuso, que sin embargo no produce como consecuencia la directa desaplicación de la norma interna incompatible en el caso concreto, sino, ex art. 4[10], la declaración de incompatibilidad, que deja al Parlamento la tarea de solucionar el conflicto por vía legislativa, cuando existen «compelling interests» (art. 10, c. 2). La declaración no afecta ni la eficacia ni la validez del acto, y tampoco produce efectos vinculantes para las partes. Bélgica es en parte comparable con el caso holandés, porque el "control de convencionalidad" fue iniciado por vía jurisprudencial[11], cuando todavía el ordenamiento no había introducido el modelo jurisdiccional de control de las leyes, así que después de su inicio, los jueces mantuvieron la competencia de desaplicar el derecho interno contrastante con una norma internacional *self-executing*.

Un caso verdaderamente interesante se encuentra en Francia, donde la hibridación del sistema de control de constitucionalidad y la previsión constitucional de la supremacía de los tratados sobre la ley (art. 55 const.) ha llevado el *Conseil constitutionnel* a legitimar el control de convencionalidad difuso, que sigue siendo defendido aún después de la introducción de la *question prioritaire*[12] (Dutheillet De Lamothe, 2010). Con la sentencia n. 74-54, de 15 de enero de 1975, *Interruption volontaire de grossesse (IVG)*, el *Conseil* se declaró *no competente* en la actuación del control de convencionalidad, y lo mismo en el caso del control *a posteriori*, con la declaración N. 2010-605, de 12 de mayo 2010, *Jeux de hasard*, reconociendo que ésta tarea pertenece a los jueces ordinarios. La Ley orgánica de ese país, ha especificado que el juez *a quo* debe dar prevalencia al control de constitucionalidad sobre al juicio de convencionalidad, siendo éste un reconocimiento de la supremacía de la Constitución sobre los tratados. Sin embargo, la

9 «Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties or of resolutions by international institutions that are binding on all persons».

10 «If the court is satisfied—

(a)that the provision is incompatible with a Convention right, and

(b)that (disregarding any possibility of revocation) the primary legislation concerned prevents removal of the incompatibility,it may make a declaration of that incompatibility».

11 Caso *Franco Suisse Le Ski*, decidido por la Corte Suprema de Casación el 27 de mayo de 1971.

12 *Décision* n° 74-54 DC du 15 *janvier 1975 recuei*l p. 19, del *Conseil constitutionnel*, que rechaza la propia competencia al control de convencionalidad de los tratados; Décision n° 86-216 DC du 3 *septembre 1986, recueil* p. 135 e *n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, recueil* p. 110, que invitan las cortes ordinarias a asumir esta tarea; affaire des cafés Jacques Vabre della Cour de Cassation, en 1975 y *affaire Nicolo del Conseil d'Etat* nel 1989, donde las cortes aplican la jurisprudencia constitucional; Décision n° 2010-605 DC du 12 *mai 2010, recueil*, p. 78, con la cual el Conseil confirma su incompetencia al control de los tratados.

situación francesa se aprecia un poco absurda, considerando que los jueces ordinarios tienen el poder de realizar el control de convencionalidad difuso, pero en caso de incompatibilidad de una ley con la Constitución no están legitimados a desaplicarla, sino que deben dirigir una QPC (cuestión prioritaria de constitucionalidad) al *Conseil*. En doctrina, se ha sido afirmado que «L'appréciation comparée du contrôle de conventionnalité et du contrôle a posteriori de constitutionnalité par la QPC montre que les contrôles n'ont ni le même objet ni le même but, même si la disposition législative contestée est identique» (Drago, 2016: 504).

En España, el tema del control difuso de convencionalidad divide a la doctrina (Jimena Quesada, 2013; Jimena Quesada, 2018: 31; Canosa Usera, 2015: 237 ss.) y produce incertidumbre entre las cortes. De un lado, «la Corte Constitucional española, en materia de control de convencionalidad, ni hace ni deja hacer» (Jimena Quesada, 2018); del otro, algunos jueces que ya han realizado un control de convencionalidad, han aclarado que el art. 96 CE no determina la incorporación de los tratados dentro del *bloque de constitucionalidad*, sino una relación de "competencia" entre fuentes, y, como consecuencia, el deber del juez de elegir cuál es la norma aplicable al caso concreto, sin perjuicio de la validez de la norma interna (f.j. 6)[13]. En cuanto al art. 10.2 CE, el Tribunal ha afirmado que «no es canon autónomo de constitucionalidad, sino que se limita a definir una pauta hermenéutica obligatoria destinada al Tribunal Constitucional y al resto de intérpretes y aplicadores del título I de la Constitución» (f.j. 5). Esto significa, que los tratados no tienen valor constitucional y no pueden ser utilizados como normas interpuestas en el control de constitucionalidad.

Fuera de los casos particulares analizados, en Europa, la garantía de los derechos convencionales se realiza mediante el sistema de justicia constitucional propio de cada ordenamiento: si el modelo es concentrado, se tramita el recurso directo o excepción de inconstitucionalidad a la Corte constitucional, que declara la norma interna inconstitucional por violación de la CEDU, si no hay un derecho constitucional directamente aplicable (Pollicino, 2010: 448; Salvino, 2017: 144)[14]; si el modelo de justicia constitucional es difuso o mixto, se tramita la desaplicación caso por caso[15].

En América Latina, la situación es más complicada por dos razones: de un lado, ya hemos visto que algunas constituciones reconocen a la Corte IDH y a los tratados sobre derechos humanos rango supra-constitucional; de otro lado, la Corte IDH ha desarrollado la doctrina del control de convencionalidad como directa desaplicación del derecho

13 «En suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas» (f.j. 6).

14 Caso emblemático es el sistema italiano. Hasta la reforma constitucional de 2001, el derecho internacional convencional tenía el rango de la fuente que lo incorporaba en el ordenamiento jurídico, normalmente la ley. Con el nuevo art. 117, c. 2 const. y su interpretación por parte de las sentencias gemelas de la Corte constitucional n. 348-349/2007, el derecho internacional convencional es considerado norma interpuesta en el control de constitucionalidad.

15 En algunos casos, la desaplicación no está prevista ni por el ordenamiento, ni por la jurisprudencia constitucional, y su legitimidad es muy controvertida (Bulgaria, Portugal). Cfr. G. Martinico, O. Pollicino, 2012: 132.

interno incompatible por parte de cualquier órgano estatal, obligando a implementar el Convenio por encima del derecho interno, aun de nivel constitucional.

En consecuencia, la teoría de la integración del control de convencionalidad dentro de la justicia constitucional, podría defenderse respecto de los países que en América latina aplican un modelo difuso de constitucionalidad, como Argentina[16] y algunos países del Caribe[17]. De hecho, aún en estos casos el sistema de la Corte IDH sigue siendo incompatible con la justicia constitucional, en razón de la pretendida y completa subordinación del ordenamiento nacional a la jurisprudencia creativa, general y vinculante de la Corte[18], que se erige como órgano de clausura de un sistema supranacional, por encima de la jurisprudencia de las más altas cortes del poder judicial nacional (la Corte Suprema) y del órgano de garantía de la voluntad constituyente positivizada en la Constitución (la Corte constitucional o la *Sala Constitucional* de la Corte Suprema).

4. TEORÍA Y PRAXIS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN AMÉRICA Y EUROPA

Cuando el derecho internacional tiene rango supra-constitucional, la teoría clásica de la jerarquía de las fuentes sufre problemas de coherencia interna con la idea de la Constitución como "ley suprema".

La justicia constitucional nace como instrumento de garantía de esta superioridad, que se fundamenta en su legitimación popular y en su naturaleza de expresión del poder constituyente de origen popular (Canosa Usera, 2015: 248). Su fundamento filosófico es el constitucionalismo liberal-democrático, que nace como teoría de la limitación del poder. En consecuencia, el objetivo primario de la justicia constitucional, al principio, no era la tutela de los derechos, sino el control del ejercicio del poder normativo, tanto en vertical, entre poder constituyente y poderes constituidos, como en horizontal, entre poder legislativo central y poderes legislativos de las entidades territoriales. En otro lugar, he definido esta fase como modelo "nomocrático" de justicia constitucional, en cuanto el poder normativo es el único objeto de control (Bagni, 2017).

Es solo después de las dos guerras mundiales y de la tragedia del genocidio judío, cuando el objetivo de la justicia constitucional se centra en la tutela de los derechos humanos. Esta fase corresponde a un cambio en el pensamiento constitucional hacia el "neoconstitucionalismo", que reconoce el valor normativo y vinculante de la Constitución, en cuanto conjunto de derechos y libertades, e identifica al poder judicial como su propio instrumento de garantía. He definido esta fase como modelo "pantocrático", porque el control constitucional jurisdiccional se extiende a lo largo de los años, al ejercicio de todos los poderes: ejecutivo, judicial, popular, electoral, de reforma constitucional. Al mismo tiempo, en el ámbito internacional se producen las primeras declaraciones uni-

16 La Corte Suprema argentina, a partir del caso *Giroldi* de 1995, ha afirmado que el control de convencionalidad está incluso en el control difuso de constitucionalidad.

17 Pero también en México, después de la reforma de 2011 y de la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema.

18 Según la jurisprudencia de la Corte IDH, sus fallos vinculan a todos los Estados miembros, aún sin ser partes en el juicio. La Corte lo ha reiterado en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 2010, p. 79 del *voto razonado* del juez Ferrer Mac-Gregor. Ferrer Mac-Gregor, 2011c.

versales de los derechos humanos y los primeros convenios regionales vinculantes sobre derechos fundamentales. Los sistemas regionales se dotan de garantías jurisdiccionales para asegurar el respeto de los derechos convencionales en casos concretos. Sin embargo, en principio, los individuos no pueden recurrir directamente a los tribunales internacionales: la violación del tratado produce sólo responsabilidad internacional.

Pero, como en la mayoría de los casos, los derechos humanos convencionales corresponden a los derechos constitucionales, su garantía se realiza a menudo mediante los sistemas de justicia constitucional internos. Significa, que cuando los individuos obtienen el acceso directo a las cortes supra-nacionales, como en el sistema EDU, la teoría constitucional de las fuentes y del control de constitucionalidad ya no es suficiente para explicar el fenómeno. Prevalece la doctrina de los derechos humanos, cuya legitimidad no deriva ni del tipo de fuente, ni de su legitimación popular (Ruggeri, 2019: 21), sino de su contenido, que se reconoce como pre-jurídico y universal (Spadaro, 2006: 1635; Ruggeri, 2007: 320). El único criterio de resolución de las antinomias es la aplicación de la fuente que asegura mejor la tutela al derecho controvertido (Jimena Quesada, 2018: 34; de Figueiredo Caldas, 2013: 397; Nogueira Alcalá, 2013: 548).

El "nuevo" constitucionalismo latinoamericano, tomando inspiración tanto del constitucionalismo liberal-democrático como del neoconstitucionalismo y de la teoría de los derechos humanos, intenta combinar las distintas perspectivas, que parecerían incompatibles sin un esfuerzo de síntesis original e innovador (Canosa Usera, 2015: 237). La dificultad en compatibilizar los fundamentos de los dos sistemas de garantías, se encuentra expresada en la jurisprudencia de las cortes constitucionales europeas sobre los contralímites y la jurisprudencia de la Corte EDU sobre el margen de apreciación, ambas utilizadas para reconducir el sistema supranacional de tutela de los derechos humanos dentro de los limites teóricos del constitucionalismo liberal-democrático.

La doctrina de los contralímites postula la supremacía jerárquica del núcleo duro de la Constitución, también sobre los tratados de derechos humanos, y reconoce a las Cortes constitucionales nacionales como últimos guardianes de esta relación. Por su parte, el criterio interpretativo del margen de apreciación corresponde a la formalización del *self restraint* de una Corte supranacional que rechaza su legitimación a interpretar de manera extensiva el catálogo de los derechos establecidos en el convenio, cuando no hay plena correspondencia con las "tradiciones constitucionales comunes entre los Estados miembros", que representan el producto de la jurisprudencia constitucional consolidada de cada Estado (García Roca , 2010).

Un argumento largamente utilizado para justificar la incorporación del control de convencionalidad dentro la doctrina constitucional es que en América latina (excepto el caso mexicano), todas las Constituciones que han incorporado el derecho internacional han entrado en vigor después de la CIDH, así que la vinculación al sistema IDH es una libre elección del poder constituyente.

Cuando la Constitución reconoce a los tratados internacionales su mismo valor, extiende el parámetro del control de constitucionalidad a un texto cuyo contenido ha sido establecido por órganos externos al ordenamientos, pero cuya interpretación debería quedarse en el órgano de cierre del sistema constitucional, es decir la Corte constitucional misma, vinculada a los límites formales del tratado y, eventualmente, a la inter-

pretación de sus normas producida por su propio tribunal. Estamos en la hipótesis de integración del sistema EDU dentro el sistema constitucional interno a cada Estado.

En cambio, existe un problema cuando la constitución reconoce a los tratados sobre derechos humanos rango supraconstitucional. Desde un punto de vista dogmático, ¿se puede considerar admisible *ab origine* una renuncia al carácter "supremo" de la Constitución, a favor de una fuente externa, de origen convencional? O, dicho de otra manera, desde la perspectiva del sujeto titular del poder, ¿puede el titular del poder constituyente ceder este poder para el futuro, a favor de terceros externos, como otros Estados u organizaciones internacionales?

Según la doctrina clásica, el poder constituyente no es delegable, en virtud de su directa legitimación popular. Locke lo explica con claras palabras, hablando del momento originario en el cual se establece el titular del poder normativo, definiendo el principio como «the first and fundamental natural law which is to govern even the legislative»: «this legislative is not only the supreme power of the commonwealth, but sacred and unalterable in the hands where the community have once placed it. Nor can any edict of anybody else, in what form soever conceived, or by what power soever backed, have the force and obligation of a law which has not its sanction from that legislative which the public has chosen and appointed; for without this the law could not have that which is absolutely necessary to its being a law, the consent of the society, over whom nobody can have a power to make laws but by their own consent and by authority received from them […]» (Locke, 1823)[19].

En cambio, la aceptación de la doctrina de los derechos humanos implica la admisibilidad de una delegación en blanco en la definición del contenido de los derechos, por parte de fuentes convencionales (Pizzolo, 2008: 190; Martins, Oliveira Moreira, 2011: 469). Las normas convencionales sobre derechos humanos no son simplemente normas interpuestas sino disposiciones de carácter supraconstitucional, que prevalecen jerárquicamente sobre los principios constitucionales. Este razonamiento, nunca explicitado por la Corte IDH, pero necesariamente subtendido en su jurisprudencia, especialmente la que impone revisiones constitucionales a los Estados miembros para adaptar el marco constitucional a las normas convencionales, no es de ninguna manera conciliable con la idea del Estado constitucional de derecho, ni con las teorías sobre poder constituyente o sobre la voluntad popular como fuente de legitimación de las Constituciones democráticas (Sajó, S. Giuliano, 2017).

En palabras del juez de la Sala constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica: «El control de convencionalidad supone un revulsivo en la teoría de las fuentes del Derecho, un replanteamiento de una serie de categorías dogmáticas y el surgimiento de

19 Argumentación parecida se encuentra en la motivación del caso *Lissabon Urteil* del Tribunal constitucional alemán, de 30 junio 2009, § 216 ss. (https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.pdf;jsessionid=99E85A0F238BF4685EAD66312D15985E.1_cid361?__blob=publicationFile&v=1): «The Basic Law does not grant powers to bodies acting on behalf of Germany to abandon the right to self-determination of the German people in the form of Germany's sovereignty under international law by joining a federal state. Due to the irrevocable transfer of sovereignty to a new subject of legitimation that goes with it, this step is reserved to the directly declared will of the German people alone» (§ 228).

otras absolutamente novedosas» (Jinesta L., 2012: 3). Aún reconocidos académicos latinoamericanos apoyan la misma postura: «El control de constitucionalidad es un control diferente al de convencionalidad» (Nogueira Alcalá, 2013: 545), que es complementario al primero (Bazán, 2011, 39; Pérez Tremps, 1992).

El juez de la Corte IDH Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado en el caso *Cabrera García y Montiel Flores* del 2010, habla de internacionalización de las categorías y de los instrumentos del derecho constitucional, al referirse a la doctrina del control de convencionalidad difuso (§§ 21 e 22), y al deber de interpretación conforme a la convención, que corresponde a todos los jueces (§ 36). Afirma que «en caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista "interpretación convencional" posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, se limitará a señalar la inconvencionalidad de la misma o, en su caso, "plantear la duda de inconvencionalidad" ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional». Esta interpretación represente un esfuerzo de integración del control de convencionalidad dentro el marco de la justicia constitucional nacional, sin embargo, la mayoría de los países del sistema EDU, la jurisprudencia de la Corte IDH y la amplia doctrina en la materia, niegan esta postura conciliatoria, y se decantan a favor de la desaplicación directa del derecho interno incompatible con el tratado, con efecto *inter partes* (Rey Cantor, 2010: 563).

Además, es preciso considerar también que la Corte IDH ha vinculado los Estados al seguimiento de su jurisprudencia aun cuando no son partes del caso juzgado[20], creando una norma no prevista por el tratado. La jurisprudencia asume eficacia *erga omnes*[21], transformando la Corte IDH en un verdadero "legislador constitucional" (cómo no recordar las palabras de la Corte Suprema estadounidense en el caso *Cooper v. Aaron*, 358 US 1 (1958): «the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the Brown case is the supreme law of the land») (Sagüés habla de Constitución convencionalizada: Sagüés, 2011).

Bajo la teoría constitucional, tanto el control de convencionalidad como el control de constitucionalidad, deberían convivir como sistemas paralelos y autónomos. Sin embargo, la Corte IDH ha introducido una relación de jerarquía en favor del sistema convencional, una suerte de "control difuso de convencionalidad", comparable con lo que ha pasado también con el proceso de integración comunitario, donde la Corte de Justicia ha impuesto el " control difuso de comunitariedad," y los jueces nacionales deben inaplicar la norma nacional contraria al derecho UE. (Carducci, 2012; Dulitzky, 2015).

El formante legal y el desarrollo jurisprudencial han creado un sistema que llega más allá de la tutela del derecho violado en un caso concreto. La actual estructura del sistema es asimilable a una forma de "justicia convencional transnacional", que garantiza la supremacía de la Convención sobre los ordenamientos internos y que absorbe (más que integrar) los sistemas de justicia constitucional nacionales. Por estas razones, creo que el estudio de la materia necesita, como ya se ha realizado respecto al sistema de la UE, de la elaboración de una dogmática nueva y parcialmente autónoma respecto

20 Caso Cabrera García y Montiel Flores, 2010, p. 79 del *voto razonado* del juez Ferrer Mac-Gregor.

21 La Corte EDU habla de eficacia de *res interpretata*. Sin embargo, la Corte EDU no defiende la primacía del derecho convencional sobre las constituciones de los Estados

del derecho constitucional e internacional, que no sólo pueda definir criterios de prevalencia, sino que sea capaz de crear una nueva teoría de las fuentes, sobre una base político-filosófica común.

Considero que la doctrina latinoamericana justifica el control de convencionalidad sobre la base del principio *pacta sunt servanda* (Ferrer Mac-Gregor, 2015), pero sin explicar por qué el respeto de este principio conlleva automáticamente la desaplicación difusa del derecho interno incompatible con el tratado, existiendo en principio otras soluciones posibles. De hecho, la doctrina cae en la misma critica ya avanzada al respecto de la motivación del juez Marshall en *Marbury v. Madison* (Zagrebelsky, Marcenò, 2012: 35).

En Europa, la doctrina alemana propuso enmarcar el sistema europeo dentro de la idea del constitucionalismo multinivel (Pernice, s.f.). Sin embargo, la utilización del léxico de la teoría constitucional (Pernice, 1999: 707), en mi opinión, sigue produciendo malentendidos en la construcción teórica, alimentando la confusión sobre todo en el ámbito de la teoría de las fuentes y de los instrumentos de garantía, en cuanto el paradigma no substituye, sino que integra la teoría constitucional, que necesita los conceptos tradicionales de Estado y Constitución (Della Cananea, 2010; Walker, 2009). Considero que crearía menos problemas la expresión "tutela multinivel de los derechos", porque no tiene alcance prescriptivo, sino descriptivo, en cuanto no alude a ningún principio-guía para la integración de los distintos niveles o la resolución de eventuales conflictos (Tega, 2012: 44).

Después de esbozar la teoría del control de convencionalidad y de argumentar su crítica, en el siguiente acápite describiré el camino seguido por la Corte IDH, el sistema del derecho de la UE y los desarrollos en el sistema EDU, para construir un modelo autónomo de "justicia convencional transnacional".

4.1. EL SISTEMA IDH FRENTE A LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES

El objetivo declarado del Pacto de San José es crear un sistema *subsidiario* de tutela de los derechos respecto a los ordenamientos nacionales. De hecho, en el preámbulo se lee que la derivación de los derechos de la naturaleza misma de la persona humana, y no de la voluntad constituyente de las Naciones, justifica «una protección internacional, de naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos» (cursivo mío).

Aunque el sistema interamericano pueda parecerse mucho al europeo, hay sin embargo características fundamentales que ponen una distancia entre los dos, reforzada además, por la jurisprudencia de la Corte. *In primis*, la norma de adecuación del art. 2, que no existe en el sistema europeo (Ragone, 2017: 282) dice lo siguiente: «Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades». Es una obligación positiva de compatibilizar el ordenamiento interno a la CIDH, adoptando, si es necesario, reformas legislativas o actos de otra naturaleza. El alcance de la expresión «o de otro carácter» ha sido aclarado por la Corte IDH, refiriéndose incluso a reformas constitucionales.

El art. 54 reg. reconoce a la Corte el poder de fallar, aunque las partes hayan solucionado el caso de manera extrajudicial. Esta disposición encuentra correspondencia en muchos sistemas nacionales de justicia constitucional con acceso incidental, mientras que normalmente no existe en los juicios de amparo o en los *constitutional complaint*. La razón es que el primer modelo defiende el valor de supremacía de la Constitución en abstracto; el segundo, en cambio, está interesado sólo en garantizar justicia en el caso concreto, y por eso no tendría sentido seguir adelante con un proceso, cuando las partes ya han encontrado una solución aceptada por ambas.

En el sistema interamericano podemos avanzar dos interpretaciones del art. 54 reg. Puede entenderse como una norma de salvaguardia de la parte débil, respecto a soluciones amistosas que solo formalmente o simuladamente tutelan la parte o restauran su derecho. De otro lado, la norma atribuye a la Corte un rol que va más allá de la garantía de los derechos en casos concretos, y que mira a proponer la CIDH como una "constitución universal", cuya supremacía debe ser defendida con efectos generales, según la misma lógica del control "nomocrático" de constitucionalidad. Esta situación es difusa en los casos de desaparición forzada, donde el reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado no es suficiente, y hay en cambio que luchar por un objetivo más grande de restablecimiento de la verdad histórica: «La Corte Interamericana está llamada a establecer la verdad, una verdad material e histórica» (*voto concurrente* del juez Sergio García Ramírez, § 17, caso *Myrna Mack Chang*, 2003).

La interpretación amplia del alcance de la CIDH está avalada por la previsión de la función consultiva de la Corte (art. 64 CIDH, artt. 70 ss. Reg.), que puede ser activada tanto para obtener una interpretación auténtica del tratado, como para pedir un juicio abstracto de convencionalidad entre una ley nacional y la CIDH, bajo recurso directo del Estado miembro (art. 64, c. 2 CIDH y art. 72 Reg.). Como es bien sabido, la doctrina del control difuso de convencionalidad ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte, que, poco a poco, ha construido el sistema (Quinche Ramírez, 2010; Ferrer Mac-Gregor, s.f.; Hitters, 2009).

Con la sentencia *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, de 2006[22], la Corte IDH ha impuesto a los jueces de los países miembros de la convención el ejercicio del control de convencionalidad difuso. Los fundamentos normativos utilizados por la Corte son los artt. 1 y 2 CIDH[23], que imponen a las partes el deber de respetar los derechos y libertades reconocidos por el Pacto, garantizar el libre ejercicio de los derechos sin discriminación, y asumir las cargas legislativas o de otra naturaleza necesarias para dar efectividad a los derechos; el art. 29, que impone interpretar los derechos de la manera más amplia po-

22 La idea ya había sido esbozada por algunos votos particulares del juez Sergio García Ramírez, a partir del caso *Myrna Mack Chang* de 2003, donde el juez utiliza por primera vez la expresión "control de convencionalidad", y del juez Antônio Augusto Cançado Trindade, a partir del caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, de 2001, donde afirma, al punto 9, que «las normas sustantivas - atinentes a los derechos protegidos – de un tratado de derechos humanos son directamente aplicables en el derecho interno de los Estados Partes en dicho tratado».

23 «Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción […]».

sible; el art. 69, que obliga los Estados a cumplir con las sentencias en los casos donde son partes en el juicio.

Esto implica una obligación de adecuación normativa del ordenamiento nacional a la CIDH, pero la Corte ha establecido también que, en el caso en que el legislador no cumpla, y el juez se encuentre en deber de aplicar una norma ilegítima «el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos»[24]. Sólo unos meses después, el principio viene reafirmado en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, de 24 de noviembre 2006, donde la Corte fundamenta el control de convencionalidad sobre la obligación de respetar los compromisos asumidos con la firma del tratado, bajo las normas generales de derecho internacional[25]. En la misma sentencia se afirma el deber de ejercer el control *ex officio*.

En *Almonacid* y en *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, de 2009, la Corte IDH especifica que el control debe ser ejercido considerando también su jurisprudencia (Gozaíni, 2008: 83; Nogueira Alcalá, 2013): «En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».En el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 noviembre 2010, en particular en el voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor, muchos aspectos de la doctrina del control de convencionalidad son aclarados y sistematizados, especialmente la premisa de que lo deben ejercer «los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles» (Ferrer Mac-Gregor, 2011b). En el caso *Gelman vs. Uruguay*, de 2011, la Corte amplía ulteriormente los sujetos obligados, afirmando que todos los órganos, incluso los no jurisdiccionales, están obligados al control de convencionalidad[26].

Finalmente, la Corte IDH llega hasta a imponer a los Estados reformas constitucionales[27], que ella considera necesarias para compatibilizar el ordenamiento interno con el

24 §§ da 123 a 125. V. también el caso *Radilla Pacheco*, p. 339: «En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

25 «128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes».

26 Caso *Gelman*, § 239 «[…] un "control de convencionalidad" (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial». Sagüés, 2017: 56 ss.

27 Ya desde la opinión consultiva OC-4/84, de 11 enero 1984, la Corte IDH afirma que las normas constitucionales deben ser interpretadas según Convención. El caso más noto es *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, de 2001, donde, al punto 4 del dispositivo, la Corte «decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura». En el caso, se trataba de una reforma de la Constitución que el Gobierno ya había propuesto, pero que durante el juicio todavía no se había aprobado.

Pacto de San José, bajo el presupuesto de que el derecho internacional de los derechos humanos es parte del bloque de normas y principios de nivel supra-constitucional, que limitan también el poder de revisión constitucional (Rey Cantor, Rey Anaya, 2014: Jinesta L., 2012: 238)[28].

El sistema IDH no se propone sólo como "sistema internacional subsidiario de tutela de los derechos humanos". Esto implicaría la intervención de la Corte sólo bajo el recurso de las partes, como en el caso del amparo, y un derecho procesal convencional coherente con un juicio de partes. El sistema IDH es más que eso, porque garantiza también la aplicación preferente de la CIDH, tanto en concreto como en abstracto, frente a las fuentes internas de los ordenamientos de los Estados miembros, incluso frente a la Constitución misma (Jinesta, 2012: 3)[29]. La norma de adecuación (art. 2), la previsión del *amicus curiae*, el procedimiento consultivo, la autonomía del proceso *ad quem* respecto al proceso *a quo*, la eficacia *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte (incluso por los Estados no partes en el juicio[30]), la constante afirmación de que los jueces nacionales, en el ejercicio del control de convencionalidad son «jueces interamericanos», el poder de revisión del cumplimiento de las sentencias, son todos argumentos que soportan la interpretación propuesta.

Otra cuestión es si el intento de la Corte se está realizando en concreto. La lenta transformación del sistema interamericano de instrumento de tutela subsidiaria de los derechos hacia un verdadero sistema de "justicia convencional transnacional" ha encontrado críticas y oposiciones en su camino, debido a la ausencia de una común voluntad política entre todos los países de la OEA en aceptar las limitaciones de soberanía que tal visión implica, en particular frente a la idea de la Constitución como ley suprema (Gozaíni, 2008: 84). Un "conflicto entre Cortes" ya se ha visto en varios países: en Uruguay, con el caso *Gelman*, donde la Corte Suprema no ha aceptado la orden de renunciar a su poder de control de la constitucionalidad de las leyes, considerando la abrogación total de la ley de caducidad lesiva de los derechos constitucionales en materia penal; en Argentina, con el caso *Fontevecchia*, de 14 de febrero de 2017, donde la Corte Suprema se ha declarado vinculada sólo a las sentencias de la Corte IDH en las cuales el Estado argentino es parte (Ruiz-Morales, 2017: 144).

Del análisis del *Report* 2018 sobre la actividad de la Corte IDH y de los datos publicados en el sitio oficial, se advierte que de los 282 casos llegados a la Corte a partir de su cre-

28 Punto 247 del caso *Radilla Pacheco* «La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales comprende el texto constitucional y todas las disposiciones jurídicas de carácter secundario o reglamentario». Cfr. Jinesta L., 2012: 16 s.: «En nuestro criterio, el "poder reformador", en cuanto poder constituido, tiene como límite infranqueable el "parámetro de convencionalidad", por lo que el órgano encargado del control de constitucionalidad bien podría ejercer el control de convencionalidad sobre las reformas que emita al texto constitucional, sobre todo, teniendo en cuenta uno de los principios básicos de los derechos humanos que es el de progresividad».

29 «El control de convencionalidad implica la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos (v. gr. la supremacía exclusiva de la Constitución) y, en definitiva, un nuevo paradigma del Derecho Público de los países del sistema interamericano»).

30 Cfr. § 51, *voto razonado* del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 noviembre 2010.

ación fasta el 2018, 197 están todavía bajo juicio de revisión de ejecución (además de 32 casos pendientes de juicio y 14 a los cuales se ha aplicado el art. 65 CIDH). Esto significa que, si el incumplimiento total representa sólo el 5% del total, el parcial llega hasta el 70%. En particular, los Estados cumplen las obligaciones de indemnización moral y material de las víctimas, como la publicación de la sentencia de la Corte o el pago de la reparación, pero no cumplen las *garantías de no repetición*, es decir aquellos medios de reparación que no están dirigidos sólo a las víctimas en concreto, sino que benefician a la colectividad en su conjunto, en cuanto requieren cambios estructurales, normativos o institucionales. Estos cambios, a menudo consisten en: asunción de responsabilidad pública del Estado frente a la violación o al incumplimiento; implementación de reformas constitucionales o legislativas[31]; construcción de monumentos o memoriales[32]; realización de investigaciones penales y/o búsquedas de restos de personas desaparecidas; restitución de tierras a las comunidades indígenas[33]; consultas previas de las comunidades autóctonas[34]. Así entonces, más allá de la euforia que normalmente la doctrina manifiesta hacia el sistema IDH, los datos demuestran que el sistema funciona bastante bien como instrumento subsidiario de tutela individual, mientras que un verdadero modelo de integración constitucional (más cercano al modelo UE que no al sistema EDU) está lejos de cumplirse. Los Estados siguen siendo reacios a seguir las directivas dictadas por la Corte, que utiliza buena parte de sus recursos humanos y materiales en la supervisión del cumplimiento de sentencias.

Algunas veces los Estados justifican su oposición, con la falta de legitimación democrática de la Corte IDH. Es un argumento evidentemente relacionado con la defensa de la soberanía nacional de los Estados, en elegir modos, tiempos e instrumentos para

31 «2. Regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas, de conformidad con el párrafo 337 de la presente Sentencia.

3. Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro")* ***vs. Costa Rica***: «Incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto, de conformidad con el párrafo 338 de la presente Sentencia.»

32 Caso *"Masacre de Mapirián"* vs. Colombia: «5. Construir, en el plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, un monumento apropiado y digno para recordar los hechos de la masacre de Mapiripán, en los términos de los párrafos 315 y 326 de esta Sentencia». O en el caso *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*: «7. Construir, en el plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, un monumento apropiado y digno para recordar los hechos de la masacre de Pueblo Bello, en los términos de los párrafos 278 y 286 de esta Sentencia».

33 Caso *Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Rio Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*: «4. Restituir el efectivo uso, goce y posesión de los territorios reconocidos en la normativa interna a las comunidades afrodescendientes agrupadas en el Consejo Comunitario de las Comunidades de la Cuenca del río Cacarica, de conformidad con lo establecido en el párrafo 459 de esta Sentencia».

34 *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*: «Consultar al Pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio, en los términos de los párrafos 299 y 300 de esta Sentencia».

cumplir con las obligaciones derivadas del tratado. Otras veces, la naturaleza disímil de los dos sistemas de garantía no permite buscar una síntesis argumentativa en este ámbito. La "justicia convencional transnacional" se fundamenta en la aceptación *a priori* de la razonabilidad universal del concepto de derechos humanos. En cambio, la justicia constitucional es garantía de las minorías frente a la mayoría gubernamental contingente, que intenta violar los valores supremos sobre los cuales se fundó el consentimiento constituyente del pueblo.

La relación entre dogmática de los derechos y dogmática de la soberanía debería ser más fluida (Gargarella, 2015): cuando la situación política interna evidencia fuertes lagunas en el funcionamiento democrático de las instituciones, el sistema de "justicia convencional transnacional" debería entrar en funcionamiento como generador de emergencia; cuando, en cambio, el debate democrático interno es capaz de garantizar de manera apropiada las minorías y los órganos de garantías pueden tutelar los casos particulares de violación de derechos, los sistemas internacionales deberían dar el paso a los instrumentos que gozan de manera directa o indirecta de legitimación popular**.** En este momento, la dinámica entre sistemas parece seguir la primera dirección, aún en Europa[35].

4.2. EL SISTEMA EDU FRENTE A LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES

La Convención europea de los derechos humanos fue firmada en Roma en 1950 y entró en vigor en 1953. El sistema de garantías se fundamentaba al principio en dos órganos (art. 19): la Corte (actualmente existente) y la Comisión (abolida en 1998 con el protocolo 11), que desarrollaba el primer filtro al respecto de los recursos de las personas por violaciones de la CEDU, en cuanto único órgano, además de los Estados, legitimados a llevar casos a la Corte (art. 44).

El objetivo del tratado es garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos humanos, ya establecido en la declaración ONU. Es un sistema de garantías subsidiario y condicionado: requisito de admisibilidad es el agotamiento previo de los recursos internos y además, la acción debe ser promovida dentro de los 6 meses[36] siguientes a la fecha de publicación de la sentencia definitiva sobre el caso.

En 1963 se firma el Protocolo 2, que entró en vigor en 1970, y luego fue substituido por el protocolo 11, que añade la competencia consultiva de la Corte[37], con un ámbito de aplicación muy estrecho, en cuanto no puede incluir la interpretación abstracta de un derecho establecido por la convención[38]. En el *explanatory Report* esta decisión se

35 Sajó, Giuliano, 2017: 532: «However, the fact of the matter is that the ECtHR is, against the Preamble of the Convention, gradually backing down from the maintenance and the further realization of human rights, replacing supranational adjudication with national sovereign will. Even more, in doing so it has increased uncertainty. Such uncertainty can undermine the entire supra-national project of human rights».

36 4 con el protocolo 15.

37 Art. 47 «… give advisory opinions on legal questions concerning the interpretation of the Convention and the protocols thereto».

38 Si legge infatti nel secondo paragrafo: «Such opinions shall not deal with any question relating to the content or scope of the rights or freedoms defined in Section I of the Convention and the protocols thereto, or with

justifica por la voluntad de no mezclar competencias consultiva y contenciosa ex art. 33 e 34.

A partir de 1998, con el protocolo 11, la Corte se vuelve órgano permanente de tiempo completo, y hay acceso directo por los individuos. La última modificación interesante es de 2010, cuando se aprueba el protocolo 14, con la finalidad de introducir instrumentos para garantizar la sustentabilidad del trabajo de la Corte: el mandato de los jueces es extendido a 9 años y se introduce como requisito de admisibilidad de los recursos la prueba de un «significant disadvantage» para el recurrente.

Están a la fecha abiertos a la ratificación dos protocolos, el n. 15 y el n. 16, que representan interesantes desarrollos del sistema europeo de tutela de los derechos.

De un lado, con el protocolo 15, los Estados se oponen a la transformación del sistema en sentido "constitucional", reivindicando su naturaleza integrativa de los sistemas nacionales, se dispone la inclusión en el preámbulo de la CEDU de la referencia al principio de subsidiariedad y al margen de apreciación. Además, se corta a 4 meses el plazo para proponer recursos. De otro lado, con el protocolo 16, se introduce la posibilidad, por parte de las más altas jurisdicciones nacionales, de pedir a la Corte una opinión consultiva acerca de la interpretación de los derechos contenidos en la CEDU, fortaleciendo el dialogo entre cortes nacionales y la Corte de Estrasburgo.

En el informe explicativo se puede leer que el grupo de sabios, instituidos en 2005 para reflexionar sobre la eficacia a largo plazo del sistema europeo de garantía de la CEDU, había al principio indicado entre las finalidades de la función consultiva «fortalecer el rol "constitucional" de la Corte». Sin embargo, ya en la conferencia de Smirne de 2011, el alcance de este objetivo había sido restringido y cambiado por «ayudar los Estados a evitar futuras violaciones». El mecanismo tiene como finalidad mejorar la eficiencia del sistema y, en el fondo, evitar que lleguen a la Corte casos que se hubieran podido resolver directamente por el juez de la causa, bajo una correcta interpretación de la CEDU.

Esto significa, que el objetivo del protocolo 16, en línea con lo del protocolo 15, debe ser interpretado en el sentido de lograr una mejor eficacia del sistema, disminuyendo el número de casos que llegan a la Corte[39]. Aun en la óptica del diálogo, los dos niveles de tutela, nacional y supra-nacional, quedan distintos y separados, tanto que la opinión consultiva de la Corte no es vinculante, de manera que busca respetar la completa autonomía de juicio de los jueces nacionales. La Corte se queda como interprete supremo del Tratado, pero no del derecho interno, como en cambio se produce con el mecanismo consultivo previsto por el sistema interamericano. La Corte ya se había pronunciado sobre el punto, rechazando la idea de que el mecanismo pudiese ser entendido como una especie de recurso directo de convencionalidad[40]. El protocolo 16 entró en

any other question which the Court or the Committee of Ministers might have to consider in consequence of any such proceedings as could be instituted in accordance with the Convention».

39 *Reflection paper on the proposal to extend the court's advisory jurisdiction*, https://www.echr.coe.int/Documents/2013_Courts_advisory_jurisdiction_ENG.pdf: «the longer term objective would clearly be to ensure that more cases were dealt with satisfactorily at national level» (p. 1) e «should, in the long run, help reduce the Court's overall workload» (p. 4).

40 «[…] there should not be an abstract review of legislation» (p. 6).

vigor el primero de agosto de 2018, sólo para los Estados que lo han ratificado, luego se trata aún de una fase experimental[41].

La apertura hacia el Este del ámbito de aplicación de la CEDU, sin embargo, ha producido un cabio en la jurisprudencia de la Corte Europea en punto a las relaciones entre la CEDU y el derecho nacional. La Corte se ha vuelto más "agresiva" para garantizar estándares de tutela de los derechos más elevados, en países con un evidente retraso en su concreto reconocimiento. Hoy en día, se puede detectar una tendencia hacia la transformación del sistema europeo de un modelo de "justicia individual" hacia uno de "justicia constitucional" (Pollicino, Sciarabba, 2011: 23; Pollicino, 2010: 129).

De hecho, bajo el tratado, la Corte EDU juzga sobre violaciones de la CEDU caso por caso, y da curso a sentencias con eficacia *inter partes*, ex art. 46, c. 1, que no constituyen precedente vinculante. En cambio, la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, está marchando en dirección opuesta, por medio de las sentencias pilotos y de la eficacia de *res interpretata* de sus fallos, con la consiguiente extensión del efecto indirecto de las sentencias hacia los Estados que no son partes en el juicio, es decir con eficacia *erga omnes*. Las sentencias-pilotos ha sido disciplinadas en el art. 61 Reg. en 2011. Es un procedimiento que permite a la Corte resolver un caso concreto, y al mismo tiempo dictar indicaciones *pro futuro*, respecto a la misma situación de hecho, que parece emblemática respecto de un problema estructural o sistémico de adecuación del ordenamiento interno a la CEDU, entonces de una situación lesiva potencialmente repetible. El mismo efecto se podría producir con las opiniones consultivas (Pérez Sola, 2017: 1310; Cárdenas Velásquez, 2018: 53).

4.3 LA APLICACIÓN DIRECTA DEL DERECHO DE LA UE POR PARTE DE LOS JUECES DE LOS PAÍSES MIEMBROS

Una forma de "control de convencionalidad" se realiza por parte de los jueces de los países miembros de la UE respecto a los actos normativos de la UE directamente vinculantes. La primacía del derecho de la UE sobre el derecho interno se ha afirmado por vía jurisprudencial durante el proceso de integración europeo, iniciado con los tratados que instituyeron la Comunidad económica del carbón y del acero, en 1951, de la Comunidad económica europea (CEE) y de la Comunidad europea para la energía atómica (Euratom), en 1958. Actualmente, las últimas revisiones del proceso remontan al tratado de Lisboa, en vigor desde 2009. La declaración n. 17, anexa a los tratados, reafirma el principio de primacía, citando expresamente la jurisprudencia constante de la CGUE, inaugurada con el caso *Costa c. Enel* de 1964. El análisis de los argumentos utilizados durante la "guerra entre las cortes" que se produjo en aquellos años, sobre todo por parte de las Corte constitucionales italiana y alemana, confirma que la desaplicación del derecho interno incompatible con el derecho de la UE por parte de los jueces ordinarios no es una solución que deriva de la aplicación al sistema UE de las

41 La primera opinión consultiva a la Corte EDU ha sido pedida por la *Cour de Cassation* francese, *Assemblée plénière,* con el *arrêt* n° 638 *du 5 octobre 2018* (10-19.053), sobre la compatibilidad con la CEDU de una norma que prohíbe a la madre "*d'intention*" de inscribirse en el registro de estado civil como madre "legal" de un niño nacido al extranjero con subrogación de maternidad.

teorías sobre las fuentes elaboradas por el derecho constitucional, sino el fruto de una construcción jurídica novedosa.

En Italia, la Corte constitucional, en 1964 y en 1973, con la sent. n. 183, incorpora el principio de primacía del derecho comunitario, pero al mismo tiempo, defiende los presupuestos del sistema de justicia constitucional, cuando afirma que la ley entrada en vigor después del derecho de la UE necesita ser sometida al control de constitucionalidad. Sólo después del caso *Simmenthal* la Corte constitucional acepta los argumentos de la CGUE, renunciando a esquemas interpretativos y marcos jurídicos constitucionales «verosimilmente indisponibili», y aceptando el control difuso de "comunitariedad" (Ruggeri, 2019b: 316), pero contribuyendo a la elaboración de la doctrina de los contra-límites.

La coherencia de la perspectiva originaria de las Cortes nacionales, aun considerando la evolución del proceso de integración, está confirmada por la más reciente jurisprudencia de muchas Cortes constitucionales, que han aplicado la teoría de los contra límites y se han vuelto a reivindicar en su competencia para controlar la compatibilidad entre el derecho interno y el derecho de la UE, cuando el parámetro está constituido por principios fundamentales del ordenamiento o derechos establecidos por la CEDU.

En el *Lissabon Urteil*, el Tribunal constitucional federal alemán afirma reiteradamente que los Estados miembros son los reales padrones de los tratados, rechazando su naturaleza "constitucional", y reiterado su competencia para control que el derecho europeo respete la identidad nacional y los principios fundamentales del Estado alemán, ya afirmada en el caso *Solange* en 1974: «The obligation under European law to respect the constituent power of the Member States as the masters of the Treaties corresponds to the non-transferable identity of the constitution (Article 79.3 of the Basic Law), which is not open to integration in this respect. Within the boundaries of its competences, the Federal Constitutional Court must review, where necessary, whether these principles are adhered to» (§ 235) (Mezzetti, 2019: 172 ss.).

En el caso *Taricco* (CGUE, C-105/14, 8 de septiembre de 2015), por primera vez las cortes italianas han promovido una cuestión de legitimidad constitucional frente a la interpretación conforme del derecho interno frente al derecho de la UE, impuesta por la CGUE, que invitaba los jueces a desaplicar normas sobre la prescripción penal prejudiciales por los intereses financieros de la UE en materia de VAT. La Corte constitucional italiana, después de haber promovido una cuestión prejudicial comunitaria, ha reafirmado, en la sent. 115/2018, que «spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona».

Del resto, la doctrina de los contra límites ha sido "comunitarizada" con el Tratado de Lisboa. El art. 4, c. 2 TUE ahora declara expresamente que la UE respeta la identidad nacional de los Estados miembros, así que, de disposición de salvaguardia de la soberanía constitucional de los Estados, la doctrina de los contra límites se ha transformado en parámetro de legitimidad del derecho de la UE, aplicable por la CGUE.

Finalmente, el art. 6 TUE reconoce los derechos establecidos por la CEDU como principios generales del derecho de la UE. Esta nueva disposición ha producido un debate en doctrina sobre la posibilidad que, por medio del art. 6, se pueda extender el "control de convencionalidad" comunitario a los casos de violación del derecho EDU. Sin embargo, la misma CGUE se ha pronunciado sobre el asunto, defendiendo la tesis que la relación entre derecho interno y derecho de la UE no se extiende automáticamente al sistema EDU. La Corte ha afirmado que el TUE «non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale», por lo que «il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa» (§ 63, Grande Sezione, 24 aprile 2012, caso *Servet Kamberaj*, causa C-517/10).

5. LA "JUSTICIA CONVENCIONAL TRANSNACIONAL" COMO SISTEMA AUTÓNOMO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Conclusiones

El objetivo de este articulo ha sido reflexionar sobre la naturaleza de las distintas formas de control de convencionalidad elaboradas en algunos sistemas jurídicos supranacionales, para entender si es metodológicamente correcto considerarlas, como parece hacer la doctrina con gran aplomo, especies del *genus* de la "justicia constitucional", en base a las similitudes existentes entre las formas procesales utilizadas para garantizar la supremacía del derecho de origen convencional sobre el derecho interno.

A partir de la segunda mitad del siglo pasado, varios tribunales supranacionales han sido creados como órganos de implementación, tanto de tratados regionales sobre derechos humanos, como de sistemas internacionales de integración económica. En muchos casos, un sistema de acceso directo e individual a estos tribunales ha sido previsto, frente a conductas activas u omisivas de los Estados, por violación de normas convencionales. Sin embargo, sólo en algunos sistemas (UE y los sistemas EDU y IDH), el nivel de las relaciones internacionales y el de las relaciones jurídicas entre individuos dentro de los ordenamientos estatales se ha mezclado con la afirmación de principios como la primacía y el efecto directo y los instrumentos procesales de la prejudicialidad y del control de convencionalidad.

Se ha creado una superposición hasta la fecha inexistente en la ciencia jurídica, que siempre había trazado una frontera rígida entre las disciplinas del derecho constitucional y del derecho internacional, en virtud de los distintos sujetos de derecho y de los límites de aplicación de las normas producidas en cada esfera jurídica.

Mi posición, compartida de hecho también por la jurisprudencia de algunas cortes constitucionales (*supra*, § 4), es que, a pesar de las similitudes entre formas, control de convencionalidad y control de constitucionalidad tienen dos fuentes de legitimación distintas, aún si el parámetro que aplican es a menudo intercambiable. Esto implica que, en la mayoría de los casos concretos, la solución a la cual llegan es idéntica (sobre

todo en el ámbito de garantía de los derechos), a causa de la incorporación del derecho de origen convencional en los ordenamientos nacionales.

La inclusión del derecho internacional en el bloque de constitucionalidad permite absorber el control de convencionalidad dentro del sistema de justicia constitucional vigente en cada ordenamiento, que es lo que pasa en muchos países del sistema EDU. La imposición jurisprudencial del instrumento de la desaplicación directa del derecho interno incompatible, en cambio, crea una ruptura de los principios constitucionales que regulan las fuentes y la relación entre poderes, basados en la teoría del poder constituyente como fundamento de la supremacía de la Constitución.

Apoyar esta conclusión teórica no significa rechazar de manera anacrónica los logros obtenidos ni en el ámbito de tutela de los derechos humanos en los sistemas regionales de garantías, ni en el ámbito de los procesos de integración internacional. Mi tesis implica reconocer que es necesario un enfoque metodológico distinto para el estudio de estos fenómenos, como de hecho se ha producido en la doctrina europea frente al estudio del sistema UE. Hay que aceptar que la "justicia convencional transnacional" es un instrumento de garantía que, aun dialogando con la justicia constitucional nacional, no se puede explicar con los mismos presupuestos teóricos, y necesita de una elaboración doctrinal propia y de presupuestos jurídicos-filosóficos autónomos respecto a la ciencia del derecho constitucional.

Como ya en América latina ha pasado con el *derecho procesal constitucional*, la imitación e hibridación de institutos y principios propios de ciencias ya existentes produce una nueva disciplina jurídica, en mi opinión una nueva rama del derecho internacional. De todos modos, es indudable que permanezcan fuertes interacciones con la justicia constitucional, debido a que las dos disciplinas comparten el mismo objeto de tutela, es decir los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

-Bagni, S. (2017). Oltre i modelli e i sistemi di giustizia costituzionale e convenzionale: alcune riflessioni di método. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 1067-1095.

-Bazán, V. (2011). En torno al control de convencionalidad. En M. Maldonado Muñoz (ed.), *Ruptura n. 54*, Quito: Cevallos.

-Canosa Usera, R. (2015). ¿Es posible el control pleno de convencionalidad en España?. En M. –

-Carbonell Sánchez, H. Fix Fierro, D. Valadés (coords), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos humanos*, tomo V, vol. 1. México: Unam.

-Cárdenas Velásquez, B.G. (2018). *El control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Especial consideración de su aplicación en España y Nicaragua*. Barcelona: Bosch.

-Carducci, M. (2012). Argomento comparativo e presunzione di isomorfismi interordinamentali: spunti critici dalla prospettiva latinoamericana. En Aa.Vv., *Studi in onore di Aldo Loiodice*. Bari: Cacucci

-Chang, W-C., Yeh, J-R. (2012). Internalization of Constitutional Law. En M. Rosenfeld, A. Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: OUP.

de Figueiredo Caldas, R. (2013). O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, n. 13.

-De Oliveira Mazzuoli, V. (2016). *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, 4.ª ed. revista, actualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda.

-Della Cananea, G. (2010). Is European Constitutionalism Really "Multilevel"?. *ZaöRV*, n. 70, 283-317 (on line https://www.zaoerv.de/70_2010/70_2010_2_a_283_318.pdf.)

-Di Gregorio, A. (2004). Riforme costituzionali e integrazione europea: il caso dei nuovi membri dell'Est. *Dir. Pubb. Comp. Eur*., n. 4.

-Drago, G. (2016). *Contentieux constitutionnel français*, 4ème éd. Paris: Puf.

-Dulitzky, A.E. (2015). An Alternative Approach to the Conventionality Control Doctrine. 109 *AJIL Unbound* 100. http://www.iconnectblog.com/2015/11/symposium-on-the-constitutionalization-of-international-law-in-latin-america/#_ftnref6

-Dutheillet De Lamothe, O. (2009). *Visite au Tribunal Constitutionnel espagnol*, Madrid, 2-4 de avril 2009, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/publications/contributions-et-discours/2009/controle-de-conventionnalite-et-controle-de-constitutionnalite-en-france.147129.html

Favoreu, L., Mastor, W. (2016). *Les cours constitutionnelles*, 2° éd. Paris: Dalloz.

-Ferrer Mac-Gregor, E. (2015). Conventionality Control: The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights. 109 *AJIL Unbound* 93. http://www.iconnectblog.com/2015/11/symposium-on-the-constitutionalization-of-international-law-in-latin-america/#_ftnref6

-Ferrer Mac-Gregor, E. (s.f.). El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf

-Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, n. 2, 531-622.

-Ferrer Mac-Gregor, E. (2011b). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El

nuevo paradigma para el juez mexicano. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/14.pdf.

-Ferrer Mac-Gregor, E. (2011c). Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad (A la luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México). En M. Maldonado Muñoz (ed.), *Ruptura n. 54*, Quito. 363-411.

-Fix-Zamudio, H. (1999). Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*.

-García Roca, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Cizur Menor: Thomson Reuters.

-Gargarella, R. (2015). La democracia frente a los crímenes masivos: una reflexión a la luz del caso

-Gelman. *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, 1-15.

-González-Trevijano Sánchez, P.J (2000). *El Tribunal Constitucional*. Elcano: Aranzadi.

-Gozaíni, O.A. (2008). El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno. En S. Albanese (coord.), *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar.

-Hitters, J.C. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios constitucionales*, vol. 7, n. 2, 109-128, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200005&lng=es&nrm=iso.

-Jimena Quesada, L. (2018). El control de convencionalidad y los derechos sociales: nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal). *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 22, 31 ss.

-Jimena Quesada, L. (2013). *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad a propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*. Cizur Menor: Aranzadi.

-Jinesta L., E. (2012). Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. En E. Ferrer Mac-Gregor (coord.). *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. México: Fundap (versión *on line*).

Martinico, G., Pollicino, O. (2012). *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws,* Cheltenham/Northampton: Elgar Pub.

Martins, L., Oliveira Moreira, T. (2011). Constitucionalidade e Convencionalidade de Atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano*, n. 11.

Mezzetti, L. (2019). Principi costituzionali e forma dell'Unione. En P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri. *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*. Turin: Giappichelli.

Nogueira Alcalá, H. (2013). Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, n. 13.

Pérez Sola, N. (2017). El diálogo entre los tribunales: Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (coords). *La ciencia del derecho constitucional comparado. Libro homenaje a Lucio Pegoraro*, II. México: Tirant lo Blanch.

Pérez Tremps, P. (1992). Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales. Anuario de la Facultad de Derecho, n. 10, Universidad de Extremadura.

Pérez Tremps, P. (2016). *Sistema de Justicia Constitucional*, 2° ed. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.

Pernice, I. (1999). Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?. *Common Market Law Review*, Issue 4, n. 39.

Pernice, I. (s.f.). Multilevel Constitutionalism in the European Union, http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf.

Pizzolo, C. (2008). La relación entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humano a la luz del bloque de constitucionalidad federal. En S. Albanese (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires: Ediar.

Pizzorusso, A. (2007). Giustizia costituzionale (diritto comparato). *Enc. Dir.*, *Annali*, I. Milán: Giuffrè.

Pollicino, O. (2010). *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale*?. Milán: Giuffrè.

Pollicino, O., Sciarabba, V. (2011). La Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei

diritti dell'uomo quali Corti costituzionali. En L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, tomo II. Padua: Cedam.

Quinche Ramírez, M.F. (2010). El control de convencionalidad. Un control judicial para el siglo XXI. En Aa.Vv., *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI – Derecho público*. tomo VI. Temis/Pontificia Universidad Javeriana, 573-601.

Ragone, S. (2017). The Inter-American System of Human Rights. Essential Feature. En A. von

Bogdandy et al. (eds). *Transformative Constitutionalism in Latin America: the Emergence of a new Ius Commune*. Oxford: OUP.

Reflection paper on the proposal to extend the court's advisory jurisdiction (2013). https://www.echr.coe.int/Documents/2013_Courts_advisory_jurisdiction_ENG.pdf.

Rey Cantor, E. (2010). La Jurisdicción Constitucional y Control de Convencionalidad de las Leyes. En P.L. Manili (dir.). *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Argentino, Comparado y Transnacional*, Buenos Aires: La Ley.

Rey Cantor, E., Rey Anaya, A.M. (2014). Control de convencionalidad (test). En E. Ferrer Mac-Gregor, F. Martínez Ramírez, G.A. Figueroa Mejía (coords), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. México: Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Unam-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Rolla, G. (cur.) (2010), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*. Milán: Giuffrè.

Ruggeri, A. (2019). Una Costituzione e un diritto costituzionale per l'Europa unita. En P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Turin: Giappichelli.

Ruggeri, A. (2019b). Le fonti eurounitarie e le fonti nazionali. En P. Costanzo, L. Mezzetti, A.

Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Turin: Giappichelli.

Ruggeri, A. (2007). La tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali. *Politica del diritto*, n. 3.

Ruiz-Morales, M.L. (2017). El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 21.

Sagüés, N.P (s.f.). El "control de convencionalidad" en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo, http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/derechos-humanos/Néstor-Pedro-Sagués-El-Control-de-Convencionalidad.pdf.

Sagüés, N.P. (2011). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: a propósito de la "constitución convencionalizada". *Parlamento y Constitución*, n. 14, 143-152.

Sagüés, N.P. (2017). Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. En V. Bazán, E. Castro

Rivera, S.J. Cuarezma Terán (dir.), *Estado constitucional y convencional*, Managua: INEIJ.

Sajó, A., Giuliano, S. (2017). Is the Decline of Globalization the End of Human Rights?. *Annuario di diritto comparato*, 520 s.

Salvino, T. (2017). *L'apertura delle Costituzioni degli Stati membri dell'UE al diritto comunitario e a quello internazionale. Un confronto tra Est e Ovest d'Europa*. Turin: Giappichelli.

Spadaro, A. (2006). Costituzione (dottrine generali). En S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II. Milán: Giuffrè.

Tega, D. (2012). *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*. Milán: Giuffrè.

Von Bogdandy, A. (2015). Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, pp. 3-50.

Walker, N. (2009). Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate. *LEQS Paper* No. 08. http://www.lse.ac.uk/european-institute/Assets/Documents/LEQS-Discussion-Papers/LEQSPaper8Walker.pdf.

Zagrebelsky, G., Marcenò, V. (2012). *Giustizia costituzionale*, Bolonia: il Mulino.

La cuestión preliminar del TJUE sobre la revocatoria del brexit: fortaleciendo el derecho constitucional de la Unión Europea

The ECJ's preliminary ruling on the "withdrawal of the withdrawal": strengthening EU constitutional law

Dr Belen Olmos Giupponi [1]

RESUMEN

El artículo considera la cuestión preliminar del TJUE en el caso Wightman desde la perspectiva de las relaciones e interacciones entre el derecho internacional público y el derecho de la Unión Europea, señalando las peculiaridades del caso y extrayendo los puntos en común con la jurisprudencia relevante en el derecho internacional y el derecho de la UE. El objetivo principal del artículo consiste en diseccionar y analizar los aspectos legales involucrados en el Brexit en un contexto más amplio de la interacción entre el derecho internacional y el derecho de la UE. El análisis se centra, por tanto, en las intrincadas relaciones entre estos dos sistemas legales que van más allá del Brexit. En el análisis se tratan cuestiones tales como la incorporación del derecho internacional en el derecho de la UE, la europeización del derecho internacional y la relación triangular entre el derecho internacional, el derecho de la UE y los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la UE. En resumen, el artículo examina el contenido de la cuestión preliminar sobre el procedimiento de retirada de conformidad con el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea (TUE), tomando en consideración

1 Associate Professor of Law – Kingston University. Ha sido docente en la Universidad de Liverpool y la Universidad Rey Juan Carlos en Madrid. Es Doctora en Derecho y Master en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Asimismo, ostenta el título de Magíster en Relaciones Internacionales en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Durante los años 2007-2009 ha sido Investigadora Postdoctoral en el Programa Max Weber del Instituto Universitario Europeo (Florencia). Durante el año académico 2006-2007 fue Investigadora de Postgrado del Ministerio de Educación en el Consiglio Nazionale delle Ricerche de Roma. Profesora de las asignaturas: Derecho Internacional Público I y II y Derecho Comunitario. Principales líneas de investigación: Integración latinoamericana-caribeña. Derechos humanos. Poder Judicial. Derecho comunitario y políticas de inmigración y asilo.

las implicaciones más profundas de la cuestión preliminar para el fortalecimiento del derecho constitucional europeo.

PALABRAS CLAVE

Brexit; Derecho Constitucional de la UE; Principios; Articulo 50 TUE; retiro de la UE

ABSTRACT

The main goal of the article consists in dissecting and analysing the legal aspects involved in the broader context of the interplay between international law and EU law. Precisely, the focus of the analysis is placed on these different relations between international law and EU Law looking beyond Brexit. The fulcrum of the arguments relates to the intricate relationships between these two legal systems. Particularly, the article details how these legal orders interact and speak to both international law and EU law scholarships. This article thus considers the ECJ preliminary ruling in Wightman from the perspective of the relationships and interactions between public international law and European Union law, pinpointing the peculiarities of the case and extracting the commonalities with relevant case law in international law and EU law. It touches upon aspects such as the embeddedness of international law in EU law, the Europeization of international law and the triangular relation between international law, EU law and the national legal orders of the EU Member States. The article is structured as follows. First, the article thus examines the content of the question for preliminary ruling and the procedure of withdrawal under Article 50 TEU and UK constitutional law. After doing so, the article turns the attention to examining the main controversial questions. This will be followed by an analysis of the wider implications of the preliminary ruling in Wightman and a short conclusion.

KEYWORDS

Brexit; EU Constitutional Law; Principles; Article 50 TEU; Withdrawal from the EU

I. INTRODUCTION

Since 23 June 2016 the British people voted in a popular referendum to leave the European Union, negotiations of the withdrawal agreement have attracted a great deal of academic discussion concerning the various options available to the United Kingdom (UK).[2] While the UK government embarked on the parliamentary debate, UK, Scottish and EU MPs lodged a judicial review to enquire about the possibility to revoke the notification before the Court of Session in Scotland, in an unprecedented request (hereinafter referred to as the Wightman case or *Wightman*).[3] After some difficulties, the request made its way to the ECJ with a pronunciation on the unilateral nature of the Member State right to revoke the notification of withdrawal in a preliminary ruling issued in December 2018.

An upbeat mood quickly spread as this judicial decision was seen as a tangible possibility to stop Brexit by giving MPs another chance at the voting. Undoubtedly, political controversy surrounds the legal questions: while the 'Brexiteers' would fight to get the agreement re-negotiated, the 'Remainers' would appeal to the Government to call for a second referendum. Beyod the specific implications for Brexit, this preliminary ruling presents an interesting opportunity to reflect about the interface between EU law and international law. With this aim in mind, the article emphasises the aspects that bear significance for the relations between these two legal orders.

Controversies aside, the main goal of the article consists in dissecting and analysing the legal aspects involved in the broader context of the interplay between international law and EU law. Precisely, the focus of the analysis is placed on these different relations between international law and EU Law looking beyond Brexit. The fulcrum of the arguments relates to the intricate relationships between these two legal systems. Particularly, the article details how these legal orders interact and speak to both international law and EU law scholarships.

This article thus considers the ECJ preliminary ruling in *Wightman* from the perspective of the relationships and interactions between public international law and European Union law, pinpointing the peculiarities of the case and extracting the commonalities

2 Case C-621/18, Wightman v Secretary of State for Exiting the European Union, Judgment of 10 December 2019, available at http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=208636&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1188557 (accessed 5 January 2019).

3 Andy Wightman MSP and others v Secretary of State for Exiting the EU, available at http://www.scotcourts.gov.uk/docs/default-source/cos-general-docs/pdf-docs-for-opinions/2018csih62.pdf?sfvrsn=0 (accessed 11 January 2019). UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill, available at https://www.parliament.scot/parliamentarybusiness/Bills/107725.aspx (accessed 11 January 2019).

with relevant case law in international law and EU law. It touches upon aspects such as the embedeness of international law in EU law, the Europeization of international law and the triangular relation between international law, EU law and the national legal orders of the EU Member States.

The article is structured as follows. First, the article thus examine the content of the question for preliminary ruling and the procedure of withdrawal under Article 50 TEU and UK constitutional law. After doing so, the article turns the attention to examining the main controversial questions. This will be followed by an analysis of the wider implications of the preliminary ruling in *Wightman* and a short conclusion.

2. THE REQUEST FOR A PRELIMINARY RULING AND THE BRITISH CONSTITUTIONAL FRAMEWORK

After the British Prime Minister notified the European Council on 29 March 2017 the UK's intention to withdraw from the EU, on 19 December 2017 a group of Members of the Scottish Parliament (MSPs), Members of the UK Parliament (MPs) and Members of the European Parliament (MEPs) submitted a petition for judicial review before a Scottish court, the Court of Session, Inner House, First Division.[4] The proceedings involve, respectively, these MPs and the Secretary of State for Exiting the European Union.

2.1. The content of the request

The petitioners in the main proceedings asked the Court of Session (Scotland) to refer this question to the Court of Justice for a preliminary ruling. The object of the request was to determine whether the notification referred to in Article 50 TEU could be revoked unilaterally and, if so, subject to what conditions. The Secretary of State for Exiting the European Union responded arguing that the question was hypothetical and academic, since the United Kingdom Government held that the notification would not be withdrawn.

Despite the relevance of the question posed, the request for a preliminary ruling suffered a setback at the first instance as Lord Ordinary, the judge of the Court of Session, rejected it by decision of 8 June 2018.[5] The Lord Ordinary denied the request to make a reference to the Court of Justice, refusing the petition for judicial review. The grounds for rejection were, first, that the issue was hypothetical in view of the United Kingdom Government's declared position referred to above and that the facts upon which the Court would be asked to give an answer could not be ascertained. Second, that the matter infringed on parliamentary sovereignty beyond the national court's jurisdiction.

On appeal against the decision, the Court of Session underlined that, under section 13 of the European Union (Withdrawal) Act 2018, the approval of the United Kingdom Parliament must be obtained on the outcome of negotiations between the United Kingdom

4 Question referred for a preliminary ruling — Admissibility — Article 50 TEU — Right of withdrawal from the European Union — Notification of the intention to withdraw — Withdrawal of the United Kingdom (Brexit) — Revocability of the notification of the intention to withdraw — Unilateral revocation — Conditions for unilateral revocation — Agreed revocation.

5 Judgment, para 11.

and the European Union under Article 50 TEU.[6] Accordingly, the withdrawal agreement can be ratified only if the House of Commons has approved it and the framework for the future relationship between the United Kingdom and European Union by a resolution and been debated in the House of Lords. Should such approval not be imminent, the United Kingdom Government must disclose how it proposes to proceed. If, prior to 21 January 2019, the Prime Minister determines that no agreement in principle can be reached, that government should, once again, present a proposal on how to proceed and submit that proposal before both Houses of the United Kingdom Parliament. The Court also considered that the original circumstances had changed with the passage of the EU (Withdrawal) Act. For this reason, the Court granted the request. Specifically, the Court of Session asked the Court of Justice whether a Member State which has formally notified the European Council of its intention to withdraw from the EU pursuant to Article 50 TEU may unilaterally revoke that notification.

In the face of failure to approve any agreement between the United Kingdom and the European Union (and if nothing further occurs), the treaties will cease to apply to the United Kingdom on 29 March 2019 and that Member State will automatically leave the European Union on that date.[7] If then the notice of the intention to withdraw were revocable, this would open up the possibility for the UK to remain in the EU in the event of an sub-optimal Brexit. The Scottish court reasoned that the Court of Justice's ruling should clarify the precise options available to MPs when casting their votes. [8]

The request brought about the following questions: Can article 50 TUE be construed as allowing for a unilateral withdrawal or is it rather requiring a multilateral act (jointly decided by the withdrawing Member State and the remaining Member States)? Does the ruling open up a third way which will have as effect the permanence of the UK as EU Member?

2.2. The United Kingdom's legal framework

To set the scene for the preliminary ruling, the relevant constitutional law provisions of the United Kingdom came into play. Therefore, the Court cited the European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017 which provides:

'… 1. Power to notify withdrawal from the [European Union] (1) The Prime Minister may notify, under Article 50(2) [TEU], the United Kingdom's intention to withdraw from the

6 Ibid, paras 12 and 13.

7 Judgment, para 14.

8 By order of 21 September 2018, the referring court allowed the appeal against the decision of the Lord Ordinary and granted the request of the petitioners in the main proceedings that a reference for a preliminary ruling be made under Article 267 TFEU. The referring court considers that it is neither academic nor premature to ask the Court of Justice whether it is legally possible, for a Member State, to revoke unilaterally the notification made under Article 50(2) TEU and to remain in the European Union. It considers that the matter is uncertain and that the answer given by the Court of Justice will have the effect of clarifying the options open to the Members of the House of Commons when they cast their votes on any agreement between the United Kingdom and the European Union. In particular, that answer would allow them to ascertain whether there are not two options, but three, namely withdrawal from the European Union without an agreement, withdrawal from the European Union with the agreement that has been laid before them, or revocation of the notification of the intention to withdraw and the United Kingdom's remaining in the European Union. Preliminary ruling, para 15.

[European Union]. (2) This section has effect despite any provision made by or under the European Communities Act 1972 or any other enactment.'[9]

In turn, Section 13 of the European Union (Withdrawal) Act 2018, enacted on 26 June 2018, provides:

'(1) The withdrawal agreement may be ratified only if— (a) a Minister of the Crown has laid before each House of Parliament— (i) a statement that political agreement has been reached, (ii) a copy of the negotiated withdrawal agreement, and (iii) a copy of the framework for the future relationship, (b) the negotiated withdrawal agreement and the framework for the future relationship have been approved by a resolution of the House of Commons on a motion moved by a Minister of the Crown, (c) a motion for the House of Lords to take note of the negotiated withdrawal agreement and the framework for the future relationship has been tabled in the House of Lords by a Minister of the Crown and— (i) the House of Lords has debated the motion, or (ii) the House of Lords has not concluded a debate on the motion before the end of the period of five Lords sitting days beginning with the first Lords sitting day after the day on which the House of Commons passes the resolution mentioned in paragraph (b), and (d) an Act of Parliament has been passed which contains provision for the implementation of the withdrawal agreement. (2) So far as practicable, a Minister of the Crown must make arrangements for the motion mentioned in subsection (1)(b) to be debated and voted on by the House of Commons before the European Parliament decides whether it consents to the withdrawal agreement being concluded on behalf of the [European Union] in accordance with Article 50(2) [TEU].

It is worth noting for the analysis that the Court of Session underlined that, pursuant to section 13 of the European Union (Withdrawal) Act 2018, the outcome of negotiations between the United Kingdom and the European Union under Article 50 TEU should be subject to the approval of the United Kingdom Parliament. Should that approval failed to be obtained and no extension is unanimously agreed between the exiting Member State and the remaining Member States, the treaties will cease to apply to the United Kingdom on 29 March 2019 automatically leaving the European Union on that date.

3. THE ADVOCATE GENERAL'S OPINION: THE RELIANCE ON INTERNATIONAL LAW

The original preliminary reference request was made in the domestic judgment on 21 September 2018, the preliminary ruling was issued through the expedited procedure.[10] The expedited process was granted by the CJEU on 19 October 2018 upon the request of the Scottish Inner Court of Session (the referring Court) and the judgment was delivered on 10 December 2018, hardly three months after.[11]

9 European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017.

10 Available at https://www.scotcourts.gov.uk/docs/default-source/cos-general-docs/pdf-docs-for-opinions/2018csih62.pdf?sfvrsn=0 (accessed 5 January 2019).

11 The request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 50 TEU. In the procedure before the Court of Justice following the expedited procedure as set out in Article 105 of the Rules of Procedure of the Court. Coincidentally, the UK House of Commons was supposed to have the vote on adoption of the Withdrawal Agreement and political declaration on the future relationship on 11 December before the

Clearly, the object of the question as portrayed by the petitioners consisted in the existence of the third option adding to the acceptance of the the Withdrawal Agreement or the automatic exit from the EU in application of Article 50(3) TEU by the deadline of 29 March 2019 (if extension is not agreed).

The Advocate General's Opinion issued on 4 December 2018 heralded the possibility for unilateral revocation of the intention to withdraw. Advocate General Campos Sanchez-Bordona weighted this possibility by reference to public international law and EU law.[12] First, Advocate General examined the rationale behind the request underlying that as the UK Parliament is supposed to finally approve the withdrawal agreement, various MPs held that the revocability of the notice to withdraw would open the possibility for the UK to maintain its EU membership. This, in turn, would reduce the possibilities for an unsatisfactory Brexit.[13]

In examining whether a Member State which has notified the European Council of its intention to withdraw from the EU in accordance with Article 50 TEU may unilaterally revoke that notification and the conditions to do so, the Advocate General identified several points.[14]

The rationale behind the request is if the UK Parliament has to give its final approval, either a withdrawal agreement is reached and in the absence of that agreement, various members of that Parliament consider that the possibility to revoke the notice of the intention to withdraw would open the possibility for the UK to remain in the EU in the event of an unsatisfactory Brexit. In the Advocate General's view, the Scottish court's reasoning suggests that the Court of Justice's answer would spell out the precise options open to MPs when casting their votes.

The UK Government's main contention was that the question referred for a preliminary ruling was inadmissible, as the question was hypothetical and merely theoretical character. This argument is based upon the lack of specific indication that the UK Government or Parliament intend to revoke the notification of the intention to withdraw.

Advocate General Manuel Campos Sánchez-Bordona analysed the arguments put forward to conclude that, in light of the Court's case-law, govern whether a reference for a preliminary ruling should be declared inadmissible.

The Advocate General determined that the dispute was genuine and not merely academic, nor premature or superfluous. On the contrary, the Advocate General held that the question has obvious practical importance, being key to resolving the dispute.[15] In addition, Advocate General emphasised that the authority to interpret Article 50 TEU definitively and uniformly rest with the Court of Justice which should perform a con-

postponement of the vote by the government.LSE Continental Breakfast 15: the 'meaningful vote', available at (accessed 11 January 2019).

12 Opinion of Advocate General Campos Sánchez-Bordona, delivered on 4 December 2018(1), Case C-621/18.

13 Opinion, para 4.

14 Opinion, point 4, paras 142-148.

15 Advocate General Opinion, para 38.

siderable interpretative task in order to determine whether or not that treaty provision consents the notification of the intention to withdraw to be unilaterally revoked.[16]

In response to the question posed by the Scottish Court, the Advocate General proposed that the Court of Justice would, in its judgment, declare that under Article 50 the unilateral revocation of the notification of the intention to withdraw from the EU is allowed until such time as the withdrawal agreement is formally concluded. Delving into detail, Advocate General added that the revocation should be decided upon in accordance with the Member State's constitutional requirements, formally notified to the European Council and not involve an abusive practice (such as using successive notifications and revocations in order to improve the terms of its withdrawal from the European Union).[17]

The Advocate General interpreted Article 50 TEU, relying in what is not expressly provided for in that article, to the relevant provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter VCLT). Pursuant to Article 68 of that Convention, according to the Advocate General the possibility to revoke the notification continues to exist until such time as the withdrawal agreement is formally concluded.

In applying Article 68 of the VCLT, Advocate General enquired into the nature of the provision making reference to the travaux preparatoires. A remarkable discussion about the customatory nature of Article 68 is put forward in the Opinion to then confirm the unilateral nature of the revocation.[18] Overall, the Advocate General harnessed the arguments in favour of the revocation of the intention to withdraw by mainly using an international law framework and regarding the withdrawal clause as *lex specialis*.

4. THE ECJ PRELIMINARY RULING

The Court's judgment agreed with the essence of the Advocate-General's Opinion, confirming the right of a Member State to revoke unilaterally a notification of intention to withdraw from the EU made under Article 50(2) TEU. However, the final judgment relies on different arguments to those put forward by the Advocate General to uphold the right to revoke rooted in the sovereign discretion of the withdrawing Member State.

To address the various points raised in the preliminary ruling, the article first deals with the existence of a dispute and the content of the request as analysed by the Court to then scrutinize the substantive arguments given by the Court.

There were points of dissent with the AG's opinion as explained below. The main point of dissent concerned the period for the revocation of withdrawal. The ECJ determined that the possibility continues to exist the withdrawal agreement enters into force rather than when it is formally concluded.

16 Advocate General Opinion, para 132.

17 Advocate General Opinion, para 153.

18 See A. Tzanakopoulos, 'Article 68 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties', in Oliver Corten, and Pierre Klein, eds., Oxford University Press, Vol. II, p. 1565. See also H. Krieger, , 'Article 68', in Dörr, Oliver, Schmalenbach, Kirsten, (eds.), Vienna Convention on the Law of Treaties — A Commentary, 2nd ed., Springer, Berlin, 2018, p. 1259, adopts a position more favourable to the customary nature of Article 68.

4.1. The existence of a dispute and the rationale of the request

In defending its position before the ECJ, the UK government alleged that the question forwarded to the Court was hypothetical and academic and that there was not a dispute. The ECJ determined that the dispute existed and that it precisely referred to the possibility or not to revoke the notification of withdrawal.[19]

The United Kingdom Government argued that the question referred was inadmissible because it was hypothetical. In particular, the UK Government submits that no draft act of revocation of the notification of the UK's intention to withdraw from the European Union has been adopted or even contemplated, that there was no dispute in the main proceedings and that the question referred was actually intended to obtain an advisory opinion on a constitutional issue (namely the correct interpretation of Article 50 TEU and of acts adopted pursuant to that article).

Before the Court, the UK Government reiterated its position insisting that there was no concrete dispute as, in its view, the question referred addressed events that had not occurred and may not occur. The UK Government submitted that it had consistently reiterated its intention to honour the result of the referendum by giving notice under Article 50 TEU and thereby withdrawing from the European Union, in any event, i.e. whether on the basis of an agreement or without any agreement ("deal or no-deal" Brexit).[20]

Consequently, according to the UK Government, an actual dispute did not exist, but only a hypothetical situation based on the assumption of a potential revocation of the notification by the United Kingdom (whether at the instigation of its Parliament or otherwise). Secondly, that the European Commission or the other 27 Member States would oppose that revocation, only then giving rise to a dispute.[21]

As regards the request in light of applicable EU law, the UK Government held that it aimed at obtaining an advisory opinion from the Court, circumventing the rules of the Article 218(11) TFEU and provisions on remedies, standing and time limits. The UK government submitted that the advisory opinion procedure was available only where a question arises as to the compatibility of a proposed international agreement with the Treaties.[22]

In the UK's view, the only possible remedies would be direct actions, in the event the revocation of its notification would trigger a dispute with the other Member States and the EU institutions.[23]

In turn, the Commission sided with the United Kingdom in affirming the hypothetical nature of the question, but for different reasons. Indeed, the Commission argued that the ruling to be delivered by the referring court after receiving the Court's interpretation will not produce any binding effects on the parties to the main proceedings being,

19 Judgment, paras 20-24.

20 Judgment, para 21.

21 Judgment, para 22.

22 Judgment, para 23.

23 Judgment, para 24.

therefore, hypothetical. Nonetheless, the Commission did acknowledge at a later stage (during the hearing) that there was a dispute in the main proceedings.

The Court, endorsing the case law of Gauweiler and American Express reminded that the assessment of the need to request a preliminary ruling corresponds to the referring national court. [24] In this regard, the Court stated "it is solely for the court before which the dispute has been brought, and which must assume responsibility for the subsequent judicial decision, to determine in the light of the particular circumstances of the case, both the need for a preliminary ruling in order to enable it to deliver judgment and the relevance of the questions which it submits to the Court. Consequently, where the questions submitted concern the interpretation of a rule of EU law, the Court is in principle bound to give a ruling". [25]

The Court further confirmed that, as a rule, questions relating to EU law enjoy a presumption of relevance. The exception consists of a "ruling by a national court only where it is quite obvious that the interpretation of EU law that is sought bears no relation to the actual facts of the main action or its purpose, where the problem is hypothetical, or where the Court does not have before it the factual or legal material necessary to give a useful answer to the questions submitted to it".[26]

4.2. The Court's standpoint on the admissibility of the request

The Court circumscribe the goal of the decision to "an action seeking a declarator specifying whether the notification of the United Kingdom's intention to withdraw from the European Union, given under Article 50 TEU, may be unilaterally revoked before the expiry of the two-year period laid down in that article, having the effect that, if the notification made by the UK were revoked, that the Member State in question would remain in the European Union".[27] Hence, the reference for a preliminary ruling thus enables opinions to be delivered on questions that are deemed necessary for the effective resolution of a dispute. [28]

The referring court stated the need for the ECJ to rule on that question of law, which constitutes "a genuine and live issue, of considerable practical importance, and which

24 See Judgments of 16 June 2015, Gauweiler and Others, C 62/14, EU:C:2015:400, paragraph 24, and of 7 February 2018, American Express, C 304/16, EU:C:2018:66, paragraph 31. In Gauweiler, the request for a preliminary ruling concerns the validity of the decisions of the Governing Council of the European Central Bank (ECB) of 6 September 2012 on a number of technical features regarding the Eurosystem's outright monetary transactions in secondary sovereign bond markets ('the OMT decisions') and the interpretation of Articles 119 TFEU, 123 TFEU and 127 TFEU and of Articles 17 to 24 of Protocol (No 4) on the Statute of the European System of Central Banks and of the European Central Bank (OJ 2012, C 326, p. 230; 'the Protocol on the ESCB and the ECB'). Conversely, in American Express, Judgment of The Court (First Chamber), the reference for a preliminary ruling concerned the Regulation (EU) 2015/751 on interchange fees for card-based payment transactions.

25 Judgment, para 26.

26 Judgment, para 27.

27 Judgment, para 28. The Court also cited the following case law: judgment of 28 March 2017, Rosneft, C 72/15, EU:C:2017:236, paragraph 194 and the case-law cited; see, also, to that effect, judgments of 16 December 1981, Foglia, 244/80, EU:C:1981:302, paragraph 18, and of 12 June 2008, Gourmet Classic, C 458/06, EU:C:2008:338, paragraph 26.

28 Ibid.

has given rise to a dispute". [29] Moreover, one of the petitioners and the two interveners (who are UK's MPs) would vote on the withdrawal of the United Kingdom from the European Union and, in particular, in accordance with section 13 of the European Union (Withdrawal) Act 2018, on the ratification of the agreement negotiated between the United Kingdom Government and the European Union pursuant to Article 50 TEU. Therefore, the answer given by the ECJ will clarify the options open to them in exercising their parliamentary mandates. [30]

After clarifying that, the Court drew the lines in terms of the admissibility of the request between EU law and the domestic law of Member States. Evidently, the power to assess the admissibility of the action in the main proceedings remains within the jurisdiction of the national court. Similarly, the order for reference has to be made in accordance with the rules of national law governing the organisation of the courts and legal proceedings.[31]

Therefore, it is a matter for the the referring court the rejection of the pleas of inadmissibility raised before it by the UK Government concerning the hypothetical or academic nature of the action in the main proceedings. Therefore, in so far as the arguments of the UK Government and of the Commission are intended to call into question the admissibility of that action, they are irrelevant for the purposes of determining whether the request for a preliminary ruling is admissible.[32]

The declaratory nature of the action in the main proceedings does not preclude the possibility that the Court rules on a question referred for a preliminary ruling, as long as "the action is permitted under national law and that the question meets an objective need for the purpose of settling the dispute properly brought before the referring court". [33]

Deciding in favour of the admissibility[34], the Court determined accordingly the existence of a dispute in the main proceedings before the referring court.[35] Furthermore, the question was deemed relevant by the ECJ, as it concerns the interpretation of of Article 50 TEU a provision of EU primary law which is precisely the point at issue in the dispute in the main proceedings.[36]

In addressing the allegation that the referring court seeks to obtain an advisory opinion from the Court, circumventing the procedure set out in Article 218(11) TFEU, the Court stated that referring court did not ask the Court for an opinion on the compatibility of

29 Judgment, para 28.

30 Judgment, para 29.

31 Judgment, para 30. The Court cited to that effect, judgments of 16 June 2015, Gauweiler and Others, C 62/14, EU:C:2015:400, paragraph 26, and of 7 February 2018, American Express, C 304/16, EU:C:2018:66, paragraph 34

32 The Court cited judgment of 13 March 2007, Unibet, C 432/05, EU:C:2007:163, paragraph 33.

33 Judgement, para 31. The Court cited judgments of 15 December 1995, Bosman, C 415/93, EU:C:1995:463, paragraph 65, and of 16 June 2015, Gauweiler and Others, C 62/14, EU:C:2015:400 paragraph 28.

34 Para 36.

35 The Court cited, to that effect, the judgment of 8 July 2010 in Afton Chemical, C 343/09, EU:C:2010:419, paragraphs 11 and 15

36 Paras 33 and 34.

an agreement envisaged by the European Union with the Treaties, but rather asked the Court to interpret a provision of EU law in order to enable it to give judgment in the main proceedings.[37]

Based on these considerations, the Court declared the question admissible, contrary to what the UK held. The Court then, proceeded to respond to the question posed by the Court of Session, Inner House, First Division (Scotland) to the Court of Justice for a preliminary ruling in the following terms:

> 'Where, in accordance with Article 50 [TEU], a Member State has notified the European Council of its intention to withdraw from the European Union, does EU law permit that notice to be revoked unilaterally by the notifying Member State; and, if so, subject to what conditions and with what effect relative to the Member State remaining within the European Union?'.[38]

4.3. Withdrawal from the EU: Conditions and procedure set out in Article 50 TEU

The Court then outlined the multilateral procedure triggered by the notification in Article 50(2) and (3), based on the *RO Case*. [39] The right to withdraw from the EU as codified in Article 50 of the revised EU Treaty (TEU) is a complex provision which comprises several stages: "first, notification to the European Council of the intention to withdraw, secondly, negotiation and conclusion of an agreement setting out the arrangements for withdrawal, taking into account the future relationship between the State concerned and the European Union and, thirdly, the actual withdrawal from the Union on the date of entry into force of that agreement or, failing that, two years after the notification given to the European Council, unless the latter, in agreement with the Member State concerned, unanimously decides to extend that period."[40] Because of the relevance for the analysis, the following aspects will be considered: (1) the 'conditions' for withdrawal, (2) the procedural aspects, and (3) the legal effects of withdrawal.

4.3.1. Conditions for withdrawal

According to Article 50(1) TEU, any Member State may decide to withdraw from the European Union in accordance with its *own constitutional provisions*. EU law itself does not impose any specific substantive conditions on a Member State's right to withdraw. The underlying rationale of this rule is to reassure potential Member States that they will remain able to withdraw from the EU at any time subject only to their own constitutional provisions.[41] From the perspective of UK constitutional law, the question concerning

37 Para 35.

38 Para 16.

39 Judgment, paras 51-55.

40 Judgment of 19 September 2018, RO (C 327/18 PPU, EU:C:2018:733, paragraph 46.

41 See for example, Wolff Heintschel von Heinegg, in: Christoph Vedder/ Woff Heinschtel von Heinegg (eds.): *Europäischer Verfassungsvertrag, Handkommentar* (Baden-Baden: Nomos, 2007), 256.

which state organ is entitled[42] to initiate the withdrawal process led to the judgment by the Supreme Court in the *Miller* case.[43]

4.3.2. Procedure

The procedure by which a state can withdraw is set out in Article 50(2)-(4) TEU. This provision is conclusive and binding upon the parties. Any derogation from Article 50 would therefore be unlawful. The Member State which decides to withdraw it must first formally notify the European Council of its intentions.[44]

Upon receipt of the notification, the European Council will examine it and set up *guidelines* for subsequent negotiations.[45] On the basis of these guidelines, the Union will then *negotiate an agreement*, specifying the details of withdrawal and setting out the basics of the future relationship between the Union and the withdrawing state. Pursuant to Article 50(2) TEU which in turns refers to Article 218(3) TFEU, the Commission hasto submit recommendations to the Council, which is to adopt a decision authorising the opening of negotiations and nominating the European Union negotiator or the head of the European Union's negotiating team. [46]

According to the Court, Article 50(2) TEU determines the role of the various institutions in the negotations and conclusion of the withdrawal agreement, which requires a decision of the Council, acting by a qualified majority, after obtaining the consent of the European Parliament. [47]

The agreement thus only comprises the details of the withdrawal, whereas the future relationship between the Union and the withdrawing state is only cursorily addressed in the agreement. The agreement will be concluded on behalf of the Union by the Council of Ministers, acting by a qualified majority, after obtaining the consent of the European Parliament. Last but not least, while it is likely that a withdrawal agreement will be concluded, the parties involved are not obliged to do so. Article 50 TEU only contains a *pactum de negotiando* – i.e. a duty to commence negotiations. It does not contain a *pactum de contrahendo*, i.e. a duty to conclude a withdrawal agreement. This follows from Article 50(3) TEU (*argumentum e contrario*).[48]

4.3.3. Legal effects

Turning to the legal effects of the withdrawal from the EU, Article 50(3) provides that EU Law shall cease to apply to the State in question (a) from the date of entry into force of the withdrawal agreement or failing that, (b) two years after the notification of the EU

42 Thomas Poole, United Kingdom: The royal prerogative, *International Journal of Constitutional Law* (2010): 146.

43 R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union [2017] UKSC 5 is a legal case decided by the United Kingdom Supreme Court on 24 January 2017.

44 See Article 50 (2) TEU.

45 See Article 50(2)(1) TEU.

46 Judgment, para 52.

47 Judgment, para 53.

48 See H. Hofmeister and B. Olmos Giupponi, "It Ain't Over till It's Over . . . Legal Aspects of the Brexit Vote", Georgetown Journal of International Affairs: Winter/Spring 2017.

which state organ is entitled[42] to initiate the withdrawal process led to the judgment by the Supreme Court in the *Miller* case.[43]

4.3.2. Procedure

The procedure by which a state can withdraw is set out in Article 50(2)-(4) TEU. This provision is conclusive and binding upon the parties. Any derogation from Article 50 would therefore be unlawful. The Member State which decides to withdraw it must first formally notify the European Council of its intentions.[44]

Upon receipt of the notification, the European Council will examine it and set up *guidelines* for subsequent negotiations.[45] On the basis of these guidelines, the Union will then *negotiate an agreement*, specifying the details of withdrawal and setting out the basics of the future relationship between the Union and the withdrawing state. Pursuant to Article 50(2) TEU which in turns refers to Article 218(3) TFEU, the Commission hasto submit recommendations to the Council, which is to adopt a decision authorising the opening of negotiations and nominating the European Union negotiator or the head of the European Union's negotiating team. [46]

According to the Court, Article 50(2) TEU determines the role of the various institutions in the negotations and conclusion of the withdrawal agreement, which requires a decision of the Council, acting by a qualified majority, after obtaining the consent of the European Parliament. [47]

The agreement thus only comprises the details of the withdrawal, whereas the future relationship between the Union and the withdrawing state is only cursorily addressed in the agreement. The agreement will be concluded on behalf of the Union by the Council of Ministers, acting by a qualified majority, after obtaining the consent of the European Parliament. Last but not least, while it is likely that a withdrawal agreement will be concluded, the parties involved are not obliged to do so. Article 50 TEU only contains a *pactum de negotiando* – i.e. a duty to commence negotiations. It does not contain a *pactum de contrahendo*, i.e. a duty to conclude a withdrawal agreement. This follows from Article 50(3) TEU (*argumentum e contrario*).[48]

4.3.3. Legal effects

Turning to the legal effects of the withdrawal from the EU, Article 50(3) provides that EU Law shall cease to apply to the State in question (a) from the date of entry into force of the withdrawal agreement or failing that, (b) two years after the notification of the EU

42 Thomas Poole, United Kingdom: The royal prerogative, *International Journal of Constitutional Law* (2010): 146.

43 R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union [2017] UKSC 5 is a legal case decided by the United Kingdom Supreme Court on 24 January 2017.

44 See Article 50 (2) TEU.

45 See Article 50(2)(1) TEU.

46 Judgment, para 52.

47 Judgment, para 53.

48 See H. Hofmeister and B. Olmos Giupponi, "It Ain't Over till It's Over . . . Legal Aspects of the Brexit Vote", Georgetown Journal of International Affairs: Winter/Spring 2017.

> "Article 67. Instruments for declaring invalid, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty. 1. The notification provided for under Article 65, paragraph 1 must be made in writing. 2. Any act declaring invalid, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty pursuant to the provisions of the treaty or of paragraphs 2 or 3 of Article 65 shall be carried out through an instrument communicated to the other parties. If the instrument is not signed by the Head of State, Head of Government or Minister for Foreign Affairs, the representative of the State communicating it may be called upon to produce full powers.
>
> Article 68. Revocation of notifications and instruments provided for in Articles 65 and 67. A notification or instrument provided for in Article 65 or 67 may be revoked at any time before it takes effect."[53]

The VCLT constitute the most significant piece of international legislation. In terms of modern tools and state practice available in this area, some treaties provide for sunset clauses stipulating a period during which States can retract their intention to denounce a treaty. It is important to distinguish between a denunciation, withdrawal, and termination of a treaty pursuant to its terms from the termination or suspension of a treaty due to supervening impossibility or fundamental change of circumstances which would include, for instance, an expulsion or suspension clause concerning membership.[54]

Withdrawal from a treaty is a unilateral act which entails also a political stance taken by States on particular issues. Although clear in its formulation, the wording of the articles is no self-explanatory.

Revocation of the withdrawal is conceived in the preliminary ruling as a unilateral act per se, confirming the unilateral revocability of Article 50. *Notification* is a unilateral act under international law. As such, it becomes effective once all the requirements for effective external action by a sovereign state have been fulfilled. This is usually the case, if the respective state organ is authorised to act this way.[55] It follows that the reversal of the notification consists also of unilateral act as argued by the Court. In its analysis, the Court precisely emphasised the sovereignty of the withdrawing Member State.

53 VCLT, Articles 65-68.

54 In a review of the literature on the design and use of treaty derogation clauses see, among others: LR Helfer, 'Flexibility in International Agreements' in J Dunoff and M Pollack (eds), International Law and International Relations: Taking Stock: Synthesizing Insights from Interdisciplinary Scholarship (CUP, Cambridge 2012); R. Helfer, Chapter 25 Terminating Treaties, in The Oxford Guide to Treaties (Duncan Hollis, ed., Oxford University Press, 2012), pp. 634-650 available at https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5338&context=faculty_scholarship; Stephen P. Mulligan, Withdrawal from International Agreements: Legal Framework, the Paris Agreement, and the Iran Nuclear Agreement, May 4, 2018. Available at https://fas.org/sgp/crs/row/R44761.pdf (accessed 30 December 2018); LR Helfer, 'Exiting Treaties' (2005) 91 Virginia L R at 1579, 1582 (explaining that 'exit clauses create a lawful, public mechanism for a state to terminate its treaty obligations or withdraw from membership in an intergovernmental organization'); MM Gomaa, Suspension or Termination of Treaties on Grounds of Breach (Martinus Nijhoff, The Hague 1996) at pp. 167–8; S Rosenne, Breach of Treaty (Grotius, Cambridge 1985) 117–25; AE David, The Strategy of Treaty Termination: Lawful Breaches and Retaliations (Yale University Press, New Haven 1975) pp. 159–202 and Oliver Dorr and Kirsten Schmalenbach (eds), Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary (Springer 2012).

55 See Article 7 VCLT, which applies – by analogy - to unilateral acts as well, see Fiedler, Unilateral acts in international law, in: EPIL IV (2000), 1021.

> "Article 67. Instruments for declaring invalid, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty. 1. The notification provided for under Article 65, paragraph 1 must be made in writing. 2. Any act declaring invalid, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty pursuant to the provisions of the treaty or of paragraphs 2 or 3 of Article 65 shall be carried out through an instrument communicated to the other parties. If the instrument is not signed by the Head of State, Head of Government or Minister for Foreign Affairs, the representative of the State communicating it may be called upon to produce full powers.
>
> Article 68. Revocation of notifications and instruments provided for in Articles 65 and 67. A notification or instrument provided for in Article 65 or 67 may be revoked at any time before it takes effect."[53]

The VCLT constitute the most significant piece of international legislation. In terms of modern tools and state practice available in this area, some treaties provide for sunset clauses stipulating a period during which States can retract their intention to denounce a treaty. It is important to distinguish between a denunciation, withdrawal, and termination of a treaty pursuant to its terms from the termination or suspension of a treaty due to supervening impossibility or fundamental change of circumstances which would include, for instance, an expulsion or suspension clause concerning membership.[54]

Withdrawal from a treaty is a unilateral act which entails also a political stance taken by States on particular issues. Although clear in its formulation, the wording of the articles is no self-explanatory.

Revocation of the withdrawal is conceived in the preliminary ruling as a unilateral act per se, confirming the unilateral revocability of Article 50. *Notification* is a unilateral act under international law. As such, it becomes effective once all the requirements for effective external action by a sovereign state have been fulfilled. This is usually the case, if the respective state organ is authorised to act this way.[55] It follows that the reversal of the notification consists also of unilateral act as argued by the Court. In its analysis, the Court precisely emphasised the sovereignty of the withdrawing Member State.

53 VCLT, Articles 65-68.

54 In a review of the literature on the design and use of treaty derogation clauses see, among others: LR Helfer, 'Flexibility in International Agreements' in J Dunoff and M Pollack (eds), International Law and International Relations: Taking Stock: Synthesizing Insights from Interdisciplinary Scholarship (CUP, Cambridge 2012); R. Helfer, Chapter 25 Terminating Treaties, in The Oxford Guide to Treaties (Duncan Hollis, ed., Oxford University Press, 2012), pp. 634-650 available at https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5338&context=faculty_scholarship; Stephen P. Mulligan, Withdrawal from International Agreements: Legal Framework, the Paris Agreement, and the Iran Nuclear Agreement, May 4, 2018. Available at https://fas.org/sgp/crs/row/R44761.pdf (accessed 30 December 2018); LR Helfer, 'Exiting Treaties' (2005) 91 Virginia L R at 1579, 1582 (explaining that 'exit clauses create a lawful, public mechanism for a state to terminate its treaty obligations or withdraw from membership in an intergovernmental organization'); MM Gomaa, Suspension or Termination of Treaties on Grounds of Breach (Martinus Nijhoff, The Hague 1996) at pp. 167–8; S Rosenne, Breach of Treaty (Grotius, Cambridge 1985) 117–25; AE David, The Strategy of Treaty Termination: Lawful Breaches and Retaliations (Yale University Press, New Haven 1975) pp. 159–202 and Oliver Dorr and Kirsten Schmalenbach (eds), Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary (Springer 2012).

55 See Article 7 VCLT, which applies – by analogy - to unilateral acts as well, see Fiedler, Unilateral acts in international law, in: EPIL IV (2000), 1021.

for Europe. During the drafting period of the clause, modifications proposed to allow the expulsion of a Member State, to avoid the abuse during the withdrawal procedure or to make the withdrawal decision more difficult. However, those amendments were all rejected on the grounds that the voluntary and unilateral nature of the withdrawal decision should be ensured and it would otherwise thwart the voluntary and unilateral character of the withdrawal decision.[61]

Turning to the object and purpose of the TEU and the interpretation of Article 50, the ECJ investigates the purpose of Article 50 TEU. The Court concludes that Article 50's objective is twofold: to reconise the sovereign right of a Member State to withdraw and to regulate the steps for such a withdrawal to take place.[62] The ECJ avails of the Advocate General's opinion to support the conclusion of a unilateral right to revoke notification, for as long as a withdrawal agreement has not entered into force, or in absence of agreement, for as long as the two-year period and any possible extension has not expired. [63]

The notification by a Member State of its intention to withdraw does not lead inevitably to the withdrawal of that Member State from the European Union. According to the Court, "a Member State that has reversed its decision to withdraw from the European Union is entitled to revoke that notification for as long as a withdrawal agreement concluded between that Member State and the European Union has not entered into force or, if no such agreement has been concluded, for as long as the two-year period laid down in Article 50(3) TEU, possibly extended in accordance with that provision, has not expired".[64]

To come to that conclusion, the Court referred to the provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which was taken into account in the preparatory work for the Treaty establishing a Constitution for Europe.

In the event that a treaty authorises withdrawal under its provisions, Article 68 of the VCLT specifies inter alia, in clear and unconditional terms, that a notification of withdrawal, as provided for in Article 65 or 67 thereof, may be revoked at any time before it takes effect.

The Court revised the Council and the Commission's position affirming that the right of the Member State concerned to revoke the notification of its intention to withdraw should be subject to the unanimous approval of the European Council. However, this requirement would transform the nature of the revocation as unilateral sovereign right into a conditional right subject to an approval procedure. Such an approval procedure would go against the principle, that a Member State cannot be forced to leave the European Union against its will. This would be tantamount to a compulsory withdrawal. The ECJ thesis is further corroborated in the analysis of the nature of revocation.

61 Judgment, paras 68.

62 Judgment, para 56.

63 Judgment, para 57.

64 Ibid.

for Europe. During the drafting period of the clause, modifications proposed to allow the expulsion of a Member State, to avoid the abuse during the withdrawal procedure or to make the withdrawal decision more difficult. However, those amendments were all rejected on the grounds that the voluntary and unilateral nature of the withdrawal decision should be ensured and it would otherwise thwart the voluntary and unilateral character of the withdrawal decision.[61]

Turning to the object and purpose of the TEU and the interpretation of Article 50, the ECJ investigates the purpose of Article 50 TEU. The Court concludes that Article 50's objective is twofold: to reconise the sovereign right of a Member State to withdraw and to regulate the steps for such a withdrawal to take place.[62] The ECJ avails of the Advocate General's opinion to support the conclusion of a unilateral right to revoke notification, for as long as a withdrawal agreement has not entered into force, or in absence of agreement, for as long as the two-year period and any possible extension has not expired. [63]

The notification by a Member State of its intention to withdraw does not lead inevitably to the withdrawal of that Member State from the European Union. According to the Court, "a Member State that has reversed its decision to withdraw from the European Union is entitled to revoke that notification for as long as a withdrawal agreement concluded between that Member State and the European Union has not entered into force or, if no such agreement has been concluded, for as long as the two-year period laid down in Article 50(3) TEU, possibly extended in accordance with that provision, has not expired".[64]

To come to that conclusion, the Court referred to the provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which was taken into account in the preparatory work for the Treaty establishing a Constitution for Europe.

In the event that a treaty authorises withdrawal under its provisions, Article 68 of the VCLT specifies inter alia, in clear and unconditional terms, that a notification of withdrawal, as provided for in Article 65 or 67 thereof, may be revoked at any time before it takes effect.

The Court revised the Council and the Commission's position affirming that the right of the Member State concerned to revoke the notification of its intention to withdraw should be subject to the unanimous approval of the European Council. However, this requirement would transform the nature of the revocation as unilateral sovereign right into a conditional right subject to an approval procedure. Such an approval procedure would go against the principle, that a Member State cannot be forced to leave the European Union against its will. This would be tantamount to a compulsory withdrawal. The ECJ thesis is further corroborated in the analysis of the nature of revocation.

61 Judgment, paras 68.

62 Judgment, para 56.

63 Judgment, para 57.

64 Ibid.

Court appealed to the Treaties' purpose of creating an ever closer union among the peoples of Europe in interpreting the options.

Against this backdrop, the absence of the possibility to revoke the notification would, at the end of the period laid down in Article 50(3) TEU, "force the withdrawal of a Member State which, having notified its intention to withdraw from the European Union in accordance with its constitutional requirements and following a democratic process, decides to revoke the notification of that intention through a democratic process".[71] This would thus be inconsistent with the aims and values previously referred to.

5.4. The unilateral nature of the revocation

The unilateral nature of the revocation was submitted by the petitioners and the interveners in the main proceedings, although acknowledging that Article 50 TEU does not contain any express rule on the revocation of a notification of the intention to withdraw from the European Union. This right may only be exercised in accordance with the constitutional requirements of the Member State concerned, using the analogy with the right of withdrawal itself, as laid down in Article 50(1) TEU.

According the parties to the main proceedings, the withdrawal procedure therefore would continuefor as long as the Member State concerned intends to withdraw from the European Union, but comes to an end if, before the end of the period laid down in Article 50(3) TEU, that Member State changes its mind and decides not to withdraw from the European Union.[72] In contrast, the Council and the Commission disputed the unilateral nature of that right although agreeing that a Member State is entitled to revoke the notification of its intention to withdraw before the Treaties have ceased to apply to that Member State. [73]

The Council and the Commission argued against the unilateral right of the Member State concerned, as it could thus invoke its right of revocation shortly before the period laid down in Article 50(3) TEU elapses, thus notifying a new intention to withdraw immediately after that period expired.[74] This would circumvent the rules set out in Article 50(2) and (3) TEU and could potentially lead to triggering a new two-year negotiation period trumping the time limit set out in Article 50(3) TEU, enjoying de facto, a right to negotiate its withdrawal without any time limit, rendering the limitation ineffective.[75]

In practical terms, according to those institutions, unilaterality would entail a modification in the terms of the negotiations, as a Member State take advantage of the right of revocation to improve its position. Particularly, if the terms of the withdrawal agreement do not meet the expectation of that Member State, it could threaten to withdraw its notification to convince the EU institutions to modify the terms of the agreement to suits its requests.[76]

71 Judgment, para 67.

72 Judgment, para 37.

73 Judgment, para 38.

74 Judgment, para 39.

75 Judgment, para 40.

76 Judgment, para 41.

Court appealed to the Treaties' purpose of creating an ever closer union among the peoples of Europe in interpreting the options.

Against this backdrop, the absence of the possibility to revoke the notification would, at the end of the period laid down in Article 50(3) TEU, "force the withdrawal of a Member State which, having notified its intention to withdraw from the European Union in accordance with its constitutional requirements and following a democratic process, decides to revoke the notification of that intention through a democratic process".[71] This would thus be inconsistent with the aims and values previously referred to.

5.4. The unilateral nature of the revocation

The unilateral nature of the revocation was submitted by the petitioners and the interveners in the main proceedings, although acknowledging that Article 50 TEU does not contain any express rule on the revocation of a notification of the intention to withdraw from the European Union. This right may only be exercised in accordance with the constitutional requirements of the Member State concerned, using the analogy with the right of withdrawal itself, as laid down in Article 50(1) TEU.

According the parties to the main proceedings, the withdrawal procedure therefore would continuefor as long as the Member State concerned intends to withdraw from the European Union, but comes to an end if, before the end of the period laid down in Article 50(3) TEU, that Member State changes its mind and decides not to withdraw from the European Union.[72] In contrast, the Council and the Commission disputed the unilateral nature of that right although agreeing that a Member State is entitled to revoke the notification of its intention to withdraw before the Treaties have ceased to apply to that Member State. [73]

The Council and the Commission argued against the unilateral right of the Member State concerned, as it could thus invoke its right of revocation shortly before the period laid down in Article 50(3) TEU elapses, thus notifying a new intention to withdraw immediately after that period expired.[74] This would circumvent the rules set out in Article 50(2) and (3) TEU and could potentially lead to triggering a new two-year negotiation period trumping the time limit set out in Article 50(3) TEU, enjoying de facto, a right to negotiate its withdrawal without any time limit, rendering the limitation ineffective.[75]

In practical terms, according to those institutions, unilaterality would entail a modification in the terms of the negotiations, as a Member State take advantage of the right of revocation to improve its position. Particularly, if the terms of the withdrawal agreement do not meet the expectation of that Member State, it could threaten to withdraw its notification to convince the EU institutions to modify the terms of the agreement to suits its requests.[76]

71 Judgment, para 67.

72 Judgment, para 37.

73 Judgment, para 38.

74 Judgment, para 39.

75 Judgment, para 40.

76 Judgment, para 41.

5.5. Article 50 TEU through the looking glass: The conditions for the exercise of the revocation

In terms of the revocation of the notice to withdraw, there are aspects to be taken into account: conditions, timing and effect.

In terms of the conditions for the exercise of the unilateral right of revocation, the Advocate General's Opinion Opinion relied on the principles of good faith and sincere cooperation (Article 4(3) TEU) to determine substantive conditions and limits on the exercise of revocation.[85] The Court did not add further substantive conditions. However, the Court addressed other further limitations imposed by EU law as the notification of revocation must be 'unequivocal and unconditional, that is to say that the purpose of that revocation is to confirm the EU membership of the Member State concerned'.[86]

As regards the constitutional requirements that should be fulfilled for such a revocation are a matter of domestic constitutional law. Guidance is provided by the ECJ in its statement that a notice in writing addressed to the European Council must only be provided *after* the Member State has fulfilled the constitutional requirement in deciding to revoke. In the UK, it is unclear whether this would require a new Act of Parliament explicitly authorising the power to revoke before a notification, or the Prime Minister is already vested in such a power pursuant to the EU (Notification) Act 2017.

With regard to the timing for the exercise of the right, the judgment confirms that a revocation may be exercised at any point before the Withdrawal Agreement *comes into force* which is different from the Advocate General's opinion which pointed at the date in which the Agreement is *formally concluded*.

As for the formality of the revocation, this has to take place in an unequivocal and unconditional manner, by a notice addressed to the European Council in writing, after the Member State concerned has taken the revocation decision in accordance with its constitutional requirements. The purpose of that revocation is to confirm the EU membership of the Member State concerned under terms that are unchanged as regards its status as a Member State, and that revocation brings the withdrawal procedure to an end.

The Court interpreted Article 50 TEU as meaning that, where a Member State has notified the European Council, in accordance with that article, of its intention to withdraw from the European Union, it allows that Member State — for as long as a withdrawal agreement concluded between that Member State and the European Union has not entered into force or, if no such agreement has been concluded, for as long as the two-year period laid down in Article 50(3) TEU, possibly extended in accordance with that paragraph, has not expired — to revoke that notification unilaterally.

In sum, the right to revert the withdrawal can be exercised for as long as a withdrawal agreement concluded between the European Union and that Member State has not entered into force or, if no such agreement has been concluded, for as long as the two-year period laid down in Article 50(3) TEU, possibly extended in accordance with that provi-

85 Judgment, para 148.

86 Judgment, para para 75.

5.5. Article 50 TEU through the looking glass: The conditions for the exercise of the revocation

In terms of the revocation of the notice to withdraw, there are aspects to be taken into account: conditions, timing and effect.

In terms of the conditions for the exercise of the unilateral right of revocation, the Advocate General's Opinion Opinion relied on the principles of good faith and sincere cooperation (Article 4(3) TEU) to determine substantive conditions and limits on the exercise of revocation.[85] The Court did not add further substantive conditions. However, the Court addressed other further limitations imposed by EU law as the notification of revocation must be 'unequivocal and unconditional, that is to say that the purpose of that revocation is to confirm the EU membership of the Member State concerned'.[86]

As regards the constitutional requirements that should be fulfilled for such a revocation are a matter of domestic constitutional law. Guidance is provided by the ECJ in its statement that a notice in writing addressed to the European Council must only be provided *after* the Member State has fulfilled the constitutional requirement in deciding to revoke. In the UK, it is unclear whether this would require a new Act of Parliament explicitly authorising the power to revoke before a notification, or the Prime Minister is already vested in such a power pursuant to the EU (Notification) Act 2017.

With regard to the timing for the exercise of the right, the judgment confirms that a revocation may be exercised at any point before the Withdrawal Agreement *comes into force* which is different from the Advocate General's opinion which pointed at the date in which the Agreement is *formally concluded*.

As for the formality of the revocation, this has to take place in an unequivocal and unconditional manner, by a notice addressed to the European Council in writing, after the Member State concerned has taken the revocation decision in accordance with its constitutional requirements. The purpose of that revocation is to confirm the EU membership of the Member State concerned under terms that are unchanged as regards its status as a Member State, and that revocation brings the withdrawal procedure to an end.

The Court interpreted Article 50 TEU as meaning that, where a Member State has notified the European Council, in accordance with that article, of its intention to withdraw from the European Union, it allows that Member State — for as long as a withdrawal agreement concluded between that Member State and the European Union has not entered into force or, if no such agreement has been concluded, for as long as the two-year period laid down in Article 50(3) TEU, possibly extended in accordance with that paragraph, has not expired — to revoke that notification unilaterally.

In sum, the right to revert the withdrawal can be exercised for as long as a withdrawal agreement concluded between the European Union and that Member State has not entered into force or, if no such agreement has been concluded, for as long as the two-year period laid down in Article 50(3) TEU, possibly extended in accordance with that provi-

85 Judgment, para 148.

86 Judgment, para para 75.

the Advocate General appears to take an international law perspective pigeon-holing the withdrawal clause as a specific treaty provision (consideration of Article 50 TEU, as *lex specialis*) in the general context of international law of the treaties.

Although relying on international law, the Court maintains a clear position on the nature of the right based on EU law. During the two-year period, the State retains its status as a Member State unless a request to extend the two-year period under Article 50(3).[89] The United Kingdom government had not so far taken a stance on the right, for a Member State that has notified its intention to withdraw from the European Union under Article 50 TEU, to revoke that notification.[90]

Unlike maintaining a classical international law approach, the EU defended the autonomy of EU law and the constitutional nature of the founding Treaties, which represent the basic constitutional charter of the European Union[91], *which* established (…) a new legal order, possessing its own institutions, for the benefit of which the Member States thereof have limited their sovereign rights, in ever wider fields, and the subjects of which comprise not only those States but also their nationals'.[92]

The Court, based on settled case-law, reaffirms the autonomy of EU law with respect both to the law of the Member States and to international law which stems from the essential characteristics of the European Union and its law, relating in particular to the constitutional structure of the European Union and the very nature of the emerging legal order. In terms of the autonomy, EU law distinctive feature stems from the founding Treaties, an independent source of law, which take primacy over the laws of the Member States. Ultimately, the autonomy emanates from the direct effect of a series of provisions which are applicable to EU citizens and to the Member States themselves. The uniqueness of EU law rests on "these features have led to a structured network of principles, rules and mutually interdependent legal relations binding the European Union and its Member States reciprocally as well as binding its Member States to each other". [93]

Throughout the analysis, the Court examined the question referred in the light of the Treaties taken as a whole.[94] Even if the Court proceeds to the contextual interpretation of Article 50, it draws on the principle of ever closer union among the peoples of Europe, and the values of liberty and democracy as set out in EU law.[95] For this reason, the antithesis to Article 50, Article 49 TEU regulating accession evidences the free and voluntary commitment of Member States buying into values of the European Union. By relying on the analogy drawn by the Court, as a State cannot be obliged to accede against

89 Judgment, paras 59 and 60.

90 Judgment, para 43.

91 The Court made reference tot he Judgment of 23 April 1986, Les Verts v Parliament, 294/83, EU:C:1986:166, paragraph 23

92 Judgment, para 44. The Court cited the following case-law: Opinion 2/13 (Accession of the European Union to the ECHR) of 18 December 2014, EU:C:2014:2454, paragraph 157 and.

93 Judgment, para 45. The Court cited the judgment of 6 March 2018, Achmea, C 284/16, EU:C:2018:158, paragraph 33 and the case-law cited.

94 Judgment, para 46.

95 Judgment, paras 61-63.

the Advocate General appears to take an international law perspective pigeon-holing the withdrawal clause as a specific treaty provision (consideration of Article 50 TEU, as *lex specialis*) in the general context of international law of the treaties.

Although relying on international law, the Court maintains a clear position on the nature of the right based on EU law. During the two-year period, the State retains its status as a Member State unless a request to extend the two-year period under Article 50(3).[89] The United Kingdom government had not so far taken a stance on the right, for a Member State that has notified its intention to withdraw from the European Union under Article 50 TEU, to revoke that notification.[90]

Unlike maintaining a classical international law approach, the EU defended the autonomy of EU law and the constitutional nature of the founding Treaties, which represent the basic constitutional charter of the European Union[91], *which* established (…) a new legal order, possessing its own institutions, for the benefit of which the Member States thereof have limited their sovereign rights, in ever wider fields, and the subjects of which comprise not only those States but also their nationals'.[92]

The Court, based on settled case-law, reaffirms the autonomy of EU law with respect both to the law of the Member States and to international law which stems from the essential characteristics of the European Union and its law, relating in particular to the constitutional structure of the European Union and the very nature of the emerging legal order. In terms of the autonomy, EU law distinctive feature stems from the founding Treaties, an independent source of law, which take primacy over the laws of the Member States. Ultimately, the autonomy emanates from the direct effect of a series of provisions which are applicable to EU citizens and to the Member States themselves. The uniqueness of EU law rests on "these features have led to a structured network of principles, rules and mutually interdependent legal relations binding the European Union and its Member States reciprocally as well as binding its Member States to each other". [93]

Throughout the analysis, the Court examined the question referred in the light of the Treaties taken as a whole.[94] Even if the Court proceeds to the contextual interpretation of Article 50, it draws on the principle of ever closer union among the peoples of Europe, and the values of liberty and democracy as set out in EU law.[95] For this reason, the antithesis to Article 50, Article 49 TEU regulating accession evidences the free and voluntary commitment of Member States buying into values of the European Union. By relying on the analogy drawn by the Court, as a State cannot be obliged to accede against

89 Judgment, paras 59 and 60.

90 Judgment, para 43.

91 The Court made reference tot he Judgment of 23 April 1986, Les Verts v Parliament, 294/83, EU:C:1986:166, paragraph 23

92 Judgment, para 44. The Court cited the following case-law: Opinion 2/13 (Accession of the European Union to the ECHR) of 18 December 2014, EU:C:2014:2454, paragraph 157 and.

93 Judgment, para 45. The Court cited the judgment of 6 March 2018, Achmea, C 284/16, EU:C:2018:158, paragraph 33 and the case-law cited.

94 Judgment, para 46.

95 Judgment, paras 61-63.

-K. Ziegler, The Relationship between EU Law and International Law, in D. Patterson, A. Soderston (eds.), A Companion to EU and International Law (Wiley-Blackwell, 2016) 42-61 University of Leicester School of Law Research Paper No. 15-04.

-Judgments of 20 September 2001, Grzelczyk, C 184/99, EU:C:2001:458, paragraph 31; of 19 October 2004, Zhu and Chen, C 200/02, EU:C:2004:639, paragraph 25; and of 2 March 2010, Rottmann, C 135/08, EU:C:2010:104, paragraph 43.

-European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017.

-K. Ziegler, The Relationship between EU Law and International Law, in D. Patterson, A. Soderston (eds.), A Companion to EU and International Law (Wiley-Blackwell, 2016) 42-61 University of Leicester School of Law Research Paper No. 15-04.

-Judgments of 20 September 2001, Grzelczyk, C 184/99, EU:C:2001:458, paragraph 31; of 19 October 2004, Zhu and Chen, C 200/02, EU:C:2004:639, paragraph 25; and of 2 March 2010, Rottmann, C 135/08, EU:C:2010:104, paragraph 43.

-European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017.

Cumplimiento de las sentencias de tutelas en salud

Effectiveness of judgments for protection of fundamental right to health

Sergio Raúl Cardoso González[1]

RESUMEN

En un escenario caracterizado por la densidad de normas que reglamentan sustancialmente el derecho a la salud, el volumen de demandas de amparo y la escueta regulación del procedimiento para el cumplimiento de los fallos, es importante el análisis de soluciones. En este ensayo se analizan decisiones de la Corte Constitucional para atender tal necesidad y se reflexiona sobre la idoneidad de las alternativas para materializar las decisiones en tutela.

ABSTRACT

In a context determined by the density of substantially regulations about the right to health, the volume of claims for protection of fundamental rights and the brief regulation of the procedure for compliance with judgments, it is important to analyze solutions. In this paper, decisions of the Constitutional Court are analyzed to meet this need and think about the suitability of the alternatives to materialize the judgments

PALABRAS CLAVE

tutela, salud, cumplimiento, desacato, corte

constitucional

KEY WORDS

fundamental rights, health, effectiveness, disrespect, judgments

1 Juez Segundo Civil Municipal de Armenia (Quindío). Abogado especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho Contractual y Derecho Financiero de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, especialista en Derecho de la Infancia y la Adolescencia y Máster en Derecho con énfasis en Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia.

INTRODUCCIÓN

En derecho probatorio es principio general que "tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo" (Devis, 2002, p. 4) aserción que, trasladada al ámbito del derecho procesal, equivale a afirmar que la materialización de los derechos sustanciales solo se logra si se dispone de los medios adecuados para exigirlos, como lo establece el Código General del Proceso [CGP] cuando dispone que "el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial" (Ley 1564, 2012, art. 11).

Con relación a la eficacia, la Corte Constitucional ha reiterado que el cumplimiento de las providencias judiciales constituye un deber que hace parte integral de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y debido proceso:

> En efecto, acudir a la(s) autoridad(es) jurisdiccional quedaría desprovisto de sentido si, luego de agotadas las etapas previstas para cada trámite y emitida la decisión que desata el litigio, la parte vencida pudiera deliberadamente hacer tabla rasa de lo resuelto o cumplirlo de forma tardía o defectuosa, comprometiendo el derecho al debido proceso de la parte vencedora y perpetuando indefinidamente la afectación a sus bienes jurídicos. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU034, 2018)

En nuestro sistema jurídico, el bloque de constitucionalidad, la constitución misma y multiplicidad de normas de rango legal y reglamentario desarrollan sustancialmente el derecho a la salud, pero la estructura dispuesta para su realización es insuficiente, razón por la cual se acude a la acción de tutela, ámbito en el que la eficacia de las decisiones judiciales se constituye en grave dificultad para el juez constitucional porque se encuentra con escasos medios para hacer cumplir sus decisiones frente al elevado y progresivo número de demandas.

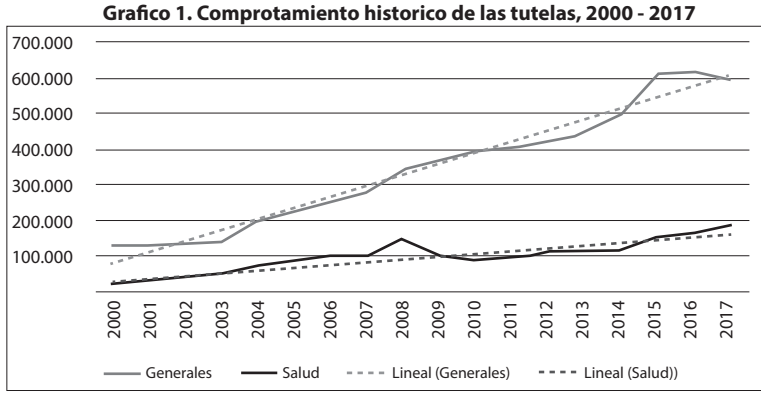
En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [PIDESC] dispone que los Estados partes "reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" (PIDESC, 12966, art. 12) y el órgano que supervisa su aplicación reconoció expresamente a la salud como derecho fundamental (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000).

Por su parte, la nuestra Carta consagra la salud como derecho fundamental de los niños, como servicio público y finalidad social a la que el Estado tiene el deber de promover acceso progresivo (Constitución Política de Colombia, 1991, arts. 44 y 64); la ley desarrolló su organización y funcionamiento como parte del sistema de seguridad social integral (Ley 100, 1993), reconoció su naturaleza de derecho fundamental (Ley 1751, 2015) y multiplicidad de normas de menor rango reglamentan las condiciones en las que se debe dar su prestación. A su turno, reiterada jurisprudencia de la Corte

Constitucional ha caracterizado a la salud como un servicio que se debe prestar en condiciones de calidad, eficiencia y oportunidad, cualidades susceptibles de protección a través de la acción de tutela.

El Ministerio de Salud y Protección Social [Minsalud] publicó en enero de 2018 el informe del comportamiento histórico de las tutelas en salud entre los años 2000 a 2017, concluyendo con preocupación que "el derecho a la salud sigue siendo una causa recurrente de litigio y la tutela se mantiene como un medio a través del cual algunos colombianos buscan acceder a los servicios de salud." Así se puede apreciar en el gráfico elaborado por dicha entidad:

Grafico 1. Comprotamiento historico de las tutelas, 2000 - 2017



Fuente: Datos Defensoría del Pueblo y Honorable Corte Constitucional

Gráfico 1. Comportamiento histórico de las tutelas, 2000 – 2017 (Ministerio de Salud y Protección Social, 2018, p. 6)

El incremento permanente de la cantidad de demandas de tutela en general, pero especialmente por violación del derecho fundamental a la salud, representa un gran desafío para la administración de justicia porque pone a prueba la capacidad de respuesta de los jueces desde el punto de vista cuantitativo pero, sobre todo, evidencia un problema de orden cualitativo pues, en este tema ya es común que no baste la sentencia sino que el cumplimiento del fallo amerite con frecuencia del incidente de desacato, mecanismo accesorio para procurar el cumplimiento en el que, desafortunadamente, parece diluirse la esencia de la acción y se aprecia tensión entre el derecho sustancial y el derecho formal.

Así, la naturaleza preferente, sumaria, subsidiaria e inmediata de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia consagrados en su reglamento (Decreto 2591, 1991, art. 3) deberían regir el proceso durante toda su existencia, incluso con posterioridad al fallo; sin embargo, en la práctica se aprecia una ruptura del procedimiento en dos etapas. En la primera etapa, que va desde la demanda hasta el fallo, prima la simplicidad y agilidad para decidir el amparo; mientras que, en la segunda etapa, que inicia a partir de la sentencia y se extiende hasta su cumplimiento, surge la complejidad de requisitos, preponderancia de formalidades y ritualidades que dilatan el trámite incidental y dificultan el objetivo de la acción que no es otro que la protección efectiva de los derechos fundamentales.

En este escenario, caracterizado por la densidad de normas que reglamentan sustancialmente el derecho a la salud, el volumen de demandas de amparo y la escueta regulación del procedimiento para el cumplimiento de los fallos; adquiere relevancia el análisis del tema en búsqueda de remedios para los angustiantes términos perentorios que le exigen a los funcionarios decidir en el término de diez días tanto la tutela como el desacato (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-367, 2014) y que, por tanto, originan multiplicidad de inquietudes en el juez constitucional, las cuales se pretenden abordar en este ensayo para reflexionar sobre la idoneidad del incidente de desacato y sus alternativas para conseguir la efectividad de los fallos.

1. ¿DE QUIÉN ES LA TAREA?

Hasta finales del año 2017 las reglas de reparto establecían que a los jueces municipales les correspondían las acciones de tutela contra cualquier autoridad pública del orden distrital o municipal y contra particulares, a los jueces del circuito aquellas interpuestas contra cualquier autoridad pública del orden departamental y nacional de orden descentralizado y a los tribunales superiores las interpuestas contra las demás autoridades públicas del orden nacional (Decreto 1382, 2000, art. 1); en ese momento las reglas se modificaron para disponer que a partir de entonces las acciones de tutela que se interpusieran contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares corresponden en primera instancia a los jueces municipales y aquellas instauradas contra una entidad pública del orden nacional a los jueces del circuito, salvo las especialmente asignadas a los tribunales superiores y administrativos (Decreto 1983, 2017).

El informe elaborado por Minsalud en atención a la orden trigésima de la Sentencia T - 760 de 2008 de la Corte Constitucional evidencia que, por la función que cumplen en la materia, las demandadas en tutelas de salud son precisamente las entidades promotoras de servicios de salud [EPS], las instituciones prestadoras de servicios de salud [IPS] y los entes territoriales (Ministerio de Salud y Protección Social, 2019, p. 10); cuya naturaleza jurídica corresponde por regla general al de personas de derecho privado o particulares y autoridades públicas de orden municipal y departamental.

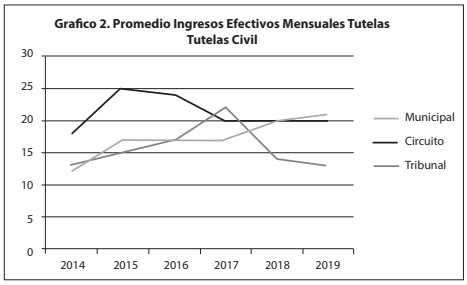
El análisis de las estadísticas de reparto de tutelas en los últimos cinco años, publicadas por la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico [UDAE] del Consejo Superior de la Judicatura, tan solo considerando las especialidades civil y penal de la jurisdicción ordinaria, demuestra que entre los años 2017 y 2018 aconteció un cambio significativo en el reparto de acciones de tutela entre las diferentes jerarquías de despachos:

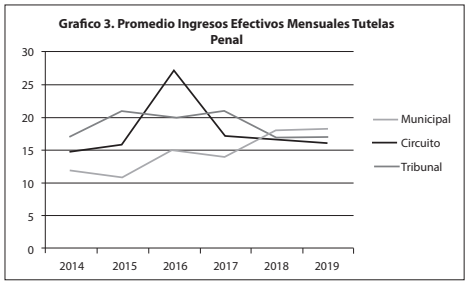
Tabla 1. Promedio Ingresos Efectos Mensuales Tutelas Civil

AÑO	MUNICIPAL	CIRCUITO	TRIBUNAL
2014	12	18	13
2015	17	25	15
2016	17	24	17
2017	17	20	22
2018	20	20	14
2019	21	20	13

Tabla 2. Promedio Ingresos Efectos Mensuales Tutelas Penal

AÑO	MUNICIPAL	CIRCUITO	TRIBUNAL
2014	12	15	17
2015	11	16	21
2016	15	27	20
2017	14	17	21
2018	18	17	17
2019	18	16	17





Tablas 1 y 2 y Gráficos 3 y 4. Promedio de Ingresos Efectivos Mensuales de Tutelas en la Jurisdicción Ordinaria Civil y Penal (UDAE, 2019)

Como se puede apreciar, el reparto de tutelas a los tribunales ascendió desde el 2014 hasta alcanzar su mayor nivel en el 2017 pero, a partir de entonces, descendió hasta retornar en la actualidad a la altura que tenía al iniciar el período; por su parte, el reparto de tutelas a los circuitos tuvo su mayor nivel entre los años 2015 y 2016 y en 2017 se estabilizó aunque por encima de la altura que tenía al inicio del período analizado y; respecto de los municipales el reparto de tutelas muestra un incremento constante, más marcado a partir del año 2017, sin descensos significativos y que culmina hoy en día con el nivel de reparto de tutelas más alto entre las diferentes jerarquías de despachos.

En consecuencia, se puede afirmar que en la actualidad el reparto en primera instancia para resolver acciones de tutela en salud está predominantemente asignado a los jueces municipales y en menor medida a los jueces del circuito, es decir, que quienes en mayor medida están asumiendo la tarea de fallar y hacer cumplir las decisiones en materia de salud son los jueces municipales.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante advertir que la reflexión no se restringe a los jueces municipales sino que involucra también a los jueces del circuito porque son los competentes para decidir las impugnaciones de los fallos y las consultas de los incidentes en dichos procesos de tutela.

2. ¿CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO?

El artículo 86 de la Constitución Política, los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992 y la Sentencia C-367 de 2014 de la Corte Constitucional conforman el marco jurídico del procedimiento de la acción de tutela porque regulan la competencia, etapas y términos del trámite y, especialmente, remiten al Código General del Proceso en caso de vacío.

La Carta instituye la acción de tutela como la vía judicial preferente y sumaria para la protección de los derechos fundamentales, dispone que el fallo es de cumplimiento inmediato y que en ningún caso pueden transcurrir más de diez días entre la solicitud y su decisión (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 86).

Por su parte, el reglamento establece como principios del proceso de tutela la publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia; características que se explican en el cuerpo de la norma cuando dispone: i) que el juez puede decretar medidas provisionales, ii) que la solicitud de amparo requiere un contenido mínimo, sin

formalidades y sin necesidad de abogado, iii) que el trámite se sustancia con prelación y sus plazos son perentorios o improrrogables, iv) que las providencias se notifican por el medio que el juez considere más expedito y eficaz, v) que en caso de que haya prueba de grave e inminente violación o amenaza del derecho el juez puede tutelar el derecho y ordenar el restablecimiento inmediato prescindiendo de cualquier consideración formal y, vi) que el fallo se notifica por medio expedito que asegure su cumplimiento (Decreto 2591, 1991).

El mismo reglamento dispone que el juez de tutela establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto, adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento, mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza y sancionará al incumplido mediante trámite incidental (Decreto 2591, 1991 arts. 23, 27 y 52); consagrando de esta manera el incidente de desacato y el trámite de cumplimiento como los mecanismos a disposición del juez constitucional para hacer cumplir sus fallos.

Adicionalmente, el reglamento remite al procedimiento civil la interpretación de las disposiciones relativas al trámite de la acción en todo aquello que no les sea contrario (Decreto 306, 1992) y; en concordancia, el CGP dispone que el juez se abstendrá de exigir formalidades innecesarias, en caso de vacío lo llenará con las normas que regulen casos análogos y a falta de estas será él quien determine la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y generales del derecho procesal.

En la práctica, la admisión, trámite y decisión de la demanda de tutela acontece ágilmente y sin dificultades, de tal forma que en esta primera etapa se destaca la naturaleza preferente, sumaria e informal de la acción; sin embargo, es durante la fase del cumplimiento que surgen multiplicidad de inquietudes que relativizan esos principios probablemente porque, como se acaba de exponer, el procedimiento para la decisión del amparo está amplia y detalladamente desarrollado, mientras que el trámite de cumplimiento solamente se respalda en algunas referencias normativas que imponen acudir para el efecto a la jurisprudencia, a la analogía y en últimas a la discrecionalidad judicial.

La Corte Constitucional declaró exequible el inciso primero del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, en el entendido de que el incidente de desacato allí previsto debe resolverse en el término establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, esto es, en diez días (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-367, 2014); sentencia que ha significado que la tutela sea una acción doblemente preferente pues el juez debe gestionar tanto el fallo como el cumplimiento en un término muy breve y ante tal exigencia surgen multiplicidad de necesidades para procurar un pronto debido proceso.

3. ¿CÓMO TRAMITAR EL INCIDENTE DE DESACATO?

El incidente de desacato está consagrado en los artículos 27 y 52 del reglamento de la tutela, conforme a los cuales comprende las siguientes etapas: i) en caso de renuencia el juez debe requerir al superior del responsable para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario, ii) si persiste el desobedecimiento el juez debe abrir incidente en contra del responsable y de su superior para imponerles sanción de multa o arresto hasta que cumplan la sentencia y, iii) dicha sanción se debe

consultar al superior jerárquico a quien le corresponde decidir dentro de los tres días siguientes si la decisión se debe revocar (Decreto 2591, 1991). Al respecto la Corte Constitucional ha precisado:

> (N)o puede olvidarse que la observancia del debido proceso es perentoria durante el trámite incidental, lo cual presume que el juez, sin desconocer que debe tramitarse al igual que la tutela de manera expedita, no puede descuidar la garantía del derecho al debido proceso y el derecho de defensa. Debe (1) comunicar al incumplido sobre la iniciación del mismo y darle la oportunidad para que informe la razón por la cual no ha dado cumplimiento a la orden y presente sus argumentos de defensa. Es preciso decir que el responsable podrá alegar dificultad grave para cumplir la orden, pero sólo en el evento en que ella sea absolutamente de imposible cumplimiento, lo cual debe demostrar por cualquier medio probatorio; así mismo, debe (2) practicar las pruebas que se le soliciten y las que considere conducentes son indispensables para adoptar la decisión; (3) notificar la decisión; y, en caso de que haya lugar a ello, (4) remitir el expediente en consulta ante el superior. (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, Sentencia T-459, 2003)

Como se puede apreciar, el Decreto 2591 de 1991 no consagra expresamente una etapa probatoria en el trámite del incidente de desacato, sin embargo, la Corte Constitucional ha reiterado que esta es una etapa natural y necesaria del incidente así:

> De no cumplirse el fallo, entre otras consecuencias, la persona puede ser objeto del poder jurisdiccional disciplinario, que se concreta en el incidente de desacato. Este incidente sigue un procedimiento de cuatro etapas, a saber: (i) comunicar a la persona incumplida la apertura del incidente del desacato, para que pueda dar cuenta de la razón por la cual no ha cumplido y presente sus argumentos de defensa; (ii) practicar las pruebas solicitadas que sean conducentes y pertinentes para la decisión; (iii) notificar la providencia que resuelva el incidente; y (iv) en caso de haber lugar a ello, remitir el expediente en consulta al superior (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-367, 2014).

4. ¿QUIÉN ES EL RESPONSABLE DEL CUMPLIMIENTO DEL FALLO?

Las EPS e IPS son personas jurídicas y por tanto la pregunta lógica es a quién se debe atribuir la responsabilidad del cumplimiento del fallo de tutela referente al derecho a la salud cuando la decisión les ha impuesto una determinada orden.

Al respecto, la Corte Constitucional analizó el problema jurídico consistente en si acaso vulneraba la Carta Política el precepto legal que dispone que cuando la responsabilidad disciplinaria recae en una persona jurídica, ésta se puede exigir de su representante legal y concluyó, que tal disposición no vulnera la Constitución siempre y cuando se entienda que la falta disciplinaria debe ser imputable al representante legal por el incumplimiento de sus deberes funcionales (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1076, 2002).

Las razones de esta decisión fueron las siguientes : i) que la interpretación histórica de la norma evidencia que la voluntad del legislador fue establecer un régimen disciplinario especial para determinados particulares por el rol que desempeñan en las personas

jurídicas que dirigen y uno de los destinatarios específicos de tal régimen son los representantes legales de las entidades vinculadas al sistema general de salud y ii) que dicho régimen se fundamenta en el artículo 6 de la Constitución que dispone que los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido en la ley mientras que los funcionarios públicos solamente pueden realizar lo que ella les indica, por tanto, este régimen especial se estableció para impedir que la constitución de una persona jurídica particular se convirtiera en un pretexto de evasión de la responsabilidad disciplinaria y evitar que las conductas que la configuran no se puedan atribuir a nadie.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte advirtió que la responsabilidad disciplinaria de los representantes legales no es una responsabilidad objetiva pues se les debe garantizar su derecho de defensa, a controvertir las pruebas, desvirtuar los hechos que le son imputados y alegar causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria, siempre en el marco de sus deberes funcionales.

Con fundamento en lo expuesto se puede afirmar, que la responsabilidad de las EPS por el incumplimiento a los fallos de tutela en materia de salud se puede y debe atribuir a sus representantes legales por ser ellos las personas naturales que tienen la función de dirección de dichas entidades para el cumplimiento de su objeto social y no es admisible que el ropaje de la persona jurídica se use como excusa para incumplir los fallos de tutela y evadir sus consecuencias.

En ese sentido, resulta trascendental la identificación del representante legal de las personas jurídicas condenadas a cumplir los fallos de tutela y al respecto se destaca la utilidad que para tal fin reporta el Registro Único Empresarial Cámaras de Comercio (RUES) que le permite a los funcionarios judiciales tener acceso al registro mercantil mediante un proceso de validación sencillo en donde reposa entre otra la información actualizada de su existencia y representación legal, dirección física y electrónica para notificaciones judiciales y el nombre e identificación de sus representantes legales, lo cual contribuye enormemente en la agilidad del trámite de la tutela pero sobretodo del incidente de desacato.

5. ¿SE DEBE NOTIFICAR PERSONALMENTE LA APERTURA DEL INCIDENTE DE DESACATO AL RESPONSABLE?

Inquieta saber si la notificación personal del incidente de desacato en tutela es indispensable para el adelantamiento y decisión del trámite porque solo así se garantiza el debido proceso mediante la comunicación efectiva al encartado y se le permite ejercer el derecho de defensa.

Al respecto, el reglamento de la tutela es reiterativo en cuanto a que es discrecional del juez efectuar las diversas notificaciones a través del medio que considere más expedito, eficaz, que asegure el cumplimiento (Decreto 2591, 1991) pero también que, de acuerdo con las circunstancias, el medio y la oportunidad de la notificación asegure la eficacia de la misma y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa (Decreto 306, 1992).

La Corte Constitucional precisó que en su jurisprudencia no ha señalado la obligatoriedad de la notificación personal de la apertura del incidente del desacato ni

de la providencia que lo resuelve (Corte Constitucional, Sala Plena, Auto 236, 2013) y citó un precedente en el que consideró lo siguiente:

> Los alegados defectos procedimentales no se configuraron porque la apertura del incidente de desacato no debe ser notificada personalmente al funcionario responsable del cumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, como bien señala el juez de segunda instancia esa exigencia iría en contra de la celeridad del cumplimiento de los fallos de la acción de tutela y la correspondiente protección inmediata de los derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-343, 2011).

No obstante, en reciente decisión la Corte concedió el amparo del debido proceso a una demandante en tutela porque el juez contó el término para presentar la impugnación del fallo a partir de la fecha de la llamada telefónica en la que la convocaba a acudir al despacho para notificarse del fallo y no del día siguiente cuando ella asistió para el efecto. En esta decisión, pese a que se reitera el precedente en el sentido de que la notificación personal no es obligatoria en tutela, lo cierto es que se precisa que la premura tampoco justifica la vulneración del derecho a la defensa y por tanto la comunicación debe garantizar el conocimiento efectivo de la decisión:

> En suma, el juez de tutela tiene la obligación de notificar a las partes y a terceros con interés de la iniciación del mismo y de los autos proferidos en curso del mismo, a través del medio de comunicación que considere el más expedito y eficaz, atendiendo las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Esto es, por la forma que no dilate innecesariamente el trámite y que ponga en conocimiento a la persona el contenido real de la providencia, con el fin de garantizar el derecho a la defensa y hacer efectivo el principio de publicidad (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-286, 2018).

Entonces, existiendo norma especial que regula las notificaciones del proceso de tutela no hace falta acudir a otra normatividad para establecer el medio de comunicación del incidente de desacato al responsable del cumplimiento del fallo porque la norma es clara al disponer que esta es una decisión discrecional del juez, aunque no por ello arbitraria, pues se trata de seleccionar la vía expedita y eficaz, es decir, la que garantice agilidad y efectividad.

Para efectos del desacato, es al juez de tutela y caso por caso a quien corresponde establecer el medio a través del cual notificará las decisiones del incidente, teniendo como parámetro que sea expedito y eficaz, es decir, que responda a la inmediatez con la que se debe tramitar pero asegure la comunicación efectiva al responsable del cumplimiento del fallo.

Con relación a este asunto es pertinente considerar el uso de la comunicación a través de medios como el correo electrónico que se convierte en una alternativa real para la notificación de acciones de tutela e incidentes de desacato porque contribuye a la agilidad, efectividad y economía de la comunicación y encuentra respaldo en el principio de asimilación del escrito, la firma y el original, así como en la fuerza probatoria de los mensajes de datos a los que se refieren la ley de comercio electrónico (Ley 527, 1999) y los artículos 291 y 292 del CGP.

6. ¿EL CUMPLIMIENTO DEL FALLO IMPLICA EL LEVANTAMIENTO DE LAS SANCIONES IMPUESTAS EN DESACATO?

La Corte Constitucional ha insistido en que la finalidad del incidente de desacato es persuasiva porque, aun cuando la desobediencia puede derivar en la imposición de sanciones, su único propósito es lograr el cumplimiento efectivo de la orden de tutela, así lo reiteró recientemente en sentencia de unificación:

> (L)a imposición o no de una sanción dentro del incidente puede implicar que el accionado se persuada o no del cumplimiento de una sentencia. En efecto, en caso de que se inicie el incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desacatado lo ordenado por el juez de tutela, quiera evitar la sanción, deberá acatar la sentencia.
>
> En caso de que se haya adelantado todo el trámite y resuelto sancionar por desacato, para que la sanción no se haga efectiva, el renuente a cumplir podrá evitar ser sancionado acatando (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU34, 2018).

Esta situación mengua considerablemente la fuerza de las decisiones sancionatorias en los incidentes de desacato porque el obedecimiento de la decisión del incidente que con prontitud y cuidado se le exige al juez, queda en últimas a voluntad del responsable del cumplimiento quien optará por el momento que le resulte más conveniente para evitar la materialización del arresto o la multa pues, conociendo el precedente que obliga a levantar la sanción en el momento en que obedezca el fallo, es lógico que lo dilate hasta el momento previo a la consumación de los castigos.

Por esta razón adquieren protagonismo las autoridades encargadas de la ejecución de las sanciones pues en la medida en que el trámite del arresto o la multa sea prontamente gestionado, más poder persuasivo hacia el cumplimiento tendrá la sanción impuesta, luego la actividad de policía y el cobro coactivo se constituyen en herramientas fundamentales para el cumplimiento de los fallos de tutela y, por la misma razón, el otro mecanismo dispuesto en el reglamento de la tutela para el cumplimiento de los fallos cobra importancia.

7. ¿EN QUÉ CONSISTE EL TRÁMITE DE CUMPLIMIENTO?

A diferencia del incidente de desacato, el trámite de cumplimiento cuenta con escasas y dispersas referencias normativas pero la Corte Constitucional ha reiterado jurisprudencia en el sentido de que el incidente no es el único instrumento para conseguir el cumplimiento de la sentencia de tutela y que la alternativa es todavía más importante e idónea para lograrlo.

Se trata de una atribución amplia e indeterminada en virtud de la cual el juez de tutela tiene la facultad de adoptar directamente todas las medidas para el cumplimiento y establecer los demás efectos de la sentencia para el caso en concreto hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza, facultades que abren espacio a la imaginación para diversidad de decisiones en procura de que la sentencia sea efectiva.

Para ilustrarlo hay una sentencia hito, producto de la evolución de la línea jurisprudencial que distingue entre los trámites de cumplimiento y desacato en tutela hasta la expedición de una sentencia de unificación que se encargó de analizar el asunto como razón de decisión y resolvió de fondo el problema jurídico consistente en si acaso el juez de tutela tiene competencia para adoptar directamente medidas para el cumplimiento del fallo, aun cuando ellas aparenten contrariedad con la organización jerárquica de la Rama Judicial.

Inicialmente y como dicho al pasar la Corte refirió lo siguiente:

> (E)l desacato no puede desplazar la principal obligación del juez constitucional que consiste en hacer cumplir la orden de tutela. Además, el trámite del cumplimiento no es un prerrequisito para el desacato, ni el trámite del desacato es la vía para el cumplimiento. Son dos cosas distintas el cumplimiento y el desacato. Puede ocurrir que a través del trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato. (...) Por tanto, la labor del Juez no es solamente tramitar el incidente de desacato, cuando se instaure por incumplimiento de lo ordenado, sino lo fundamental es que sea efectivo el respeto a los derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-458, 2003).

Posteriormente el asunto dejó de ser tangencial y fue analizado como razón de la decisión, así:

> Las sentencias deben tener un efecto útil. (…) el juez de tutela de primera instancia debe efectuar todas las medidas que estime pertinentes, de acuerdo con los artículos 23 y 27 del decreto 2591 de 1991 para que se cumpla la orden, y no limitarse a hacer una simple prevención, como ocurrió en el auto de 3 de abril de 2001, ni menos aún adoptar la conducta que aparece consignada en el auto de 8 de abril de 2002 de "abstenerse el juzgado de ordenar pagos" (se refiere al pago oportuno de las mesadas). El deber del juez es precisamente todo lo contrario, actuar decididamente para que los pagos de las mesadas se efectúen (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-744, 2003).

Pero el análisis se consolidó en la sentencia en la que la Corte Constitucional revisó la acción de tutela interpuesta en contra de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca porque, ante el incumplimiento del fallo de tutela por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a quien se le ordenó proferir una sentencia de reemplazo en un proceso ordinario laboral, este tribunal, obrando como juez constitucional, decidió suplir a la autoridad desobediente y dejar vigente la sentencia de primera instancia en la jurisdicción ordinaria y; al respecto se consideró:

> (E)l juez competente debe estar permanentemente alerta para que la orden de tutela sea cumplida y, aún de oficio, debe emplear todos los mecanismos necesarios para que el derecho fundamental no sea violado o no se amenace su violación. Para tal fin, el juez encargado de hacer cumplir la orden de tutela, debe aplicar no solamente el artículo 27 del decreto 2591 de 1991, sino el

> artículo 23 del decreto 2591 de 1991 que lo faculta para establecer todos los efectos para el caso concreto, evitar toda nueva violación y amenaza, perturbación o restricción y disponer todo "lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos". Es decir que el juez no puede omitir lo jurídicamente permitido para hacer cumplir la orden de tutela. Y, si cumple con tal deber, no se le puede decir que ha incurrido en una vía de hecho (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU1158, 2003).

La línea jurisprudencial expuesta sostiene que el juez de tutela tiene una jurisdicción y competencia especial para adoptar directamente medidas tendientes al cumplimiento del fallo, aun cuando ellas aparenten contrariedad con la organización jerárquica de la Rama Judicial. Por ello se concluyó que, pese a que el juez de tutela decidió suplir a la desobediente Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (cabeza de la jurisdicción ordinaria), siendo el juez constitucional una autoridad judicial de inferior jerarquía y perteneciente a la jurisdicción disciplinaria, es decir con funciones en un ámbito absolutamente distinto y por tanto no tenía competencia ordinaria para decidir asuntos laborales; en definitiva no hubo extralimitación de funciones sino que se trató solamente de una apariencia porque en el trámite de cumplimiento el juez de tutela, por su condición de tal, tiene una jurisdicción y competencia especial para adoptar directamente todas las medidas para el cumplimiento del fallo.

De esta manera queda en evidencia el potencial del trámite de cumplimiento como mecanismo para procurar la realización de los fallos de tutela y que, ante las deficiencias del incidente de desacato, el juez constitucional dispone de un instrumento alternativo muy importante para materializar sus decisiones.

8. CONCLUSIONES

La eficacia de las providencias judiciales constituye un deber directamente relacionado con los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y debido proceso.

El volumen de las acciones de tutela en salud y la reciente reorganización del reparto en este tipo de demandas evidencian que la responsabilidad de la decisión de los amparos por violación al derecho fundamental a la salud le corresponde mayoritariamente a los jueces municipales.

La tutela es una acción doblemente preferente porque exige al juez garantizar el debido proceso tanto en la decisión como en el cumplimiento en términos perentorios muy cortos, circunstancia que origina diversidad de inquietudes para el juez constitucional en cuanto al procedimiento aplicable y los mecanismos para conseguir la realización del fallo, interrogantes que se agudizan en el escenario descrito de alta carga y se constituyen en un reto para la jurisdicción.

El escenario analizado se constituye en una oportunidad para reconocer que el incidente de desacato no es el único mecanismo para conseguir el cumplimiento de los fallos de tutela y que existe un gran potencial en el trámite de cumplimiento con respaldo en el precedente de la Corte Constitucional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Congreso de Colombia, Ley 100 de 1993 (23 de diciembre), Sistema de seguridad social integral. Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html [Consultado el 28 de Agosto 2019].

Congreso de Colombia, Ley 1564 de 2012 (12 de julio), Código General del Proceso. Diario Oficial No. 48.489. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html. [Consultado el 28 de Agosto 2019].

Congreso de Colombia, Ley 1751 de 2015 (16 de febrero), Regula el derecho fundamental a la salud. Diario Oficial No. 49.427 de 16 de febrero de 2015. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1751_2015.html [Consultado el 28 de Agosto 2019].

Congreso de Colombia, Ley 527 de 1999 (18 de agosto), Define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales. Diario Oficial No. 43.673 del 21 de agosto de 1999. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0527_1999.html [Consultado el 30 de Agosto 2019].

Constitución política de Colombia (2019). Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html [Consultado el 29 de Agosto 2019].

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (5 de junio de 2003) Sentencia T-459/03. [MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO] Disponible en: http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-459-03.htm [Consultado el 30 de Agosto 2019].

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (23 de julio de 2018) Sentencia T-286/18. [MP JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS] Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-286-18.htm [Consultado el 30 de Agosto 2019].

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (5 de mayo de 2011) Sentencia T-343/11. [MP HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO] Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-343-11.htm [Consultado el 30 de Agosto 2019].

Corte Constitucional, Sala Plena. (11 de junio de 2014) Sentencia C-367/14. [MP MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO] Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-367-14.htm [Consultado el 30 de Agosto 2019].

Corte Constitucional, Sala Plena. (3 de mayo de 2018) Sentencia SU034/18. [MP ALBERTO ROJAS RÍOS] Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU034-18.htm [Consultado el 29 de Agosto 2019].

Corte Constitucional, Sala Plena. (4 de diciembre de 2003) Sentencia SU-1158/03. [MP MARCO GERARDO MONROY CABRA] Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/SU1158-03.htm [Consultado el 30 de Agosto 2019].

Corte Constitucional, Sala Plena. (5 de diciembre de 2002) Sentencia C-1076/02. [MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ] Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1076-02.htm [Consultado el 30 de Agosto 2019].

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (28 de agosto de 2003) Sentencia T-744/03. [MP MARCO GERARDO MONROY CABRA] Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-744-03.htm [Consultado el 30 de Agosto 2019].

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (5 de junio de 2003) Sentencia T-458/03. [MP MARCO GERARDO MONROY CABRA] Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-458-03.htm [Consultado el 30 de Agosto 2019].

Devis Echandía, H. (2002) Teoría general de la prueba judicial. Quinta edición. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Ministerio de Salud y Protección Social (2018) La Tutela en Salud. Informe de Cumplimiento de la Vigencia 2017 Orden 30 de la Sentencia T-760 de 2008. Disponible en: https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/informe-tutelas-orden30-2015-t760-2008.pdf [Consultado el 29 de Agosto 2019].

Ministerio de Salud y Protección Social (2019) La Tutela en Salud. Informe de Cumplimiento de la Vigencia 2018 Orden 30 de la Sentencia T-760 de 2008. Disponible en: http://seguimientot760.corteconstitucional.gov.co/informesperiodicos/Informe%20Ministerio%20Orden%2030%2019-03-08.pdf [Consultado el 29 de Agosto 2019].

ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 Diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 993, p. 3, disponible en esta dirección: https://www.refworld.org.es/docid/4c0f50bc2.html [Consultado el 28 de Agosto 2019].

ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general Nº 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 Agosto 2000, E/C.12/2000/4, disponible en esta dirección: https://www.refworld.org.es/docid/47ebcc492.html [Consultado el 28 de Agosto 2019].

Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1382 de 2000 (12 de julio), reglas para el reparto de la acción de tutela. Diario Oficial No 44.082 del 14 de Julio de 2000. Disponible en: https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5230#1 [Consultado el 30 de Agosto 2019].

Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1983 de 2017 (30 de noviembre), Reglas de reparto de la acción de tutela. Diario Oficial No 50433 del 30 de noviembre de 2017. Disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84498 [Consultado el 30 de Agosto 2019].

Presidencia de la República de Colombia, Decreto 2591 de 1991 (19 de noviembre), Reglamenta la acción de tutela. Diario Oficial No 40165 del 19 de noviembre de 1991. Consultado en: https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5304 [Consultado el 30 de Agosto 2019].

Presidencia de la República de Colombia, Decreto 306 de 1992 (19 de febrero), Reglamenta el Decreto 2591 de 1991. Diario Oficial No 40344 del febrero 19 de 1992.

Disponible en: https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6061 [Consultado el 30 de Agosto 2019].

Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico (2019) Estadísticas Judiciales. Disponible en: https://www.ramajudicial.gov.co/web/estadisticas-judiciales [Consultado el 30 de Agosto 2019].

La protección efectiva del derecho a la salud a través de las sentencias estructurales. El caso de Costa Rica.

The protection of the right to health in structural decisions. Analysis of Costa Rica case

Haideer Miranda [1]

RESUMEN

El presente estudio pretende abordar las características y elementos principales que presentan las sentencias estructurales dictadas por las Cortes o Tribunales Constitucionales en América Latina, y analizar cómo su utilización por la Sala Constitucional de Costa Rica ha permitido una tutela judicial efectiva del derecho de salud reconocido en el artículo 21 de la Constitución Política (1949).

ABSTRACT

This article presents the characteristics of the structural judgments by the Constitutional Courts or Courts in Latin America, to later analyze how their use by the Constitutional Chamber of Costa Rica has allowed an effective judicial protection of the health right recognized in Article 21 of the Political Constitution (1949).

1 Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. Master en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional y Especialista en Estudios Internacionales por la Universidad de Trento .Ital. Letrado de la Corte Suprema de Costa Rica.

1. INTRODUCCIÓN

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica –en adelante Sala Constitucional- en el ejercicio de sus diferentes competencias, en particular en la resolución de acciones de inconstitucionalidad, consultas de constitucionalidad, consultas judiciales, recursos de amparo y hábeas corpus ha desarrollado una amplia tipología de sentencias que van más allá de la clásica formulación entre "estimativas" y "desestimativas" [2] dentro de las cuales se pueden citar las sentencias aditivas, exhortativas, interpretativas, sustitutivas y más recientemente la tipología estructural[3]. Estas últimas resultan ser un instrumento legítimo y eficaz en aras de proteger derechos

2 La doctrina ha resaltado que la *Corte Costituzionale* ha sido pionera en desarrollar una amplia de tipología de sentencias en el ejercicio de sus funciones. Sobre el tema se puede consultar: AA.VV. *Corte Costituzionale e Processo Costituzionale. Nell'esperienza della "Rivista Giurisprudenza Costituzionale" per il Cinquantesimo Anniversario*, a cargo de Alessandro Pace. Ed. Giappichelli, Torino, 2007. MALFATTI Elena, PANIZZA Saulle, ROMBOLI Roberto. *Giustizia Costituzionale.* Ed. Giappichelli, Turín, 2003. MIRANDA BONILLA Haideer. *La Corte Constitucional Italiana: estructura y funcionamiento.* En Revista de Derecho Constitucional Comparado, editorial número 1/2019, Ed. IJ Editores El texto integral puede ser consultado en https://cr.ijeditores.com/index.php?option=publicacion&idpublicacion=378 ROMBOLI Romboli (a cura di). Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo. Ed Giappichelli, Turín, 2009. REVENGA SÁNCHEZ Miguel, PAJARES MONTOLIO Emilio y DRINCOURT ALVAREZ Juan Ramón (coords.) 50 años de Corte *Constitucional Italiana y 25 del Tribunal Constitucional* Español. Ed. Ministerio de Justicia de la Secretaría General Técnica, España, 2007. Lo anterior, recoge los contenidos presentados en las Jornadas Italo – Españolas de Justicia Constitucional que se llevaron a cabo en Lanzarote. ROMBOLI Roberto. *L'acceso alla giustizia costituzionale caratteri, limiti, prospettive di un modello. 50 anni di Corte Costituzionale.* Ed. Scientifiche Italiana, Napoli, 2007.

3 Sobre esta temática se puede consultar: BARRIGA PÉREZ Mónica Liliana. *Sentencias estructurales y protección efectiva de los derechos humanos*, p. 105 – 143, en http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2017/03/M%C3%B3nica-Barriga-Perez.pdf NASH Claudio. *El debate sobre las sentencias estructurales.* En Ámbito Jurídico con el apoyo del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad – Adenauert – Stiftug, en **http://www.kas.de/rspla/es/publications/39615/** MIRANDA BONILLA Haideer. *Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional*. En Revista Jurídica IUS Doctrina, volumen 11, número 2, 2018, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho (UCR) en https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/35777/36506 NASH ROJAS Claudio, NUÑEZ DONALD Constanza. La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica. Colección de Derecho Procesal de los Derechos Humanos, número 8, ed. Ubijus, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, México, 2015, p. 136 – 194. OSUNA Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia, p. 91 – 116. En BAZÁN Víctor y STEINER Christian (coordinadores). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales, número 5. Ed. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad – Adenauert – Stiftug, Bogotá. 2015.

fundamentales en casos muy excepcionales, en los cuales una tutela "no estructural" u ordinaria no es suficiente en aras de proteger estos derechos, sobre todo en los casos de algunos derechos prestaciones.

2. LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN LA ACTUACIÓN DE LAS CORTES O TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Esta tipología de sentencias tiene su origen en el derecho anglosajón[4]. En el caso de Estados Unidos, la fuente del litigio complejo inició con casos de discriminación sistémica (racial) y se ha extendido a otros ámbitos como la salud o el sistema carcelario. A través de las *structural injunctions* las Cortes de EE. UU. persiguen concretar la reorganización de una institución social y reparar a través de dicha reforma organizacional el daño que las propias agencias públicas pueden producir al violar ciertos derechos constitucionales. Los elementos comunes al litigio de derecho público referido y que culmina con sentencias estructurales son: 1. afectan a un gran número de personas que por sí mismas o mediante organizaciones que las representan en juicio alegan violaciones de sus derechos; 2. involucran a varios órganos públicos, responsables de las fallas persistentes de la política pública que contribuyen a esas violaciones de derechos; 3. implican requerimientos judiciales de carácter estructural, es decir, ordenes de cumplimiento obligatorio por las cuales los tribunales instruyen a esos organismos públicos para que actúen de forma coordinada a fin de proteger a toda la población afectada y no sólo a los demandantes específicos del caso[5].

En las sentencias estructurales el juez constitucional va más allá de resolver el caso concreto, pues ante la existencia de problemas generales y reiterados que implican violaciones sistemáticas de derechos fundamentales en contra de un número indeterminado de personas lleva a cabo un esfuerzo por darle efectividad y fuerza normativa a la Constitución. Los jueces al comprobar, por su experiencia, que hay unas causas estructurales (de ahí el nombre de la sentencia) que de modo sistemática producen ese déficit de derechos humanos, y que los casos que llegan a sus despachos, si se resuelven apenas como remedios individuales, no logran subsanar la problemática que se advierte en cada uno de los expedientes[6].

En este sentido, la Sala Constitucional ha precisado que con este tipo de resoluciones: "*va más allá del caso concreto de asegurar la protección individual de la persona recurrente, pues se desprende que la causa de la infracción o vulneración del derecho a la salud se dan por problemas estructurales, los cuales no son hechos aislados, ya que de forma reiterada y continua se violenta los mismos derechos a un número indeterminado*

4 RODRÍGUEZ, César. *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*. En Texas Law Review. Vol. 89, 2011, p. 1669-1698.

5 RODRÍGUEZ, Cesar y RODRÍGUEZ Diana. *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global.* Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, p. 25. En https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_758.pdf

6 OSUNA Néstor. *Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia,* p. 91. En BAZÁN Víctor y STEINER Christian (coordinadores). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. *Las sentencias estructurale*s, número 5. Ed. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad – Adenauert – Stiftug, Bogotá. 2015.

de personas"[7]. Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana ha precisado que: "*Estas órdenes están dirigidas a que se adopten decisiones que permitan superar tanto la insuficiencia de recursos, como las falencias en la capacidad institucional. Ello no implica que por vía de tutela, el juez esté ordenando un gasto no presupuestado o esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está delineando una política, definiendo nuevas prioridades, o modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo*"[8].

Al respecto, los órganos de justicia constitucional dentro del respectivo ámbito de sus competencias fijan y desarrollan el marco en el cual las autoridades deben diseñar e implementar atendiendo al principio de coordinación las medidas adecuadas para la solución integral del problema estructural. Luego del fallo, el juez continúa con una labor de seguimiento y control del cumplimiento de su sentencia[9]. Ello es fundamental para que se dé un cumplimiento efectivo de lo ordenado, pues el éxito de la sentencia depende en gran medida del cumplimiento efectivo de lo ordenado[10].

Por otra parte, las medidas adoptadas pueden consistir en la creación, ajuste y/o manejo de las políticas públicas del Estado; la implementación de medidas administrativas, legislativas y/o presupuestales, a través de decisiones que emiten en el marco de un litigio de interés público, en el que interviene una multiplicidad de actores —diversas autoridades o entidades públicas, comunidad afectada, representantes sociales, etc.—. Son decisiones, además, que presentan efectos particulares (inter partes) y generales (inter communis) que apuntan a remediar una vulneración masiva y sistemática de derechos humanos[11].

También llamadas por la doctrina como "macrosentencias" o "sentencias piloto" son un instrumento útil en este esfuerzo, en la medida en que buscan, precisamente, activar a los órganos del Estado que han omitido en sus obligaciones constitucionales. Para que las sentencias estructurales cumplan con los objetivos que les son propios, es necesario satisfacer dos requisitos básicos: la actuación del órgano judicial con jurisdicción constitucional dentro de sus competencias y que las medidas sean razonables y fundadas. El primero de estos requisitos habla de la relación con la actuación del órgano judicial dentro de los procedimientos que constitucionalmente le han sido asignados y que dicha sentencia estructural se dicte siguiendo los procedimientos establecidos.

El segundo elemento señala la relación con las medidas que se disponen. Estas deben establecer la relación con los hechos conocidos en el proceso, que apunten a la solución de los problemas de fondo que producen o permiten las violaciones y se hagan

7 Sala Constitucional de Costa Rica, sentencia número 2019-5560, considerando número XVIII. El texto integral de las sentencias puede ser consultado en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr

8 Corte Constitucional de Colombia. T-025/2004, 22 de enero de 2005, numeral 10.1.

9 RODRÍGUEZ Cesar y RODRÍGUEZ Diana. *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*. Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, p. 26.

10 Sobre el incumplimiento de las sentencias de la Sala Constitucional se puede consultar la investigación de BRENES MONTOYA, María Marta. *El incumplimiento de las resoluciones de amparo*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2005.

11 RODRÍGUEZ María Luisa. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

cargo de los problemas de las víctimas concretas que han recurrido al órgano judicial[12]. De ahí que estas medidas no deben ser vistas como una violación a la separación de poderes, sino una forma de concretar la actividad estatal en una sociedad democrática constitucional, entendida esta como una acción coherente de diversos actores que coordinan esfuerzos a favor de la plena vigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos[13].

Las sentencias estructurales han sido utilizadas por algunas Cortes, Tribunales o Salas Constitucionales o Corte Supremas. Al respecto, la doctrina constitucional ha resaltado algunos casos en Sudáfrica, India, Canadá, Estados Unidos de América, Argentina, Colombia[14], Costa Rica[15] y Perú[16], así como en la jurisprudencia de órganos convencionales regionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[17] y la Corte Interamericana de Derechos Humanos[18].

Al respecto, en el constitucionalismo latinoamericano la Sala Constitucional de Costa Rica, la Corte Constitucional Colombiana y el Tribunal Constitucional del Perú han sido pioneras en esta temática al resolver a través de esta tipología de sentencias violaciones sistemáticas y reiteradas de derechos humanos relacionados con la temáticas relacionadas con la vulneración al derecho a la salud, el hacinamiento carcelario, garantías del debido proceso en la custodia de menores de edad y el desplazamiento humano interno en razón de un conflicto armado, esto último en Colombia.

Las sentencias estructurales pueden ser definidas como un mecanismo o técnica jurídica mediante la cual se declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos, principios y valores consagrados en la misma, en consecuencia, insta a las autoridades competentes,

12 NASH Claudio. *El debate sobre las sentencias estructurales*, p. 1. En Ámbito Jurídico con el apoyo del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad – Adenauert – Stiftug. En texto integral del documento puede ser consultado: http://www.kas.de/rspla/es/publications/39615/

13 NASH Claudio. *El debate sobre las sentencias estructurales*, p. 1.

14 OSUNA Néstor. *Las sentencias estructurales*, op. cit. p. 92.

15 ARMIJO Gilbert. *Comentario sobre jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica en cuanto a los derechos de los privados de libertad,* p. 267 – 271. En BAZÁN Víctor y STEINER Christian (coordinadores). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales, número 5. Ed. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad – Adenauer – Stiftug, Bogotá. 2015.

16 BARRIGA PÉREZ Mónica Liliana. *Sentencias estructurales y protección efectiva de los derechos humanos*, p. 105 – 143. El texto integral puede ser consultado en el siguiente enlace http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2017/03/M%C3%B3nica-Barriga-Perez.pdf

17 CUCARELLA GALLINA Luis. *Justicia Convencional. Neoprocesalismo internacional*. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, número 31, ed. Ediciones Nueva Jurídica y la Universitat de Valencia, Bogotá, 2017.

18 NASH ROJAS Claudio, NUÑEZ DONALD Constanza. *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, p. 137 – 147. En Colección de Derecho Procesal de los Derechos Humanos, número 8, ed. Ubijus, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, México, 2015.

para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas[19].

En la sentencia **T-025/2004**, la Corte Constitucional Colombiana enumeró los factores que se deben tener en cuenta para determinar cuando existe un estado de cosas inconstitucionales que deriva en la necesidad de emitir una sentencia estructural: 1) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; 4) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; 5) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; 6) El hecho de que, si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. En dicha resolución la Corte declaró el estado de cosas inconstitucional (ECI) frente a los derechos de la población desplazada.

En sentido similar en la sentencia número **5560-2019** la Sala Constitucional precisó que esta temática en estudio presenta una serie de características, en particular: a) existe un gran número de personas cuyos derechos son objetos de protección judicial; b) por la causa generadora de la violación de derechos; c) por la complejidad de las órdenes que se emiten; d) por la necesidad de una fiscalización y supervisión rigurosa y; e) por el gran número de personas que se verán beneficiadas del impacto de una sentencia de este calibre[20].

Por otra parte, esta temática ha tenido un importante desarrollo en los Sistemas Regionales de Protección de los Derechos Humanos[21]. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -en adelante Tribunal EDH- ha desarrollado la figura de las sentencias piloto, la cual fue introducida el 21 de febrero del 2001[22]. El procedimiento de caso piloto nace como respuesta a lo que el TEDH denomina demandas repetitivas.

19 IRINA MEZA Malka, NAVARRO MONTERROZA Angélica, QUINTERO LYONS Josefina. *La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia,* p. 69-80. En Revista Mario Alario D'Filippo, vol. 3, número 1, 2011.

20 Sala Constitucional, sentencia número 2019-5560.

21 Sobre los Sistemas regionales de protección de los derechos humanos se puede consultar: CAPPUCCIO Laura, LOLLINI Andrea y TANZARELLA Palmina. *Le corti regionali tra stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali: europeo, americano e africano a controllo*. Ed. Scientifica, Napoli, 2012. MIRANDA BONILLA Haideer. Derechos Fundamentales en América Latina. Ed. Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015. ZANGHÌ Claudio. La protezione internazionale dei diritti dell'uomo. Ed. Giappichelli, Torino, 2002.

22 ABRISKETA URIARTE Joana. *Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador*, p. 73 – 99. En Revista Española de Derecho Internacional, volumen LXV/1, enero-junio 2013, Madrid. LAMBERT ABDELGAWAD Elisabeth *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto*: *una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo*, p. 355 – 383. En Revista de Derecho Político, número 69, Universidad Estatal a Distancia, UNED, 2007. QUERALT JIMÉNEZ Argelia. *Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos,* p.

Son demandas individuales presentadas por personas no organizadas pero generadas por la misma causa, con el mismo origen. Por lo general, además, la causa de la violación suele estar en una disposición general interna (leyes, reglamentos, etc.) o en un fallo estructural del sistema nacional de tutela de los derechos, por acción u omisión[23].

Las sentencias piloto tienen como fundamento lo dispuesto en los artículos 1, 41 y 46 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, así como el numeral 61 del Reglamento de Procedimiento del TEDH el cual determina "*1. El TEDH podrá decidir aplicar el procedimiento de la sentencia piloto y adoptar una sentencia piloto cuando los hechos que originen una demanda que le haya sido interpuesta revelen la existencia, en la Parte Contratante afectada, de un problema estructural o sistémico o de otra disfunción similar que haya dado lugar o sea susceptible de dar lugar a la formulación de otras demandas análogas*".

La sentencia piloto es aquel procedimiento en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos selecciona una demanda de entre varias que obedecen a la misma causa, de tal manera que ésta sirve como referente en la resolución de un elevado número de casos idénticos[24]. En este tipo de sentencia el Tribunal EDH identificará tanto la naturaleza estructural o sistemática del problema o disfunción, así como el tipo de medidas reparadoras que el Estado demandado deberá adoptar en el ámbito nacional en virtud del fallo de la sentencia. En el fallo, además, el Tribunal podrá determinar en qué plazo deben adoptarse aquellas medidas, teniendo en cuenta su naturaleza y la rapidez con la que puedan ser adoptadas[25].

Los efectos provocados por una sentencia piloto son de gran transcendencia para el Estado implicado, en tanto que le obliga a adoptar leyes internas —medidas generales— que corrijan el problema estructural que, precisamente, origina la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Justamente porque el Tribunal constata la existencia de un problema sistémico, suspende los procesos sobre casos idénticos (produciendo una especie de efecto dominó) y exige al Estado que adopte medidas generales. El demandante (y todos los individuos afectados por el problema estructural) verá aplazado su proceso hasta que el Estado adopte dichas medidas. Con esto se ponen en evidencia dos tendencias: a) La inclinación del Tribunal a adoptar sentencias que van más allá de ser meramente declarativas; b) La orientación hacia la objetivación de los recursos con la consiguiente desafección del Tribunal por el derecho subjetivo individual[26].

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde inicios de la década del 2000 comenzó a resolver una serie de casos vinculados con violaciones estructurales

395-424. En Revista Teoría y Realidad Constitucional, número 42, 2018, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho UNED, Madrid.

23 QUERALT JIMÉNEZ Argelia. *Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos*, op. cit. p. 403.

24 ABRISKETA URIARTE Joana. *Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador*, p. 78.

25 QUERALT JIMÉNEZ Argelia. *Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos*, op. cit. p. 407.

26 Ibid, p. 74.

de derechos humanos. En estos casos la jurisdicción interamericana asumió el desafío de dar una respuesta más integral que la simple resolución del caso concreto que eran sometido a su conocimiento en relación a derechos fundamentales de grupos vulnerables como indígenas, mujeres, niños y niñas, privados de libertad, migrantes, desplazados y orientación sexual[27]. En esta temática se debe resaltar la "supervisión de cumplimiento de sus sentencias" que lleva a cabo la Corte de San José de conformidad con los artículos 22, 62.1., 62.3. y 65 de la Convención Americana y el artículo 69 de su Reglamento. En esta fase, la Corte de San José puede pedir informes periódicos al Estado y ordenar la realización de audiencias orales y privadas con las partes, a fin de evidenciar los alcances en el cumplimiento de las reparaciones ordenadas en la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 *supra* citado. Estas obligaciones incluyen el deber del Estado de informar periódicamente a la Corte sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de lo ordenado por este Tribunal en dichas decisiones[28]. La oportuna observancia de la obligación estatal de indicar al Tribunal como está cumpliendo cada uno de los puntos ordenados por este es fundamental para evaluar el estado del cumplimiento de la sentencia en su conjunto[29].

3. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD Y SU PROTECCIÓN EFECTIVA A TRAVÉS DE LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES

En la Constitución Política de Costa Rica (1949) no se encuentra tutelado expresamente el derecho a la salud[30], motivo por el cual un sector de la doctrina lo caracteriza como un nuevo derecho constitucional[31] o derecho innominado, pues su reconocimiento se ha realizado vía jurisprudencial, es decir, a través de un activismo judicial del juez constitucional. En este sentido su protección ha sido reconocida a través de lo dispuesto en el artículo 21 constitucional el cual señala "*La vida humana es inviolable*". Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha determinado "(…) *El derecho a la vida reconocido en el numeral 21 de la Constitución es la piedra angular sobre la cual descansan el resto de los derechos fundamentales de los habitantes de la república. De igual forma, en ese ordinal de la carta política encuentra asidero el derecho a la salud, puesto que, la vida resulta inconcebible si no se le garantizan a la persona humana condiciones mínimas*

27 NASH ROJAS Claudio, NUÑEZ DONALD Constanza. *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, op. cit. p. 136 y 137.

28 MIRANDA BONILLA Haideer. Derechos Fundamentales en América Latina. Ed. Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015, p. 93.

29 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de septiembre de 2005, considerando 7, y Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de sentencia, resolución del 22 de mayo de 2013, considerando sexto.

30 CASTILLO VIQUEZ Fernando. Derecho a la salud recientes evoluciones en la jurisprudencia constitucional. El texto integral del artículo puede ser consultado en: https://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/images/cefcca/Documentos/Derechoalasalud/CONFERENCIADERECHOALASALUD.pdf Por otra parte, en la doctrina extranjera se puede citar, el estudio de BAZÁN Víctor. *Derecho a la salud y justicia constitucional. Estándares jurisprudenciales de la Corte Suprema*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013.

31 MIRANDA BONILLA Haideer. *Los nuevos derechos en el constitucionalismo iberoamericano. En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 28 julio a diciembre del 2017. Ed. Porrúa, Instituto Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México.

para un adecuado y armónico equilibrio psíquico, físico y ambiental"[32]. Asimismo, ha determinado: "(…) *la Constitución Política en su artículo 21 establece que la vida humana es inviolable y a partir de ahí se ha derivado el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, siendo en definitiva al Estado a quien le corresponde velar por la salud pública impidiendo que se atente contra ella"*[33].

Por su parte, la Sala Constitucional en el ejercicio de sus competencias ha desarrollado una amplia tipología de sentencias en los diferentes procesos constitucionales, en particular en la resolución de acciones de inconstitucionalidad, consultas de constitucionalidad, consultas judiciales, recursos de amparo y hábeas corpus. Entre estos tipos se puede citar la utilización sentencias aditivas, exhortativas, interpretativas, sustitutivas y estructurales[34]. Estas últimas resultan ser un instrumento legítimo y eficaz en aras de proteger derechos fundamentales en casos muy excepcionales, en los cuales una tutela "no estructural" u ordinaria no es suficiente en aras de proteger estos derechos, sobre todo en los casos de algunos derechos prestaciones[35].

Los antecedentes históricos y el mayor desarrollo de esta tipología de sentencias se encuentra en la tutela del derecho a la salud reconocido en el artículo 21 de la Constitución, en donde se ha ordenado una serie cambios de carácter más institucional, sobre la administración de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) que impactan y benefician a todos los asegurados. En particular se podrían citar los siguientes casos: a) la elaboración de una política para la atención de pacientes con VIH-SIDA; b) la reactivación del programa de trasplantes de la CCSS; c) la incorporación de la vacuna contra el neumococo para niños y adultos mayores en el cuadro básico del plan nacional de vacunación[36]; d) la eliminación de las listas de espera; e) la implementación del expediente digital único en salud, entre otros. Asimismo, la tipología estructural ha sido utilizada por el juez constitucional en una serie de temáticas relacionadas la eliminación de hacinamiento crítico carcelario, el deber de trasladar en forme célere a los detenidos de las celdas de la policía judicial a las cárceles cuando su situación ha sido definida por la autoridad jurisdiccional, casos de graves agresiones a privados de libertad, el deber de realizar pruebas los concursos públicos con criterios objetivos y la tutela de la niñez.

3.1. La elaboración de una política para la atención de pacientes con VIH

32 Sala Constitucional de Costa Rica –en adelante Sala Constitucional-. Sentencias números 1992-1915, 1995-5892, 2002-8325, 2003-11222, 2003-11382, 2003-13863, 2004-659, 2004-2427, 2004-4871, 2004-4872, 2004-2427, 2004-4872, 2004-6515, 2004-6559, 2004-7532, 2004-6515, 2007-4610, 2007-16434, 2007-16436, 2007-16482, 2008-13420, 2011- 3683, 2017-1782, 2017-1789, 2017-1798, 2017-1876, 2017-1885.

33 Sala Constitucional. Sentencia número 1994-5130.

34 MIRANDA BONILLA Haideer. *Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional*. En Revista Jurídica IUS Doctrina, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, número 2, 2018. El texto integral puede ser consultado en: https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/35777

35 ARMIJO Gilbert. *Comentario sobre jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica en cuanto a los derechos de los privados de libertad*, p. 267 – 271. En BAZÁN Víctor y STEINER Christian (coordinadores). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales, número 5. Ed. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad – Adenauert – Stiftug, Bogotá. 2015.

36 Primer Informe Estado de la Justicia. Capítulo 6, Judicialización de la salud: recursos de amparo para medicamentos, p. 209. En. http://www.estadonacion.or.cr/justicia/assets/cap-6-estado-de-la-justicia.pdf

En la sentencia número 5934-1997 la jurisdicción constitucional se pronunció acerca de la obligación que tiene el Estado de suministrar a los portadores del virus del SIDA, la terapia de combinación de antirretrovirales apropiada a su condición clínica, según lo prescriba y supervise el médico tratante institucional, todo en tanto prevalezcan las condiciones que lo hayan requerido. Posteriormente, en la resolución interlocutoria número 0504-I-1997 afirmó que lo resuelto en el voto *supra* citado debía aplicarse a todo aquél que se encontrara en condiciones similares, sin que tuviera necesidad de acudir a la vía de amparo para tal efecto. Lo anterior conllevo a que las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social elaboraran una política para la atención de pacientes con VIH-SIDA.

3.2. La reactivación del programa de trasplante de órganos por parte del Ministerio de Salud

En la sentencia 14639-2006 la jurisdicción constitucional ordenó al Ministerio de Salud tomar las medidas necesarias para cumplir con la "Ley de autorización para trasplantar órganos y materiales anatómicos humanos", Ley número 7409, de 1994, la cual había sido reglamentada con el Decreto Ejecutivo número 24605-S. Lo anterior, se llevó a cabo con fundamento en los principios de eficiencia, eficacia, continuidad, regularidad y adaptación que rigen en los servicios públicos de salud. En la parte dispositiva de la sentencia se ordenó a la Ministra de Salud que, en el plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la sentencia tomara las acciones administrativas necesarias para implementar y ejecutar de forma permanente, eficaz, eficiente y continua la ley en cuestión.

3.3. La incorporación de la vacuna contra el neumococo para niños y adultos en el cuadro básico del plan nacional de vacunación

En la sentencia número 15737-2008 el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la obligación conjunta de la Caja Costarricense de Seguro Social y el Ministerio de Salud de universalizar la vacuna contra el neumococo y el rotavirus en relación con la población directamente beneficiaria –niños y adultos mayores-. Con fundamento en lo anterior, en la parte dispositiva de la sentencia se ordenó a la Ministra de Salud y Presidenta de la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología, así como a la Gerente Médica de la Caja Costarricense de Seguro Social y al Director General del Hospital Rafael Ángel Calderón Guardia disponer las actuaciones que se encuentren dentro del ámbito de sus competencias, para que de inmediato se aplique la vacuna contra el neumococo a la recurrente quien era una menor de edad. Además, se ordenó y la realización de los trámites pertinentes para hacer efectiva la universalización de la vacuna contra el neumococo y el rotavirus, se realice la compra de ambas vacunas a partir del año 2009, se inicie la campaña de vacunación correspondiente y la modificación del listado oficial de vacunas del esquema básico de vacunación que consta en el artículo dieciocho del Reglamento a la Ley Nacional de Vacunación[37]. Posteriormente en el voto número 8339-2009 se ordenó al Presidente de la CCSS que se le aplique la vacuna contra el neumococo a los recurrentes, así como a todos los adultos mayores de sesenta y cinco años.

37 Esa tesis fue reiterada en los votos números 2639-2009, 2640-2009, 2641-2009 y 2009-8339.

3.4. La implementación del expediente digital único en salud

En la sentencia número 6859-2012 la Sala Constitucional ordenó a las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social la implementación y ejecución del proyecto de expediente digital único en salud (EDUS). Al respecto, en la motivación de la resolución de hizo referencia a los principios de eficiencia, eficacia, simplicidad, celeridad de la organización y función administrativa, así como el derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos en relación con el derecho fundamental a la salud. Además, indicó:

> *"**SOBRE EL ESTADO DE IMPLEMENTACIÓN DEL PROYECTO DE EXPEDIENTE DIGITAL ÚNICO EN SALUD (EDUS).** (…) Empero, como se trata de un proyecto de gran envergadura para mejorar y eficientar los servicios de salud recibidos por los asegurados (usuarios y pacientes) y, en general, para actuar el derecho a la salud de las personas, este Tribunal entiende que se requiere de un plazo razonable para su plena implementación y puesta en ejecución. Eso sí, esta Sala Constitucional, advierte que la plena y cabal implementación y ejecución del proyecto debe efectuarse, como se dijo y reitera, en un plazo razonable, siendo que por los fines del proyecto EDUS, reconocidos por las propias autoridades recurridas, no resultaría admisible un retardo o dilación injustificada o irrazonable. Debe advertirse que ese proyecto, también, debe extenderse, eventualmente, a todos los niveles de atención de la Caja Costarricense del Seguro Social en aras de garantizar el goce efectivo de los derechos a la salud, el buen funcionamiento de los servicios públicos y principios constitucionales como los de eficacia y eficiencia (artículos 21, 140.8 y 191 de la Constitución). Todo lo anterior, por cuanto, desde el año 2008 se viene trabajando en este proyecto y en el mes de noviembre de 2011 ya había sido elevado a conocimiento de la Junta Directiva de la entidad. Para este Tribunal Constitucional la debida y plena implementación y ejecución del proyecto de "Expediente Digital Único en Salud" (EDUS), en los términos indicados, resulta esencial para actuar el derecho prestacional a la salud de los pacientes y usuarios de la seguridad social. De otra parte, estima que es clave y estratégico para actuar principios constitucionales que rigen todo servicio público como los de eficacia y eficiencia. Asimismo, un proyecto plenamente ejecutado en tal sentido permite ajustar un servicio público asistencial a las exigencias de la Sociedad de la Información y del Conocimiento, así como a las nuevas Tecnologías de la Información y del Conocimiento. No resulta congruente con los principios constitucionales de un servicio público asistencial continuo, eficiente, eficaz, de calidad y de cobertura universal, que siga siendo gestionado y organizado bajo las técnicas y con las herramientas del siglo pasado, sea con expedientes físicos que dificultan y obstruyen los tiempos de atención razonable. Adicionalmente, la extensión progresiva de este proyecto a todos los niveles y áreas de salud permite la tutela efectiva de los derechos indicados y de los principios constitucionales de valor normativo señalados, facilitándole a los asegurados que reciban una atención de calidad y eficiente y creando las condiciones favorables para la cibermedicina propia de la Sociedad de la Información y del Conocimiento y a la que, en un futuro próximo, tendrán derecho los asegurados".*

Con fundamento en lo anterior, se ordenó al Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social lo siguiente: a) Implementar y ejecutar el proyecto Expediente Digital Único en Salud (EDUS) en un plazo razonable en las áreas de salud o nivel primario de atención y b) extender, progresivamente, ese proyecto EDUS al resto de las áreas de atención en salud de la institución. Al respecto, la Asamblea Legislativa emitió la Ley sobre el expediente digital único de salud, Ley No. 9162. Además, según informó el actual Presidente de la Caja Costarricense de Seguro Social a partir del 28 de septiembre del 2018 se implementó en los 29 hospitales del país, el uso del expediente médico digital (EDUS), el cual es una plataforma tecnológica que perpermitirá una mejor atención, la modernización de los servicios y fácil acceso de los usuarios a su información médica. El EDUS permite acceder a la información médica de cada asegurado como datos personales, medicamentos, gestión de citas, diagnósticos, validación de derechos, alergias y ruta quirúrgica, desde cualquier clínica del país y en una aplicación móvil[38].

3.5. La eliminación de las listas de espera

En la presente temática es de gran importancia lo dispuesto en la sentencia número 4621-2013 donde se estimó un recurso de amparo por el retraso de las autoridades del Hospital Dr. Calderón Guardia en realizar una cirugía a la recurrente quien tenía cuatro años de estar incluida en una lista de espera, lo cual a todas luces es irrazonable. En la motivación de la sentencia se analizó primera vez el problema estructural que existe en la atención de los pacientes que requieren una cirugía y se encuentran en una lista de espera, en particular se indicó:

> ***"V.- Ante tal situación y los reiterados casos que ha venido conociendo este Tribunal, sin duda alguna se está ante la vulneración del derecho a la salud de las personas que, como la recurrente, no han sido tratadas oportunamente y su salud se ha visto menoscabada****. Si bien la Sala también les ha reconocido y comprendido en algunas oportunidades que los diferentes centros de salud carezcan de la capacidad para atender de inmediato a sus pacientes, la situación actual ha trascendido todo margen de proporcionalidad y razonabilidad para la prestación de un servicio de salud, lo que amerita un pronunciamiento que incluso vaya más allá de la resolución del presente caso y restaure la situación de todos los asegurados que están en las diferentes lista de espera.*
>
> ***VI.-*** *Es por esta razón que, bajo la directriz interpretativa constitucional de lograr la máxima funcionalidad del sistema democrático,* ***esta Sala considera oportuno y necesario generar una directiva constitucional para que en materia de salud se proceda de manera paulatina, pero seria y decidida, a erradicar las listas de espera irrazonables que actualmente exhibe el sistema de seguridad social costarricense****. Para ello, deberá la Caja Costarricense de Seguro Social, como entidad rectora en el ámbito de la prestación de los servicios de salud, avocarse de forma inmediata a partir de la notificación de esta sentencia, a realizar los estudios técnicos pertinentes que le permitan elaborar un plan remedial dentro de los doce meses siguientes a la notificación de esta*

38 https://www.elpais.cr/2018/09/28/costa-rica-implementa-expediente-medico-digital-en-todos-sus-hospitales/

> ***sentencia, que permita reducir las listas de espera que actualmente se encuentran en cada una de las especialidades de los diferentes centros de prestación de servicios sanitarios del país. En dicho plan, además, deben definirse los plazos de espera razonables por patología o grupos relacionados de diagnóstico de acuerdo con la sintomatología, el nivel de urgencia y las condiciones del paciente, así como los criterios objetivos para precisar la inclusión y ubicación de un paciente en las listas de espera. Asimismo, se deberá fijar un cronograma de avance, y las medidas administrativas o técnicas para cumplir con las metas del plan. Lo anterior para que una vez aprobado el plan dentro de esos doce meses, en el plazo máximo de doce meses siguientes a la aprobación del mismo, las listas de espera que existan contemplen plazos de espera razonables de acuerdo a la especialidad médica y el diagnóstico que corresponda.*** *Todo lo anterior sin perjuicio de las decisiones y medidas que pueda adoptar la Sala en el conocimiento de casos concretos para garantizar la debida prestación de los servicios de salud".* (Lo subrayado no corresponde al original).

No obstante a pesar del excesivo tiempo trascurrido ese problema estructural que se identificó en el voto en cuestión no ha recibido una solución integral por parte de las autoridades de la Caja Costarricense del Seguro Social, tal y como se evidencia con el aumento exponencial que ha tenido en los últimos años la interposición de recursos ante la jurisdicción constitucional por la violación al derecho a la salud en virtud del retraso injustificado en la valoración de un paciente, realización de un examen o de una cirugía. En este sentido, según estadísticas en el año 2013 ingresaron a la Sala Constitucional 1891 asuntos de salud, en el 2014 se presentaron 2710 asuntos, en el 2015 se interpusieron 3725 recursos, en el 2016 se plantearon 4864 recursos y en el 2017 ingresaron 5682 asuntos. Ese aumento exponencial refleja como la tutela del derecho a la salud ha sido judicializada.

Al respecto, en el voto de minoría redactado por la Magistrada Esquivel Rodríguez y el Magistrado Rueda Leal se indicó

> *"(….) Del cuadro anterior se infiere un aumento constante, desde el año 2012 a la fecha, en la cantidad de asuntos por violación al derecho a la salud que han ingresado a la jurisdicción constitucional, tendencia que en este momento tiende al aumento. De tales asuntos, buena cantidad corresponde a listas de espera. Esto denota una constante y reiterada violación a los derechos de la salud de los ciudadanos. La Sala Constitucional es el garante del respeto a los derechos humanos de nuestro país. El artículo 21 de la Constitución Política es el que ampara el derecho a la salud ya que el derecho a la vida tiene una clara dependencia con acceso a servicios de salud adecuados y oportunos. Esto último ha sido establecido por la Sala Constitucional mediante votos 5527-94, 2233-93 y 1755-90 entre otros. Nuestra Carta Magna, adicionalmente, señala en el artículo 73 que corresponde a la Caja Costarricense de Seguro Social la administración y gobierno de los seguros sociales. Por su parte, el artículo 2º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone la competencia de la Sala Constitucional y en su inciso b) señala que debe garantizar los derechos consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional. Por último, la*

norma 33 constitucional señala el derecho a la igualdad de trato ante iguales. A la luz de esas normas, es incuestionable la condición de derecho humano que tiene el derecho a la salud de todos los ciudadanos sin discriminación. De los datos que se indican previamente es fácil concluir que, la Caja Costarricense de Seguro Social realiza una violación sistemática del derecho a la salud en perjuicio de la población costarricense. La Sala Constitucional ha venido a solventar parcialmente la violación de ese derecho en una parte de la población, pero, esta intervención no promueve la obligación de la Caja Costarricense de disponer de acciones que reduzcan la problemática y el obligar a los ciudadanos a acudir a la Sala Constitucional para que se respete su derecho se torna ya en una práctica que no está resolviendo el fondo del problema. De manera que, es nuestro criterio que, la Sala Constitucional debe ordenar a la Caja Costarricense de Seguro Social ejercer las competencias que le han sido encomendadas por la propia Constitución, como administrador de los servicios de salud de Costa Rica, y se le debe dar un plazo razonable para que establezca un plan remedial que evite que los ciudadanos se tengan que apersonar a la Sala Constitucional para poder ver satisfecho su derecho a la salud. De no ser así, la Sala Constitucional se estará convirtiendo en un coadministrador de los servicios de salud con los riesgos que ello puede conllevar. Adicionalmente, el costo que le genera al país que los atrasos en los sistemas de salud se tengan que resolver en la Sala Constitucional le causa al país una duplicidad de costos que debe ser cuantificada de modo que se promueva en la entidad de la seguridad social la importancia de buscar una solución de fondo a la problemática que se ha incrementado de forma desproporcionada en los últimos años. Un plazo de 6 meses para presentar un plan remedial se estima como un plazo razonable".

3.6. La sentencia número 2019-5560 y la violación sistemática del derecho a la salud por las listas de espera en la seguridad social estatal

En la seguridad social estatal los pacientes cuando acuden a los servicios de salud y su médico tratante ordena ser valorado por un especialista o se les realice un examen o una cirugía son incluidos en una "lista de espera" a fin de que se les define una fecha cierta para recibir la atención requerida, sin embargo, en la mayoría de los casos deben esperar meses y años. En relación con esta temática es de gran importancia lo resuelto en la sentencia número 5560-2019 que estimó un recurso de amparo interpuesto por una persona adulta mayor que requería una cirugía, la Sala Constitucional fue más allá de resolver el caso en concreto y emitió nuevamente una sentencia estructural, sin embargo, primera vez realiza un análisis detallado sobre esta tipología, en particular sobre sus características y elementos que deben existir para poder dictarlas. En particular, en la motivación de la resolución en cuestión se analizó: a) la violación sistemática y reiterada por parte de la Caja Costarricense del Seguro Social al derecho a la salud de los administrados; b) las causas que generan las listas de espera en la prestación de servicios de salud; c) la necesidad de la implementación de una sentencia que analice las causas estructurales que generan el estado de las listas de espera; d) nnecesidad de emitir una orden para superar la vulneración estructural, sistemática y reiterada al derecho a la salud de los pacientes de la CCSS.

En primer lugar, en el presente caso se acreditó la violación sistemática y reiterada por parte de la CCSS del derecho a la salud de aquellos pacientes que se encuentran en una lista de espera para ser atendidos por un médico especialista o se les realice un examen o una cirugía, lo cual se ve reflejado en el aumento exponencial en la interposición de los recursos de amparo, tal y como se indicó en la motivación de la sentencia: "*en el año 2012 el porcentaje de ingreso era de un 10,26% mientras que en el año 2018 representó un 33,78%, es decir, más del doble. De tales asuntos, buena cantidad corresponde a las listas de espera. Ahora bien, durante el año 2018, la Sala Constitucional, en los recursos de amparo relacionados con materia de salud, verificó la infracción en un 75% aproximadamente de los asuntos votados (entre los amparos declarados con lugar y parcialmente con lugar). Aunado a lo anterior, el derecho a la salud durante el año 2018 fue el asunto más votado en este Tribunal y por ende, es el derecho fundamental que más se recurre ante esta jurisdicción*"[39]. Asimismo se acreditó que el promedio de espera para la realización de una cirugía electiva en diversos hospitales públicos superaba los 12 meses y en algunos casos los 30 meses, plazos a todas luces son desproporcionados y no garantizan una atención médica oportuna, lo que afecta, sin duda, la calidad de vida de los asegurados y por ende su dignidad humana.

En segundo lugar, en la motivación de la sentencia se analizó con base en la información que brindó la propia CCSS las causas que generan las listas de espera en la prestación de servicios de salud dentro de las que se pueden mencionar: a) el aumento poblacional y consideraciones epidemiológicas; b) capacidad instalada limitada (número de camas, número de quirófanos, personal, equipo, etc.); c) falta de médicos especialistas; d) necesidades de equipamiento, etc. Con fundamento lo anterior es que la Sala Constitucional decidió emitir una sentencia que analizara las causas estructurales que generan el estado de las listas de espera. Al respecto, en la resolución en cuestión se realiza por primera vez un análisis detallado sobre las características y elementos que caracterizan este tipo de sentencias, así como las razones por las cuales se hizo necesario su dictado, en particular se indicó:

> "*esta Sala –al menos desde los últimos ocho años- ha conocido una gran cantidad de amparos por la prestación deficiente en los servicios médicos de la CCSS. De ahí que sin lugar a dudas, este Tribunal constata la existencia de diversos problemas estructurales que aquejan la prestación del servicio de salud por parte de la institución recurrida. Lo anterior, porque la misma autoridad accionada así los reconoce e inclusive instituciones consultadas como la Defensoría de los Habitantes, el Colegio de Médicos, el Ministerio de Salud y hasta las sentencias declarativas emitidas por esta Sala evidencian las deficiencias estructurales. En ese orden de cosas, esta Sala se decanta por emitir lo que en doctrina y en la praxis de diversas Cortes, Tribunales y Salas Constitucionales se denomina una sentencia estructural. Es decir, la Sala va más allá del caso concreto de asegurar la protección individual de la persona recurrente, pues se desprende que la causa de la infracción o vulneración del derecho a la salud se dan por problemas estructurales, los cuales no son hechos aislados, ya que de forma*

39 Sala Constitucional, sentencia número 2019-5560, considerando XVI.

reiterada y continua se violenta los mismos derechos a un número indeterminado de personas".

Asimismo, en la motivación del voto en cuestión se determinó: "*esta Sala comprueba que la Caja Costarricense de Seguro Social en su funcionamiento tiene problemas estructurales que violentan el derecho a la salud de los amparados y la prestación eficaz de los servicios de salud. Por lo anterior y en atención a la gran cantidad de procesos de amparo en el que se alega la vulneración al derecho a la salud de los pacientes de la CCSS, esta Sala se ve obligada a valorar de forma integral la problemática de las listas de espera en los centros de salud de la institución recurrida. Este Tribunal es del criterio que en los diversos nosocomios existe una saturación en las listas de espera, donde dichos plazos superan todo margen de razonabilidad y proporcionalidad. Como consecuencia de lo anterior, esta Sala verifica que la prestación del servicio de la salud en la Caja Costarricense de Seguro Social presenta problemas estructurales tanto en la organización y funcionamiento, que llevan consigo una vulneración reiterada y constante del derecho a la salud de miles de pacientes que acuden ante esta Sala*"

Por otra parte, los jueces constitucionales determinaron la necesidad de emitir una orden para superar la vulneración estructural, sistemática y reiterada al derecho a la salud de los pacientes de la CCSS. En particular en la parte resolutiva de la sentencia se ordenó al Presidente de la autoridad recurrida:

"(…) *elaborar en el plazo de SEIS MESES, contados a partir de la notificación de esta sentencia, un sistema de gestión integrado para solventar los problemas de lista de espera y que incorpore soluciones a las causas estructurales reconocidas por la propia Caja Costarricense de Seguro Social en su informe, entre otras, ausencia de infraestructura adecuada, aumento poblacional, las consideraciones epidemiológicas, ausencia de un sistema adecuado para cubrir la falta de médicos especialistas, necesidades de equipamiento y demanda en aumento del primer nivel de atención, así como el ausentismo de pacientes a citas en diversos centros médicos de la institución recurrida. En el proyecto de sistema de gestión integrado, deben definirse los plazos de espera razonables por patología o grupos relacionados de diagnóstico de acuerdo con la sintomatología, el nivel de urgencia y las condiciones del paciente, así como los criterios objetivos para precisar la inclusión y ubicación de un paciente en las listas de espera. Asimismo, se deberá fijar un cronograma de avance, las medidas administrativas o técnicas para cumplir con las metas del proyecto de sistema de gestión, indicadores de gestión, responsables de ejecución y seguimiento y mecanismos de verificación. Aunado a ello, el proyecto de sistema de gestión integrado, deberá tomar en cuenta las particularidades de las poblaciones en estado de vulnerabilidad (personas adultas mayores, indígenas, personas en condición de pobreza, madres, niños, niñas y adolescentes, privados de libertad, entre otros) y orientarse bajo los principios constitucionales del servicio público: eficiencia, eficacia, razonabilidad, disponibilidad, accesibilidad y universalidad*".

Además de lo decidido, se ordenó a la Defensoría de los Habitantes[40] que coadyuvara con el seguimiento de la ejecución de esta sentencia y la instó a considerar el parecer de diferentes instituciones del Estado y de la sociedad civil, con el objetivo de que por medio de esa institución, se recojan todo tipo de observaciones o inquietudes en las actuaciones que proponga la Caja Costarricense de Seguro Social.

4. CONCLUSIONES

Las sentencias estructurales son un instrumento por medio del cual las Cortes, Tribunales y Salas Constitucionales han reafirmado la fuerza normativa de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos que reivindican la obligatoriedad de sus decisiones y refuerzan su alcance. En particular la Sala Constitucional ha precisado que con este tipo de resoluciones "*va más allá del caso concreto de asegurar la protección individual de la persona recurrente, pues se desprende que la causa de la infracción o vulneración del derecho a la salud se dan por problemas estructurales, los cuales no son hechos aislados, ya que de forma reiterada y continua se violenta los mismos derechos a un número indeterminado de personas*"[41] Además, ha determinado una serie de factores que deben existir para emitir una sentencia de este tipo, en particular: a) debe existir un gran número de personas cuyos derechos son objetos de protección judicial; b) por la causa generadora de la violación de derechos; c) por la complejidad de las órdenes que se emiten; d) por la necesidad de una fiscalización y supervisión rigurosa y; e) por el gran número de personas que se verán beneficiadas del impacto de una sentencia de este calibre. A ello debe agregarse que el proceso judicial puede involucrar varias autoridades estatales y que los hechos denunciados guardan relación con políticas públicas y conllevan una violación del derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos. Lo anterior supone que esta tipología de decisiones es una combinación de efectos individuales y generales.

Los antecedentes históricos y el mayor desarrollo de esta tipología de sentencias en la jurisprudencia de la Sala Constitucional se encuentra en relación con el derecho a la salud, lo que ha permitido una tutela judicial efectiva. En este sentido, la jurisdicción constitucional ha ordenado la elaboración de una política para la atención de pacientes con VIH, la reactivación del programa de trasplante de órganos por parte del Ministerio de Salud, la incorporación de la vacuna contra el neumococo para niños y adultos mayores en el cuadro básico del plan nacional de vacunación, la eliminación de las listas de espera y la implementación del expediente digital único en salud, así como la eliminación de las listas de espera. En relación a esta última temática recientemente se emitió sentencia número 2019-5560 en donde se ordenó a las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social elaborar en el plazo de seis meses, un sistema de gestión integrado para solventar los problemas de lista de espera y que incorpore soluciones a las causas estructurales reconocidas por la propia recurrida. Además se obligó a la Defensoría de los Habitantes que coadyuve con el seguimiento de la ejecución de la sentencia y que tome el parecer de diferentes instituciones del Estado y de la sociedad

40 La Ley de la Defensoría de los Habitantes, ley No. 7423 establece que esa institución es el órgano encargado de proteger los derechos y los intereses de los habitantes.

41 Sala Constitucional, sentencia número 2019-5560, considerando número XVIII.

civil, lo cual es prionero en la materia, pues es la primera vez que en este tipo de sentencias se obliga a ello. El seguimiento de lo ordenado en una sentencia estructural conlleva su éxito, motivo por el cual la Sala Constitucional realizó y tiene programadas una serie audiencias de seguimiento que pretende garantizar el efecto erga omnes de sus resoluciones.

5. BIBLIOGRAFÍA

ABRISKETA URIARTE Joana. *Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador*, p. 73 – 99. En Revista Española de Derecho Internacional, volumen LXV/1, enero-junio 2013, Madrid.

ARMIJO Gilbert. *Comentario sobre jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica en cuanto a los derechos de los privados de libertad,* p. 267 – 271. En BAZÁN Víctor y STEINER Christian (coordinadores). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, número 5. Ed. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad – Adenauert – Stiftug, Bogotá. 2015.

BARRIGA PÉREZ Mónica Liliana. *Sentencias estructurales y protección efectiva de los derechos humanos*, p. 105 – 143. En http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2017/03/M%C3%B3nica-Barriga-Perez.pdf

BAZÁN Víctor. *Derecho a la salud y justicia constitucional. Estándares jurisprudenciales de la Corte Suprema*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013.

CASTILLO VIQUEZ Fernando. *Derecho a la salud recientes evoluciones en la jurisprudencia constitucional*. En judicial.go.cr/salaconstitucional/images/cefcca/Documentos/Derechoalasalud/CONFERENCIADERECHOALASALUD.pdf

CUCARELLA GALLINA Luis. *Justicia Convencional. Neoprocesalismo internacional*. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, número 31, ed. Ediciones Nueva Jurídica y la Universitat de Valencia, Bogotá, 2017.

MALFATTI Elena, PANIZZA Saulle, ROMBOLI Roberto. *Giustizia Costituzionale.* Ed. Giappichelli, Turín, 2003

MIRANDA BONILLA Haideer. *Derechos Fundamentales en América Latina*. Ed. Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015.

MIRANDA BONILLA Haideer. *Los nuevos derechos en el constitucionalismo iberoamericano. En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 28 julio a diciembre del 2017. Ed. Porrúa, Instituto Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México.

MIRANDA BONILLA Haideer. *Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional.* En Revista Jurídica IUS Doctrina, volumen 11, número 2, 2018, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho (UCR) en https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/35777/36506

NASH Claudio. *El debate sobre las sentencias estructurales*. En Ámbito Jurídico con el apoyo del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad – Adenauert

– Stiftug. En texto integral del documento puede ser consultado: http://www.kas.de/rspla/es/publications/39615/

NASH ROJAS Claudio, NUÑEZ DONALD Constanza. *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica.* Colección de Derecho Procesal de los Derechos Humanos, número 8, ed. Ubijus, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, México, 2015, p. 136 – 194.

IRINA MEZA Malka, NAVARRO MONTERROZA Angélica, QUINTERO LYONS Josefina. *La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia*, p. 69-80. En Revista Mario Alario D'Filippo, vol. 3, número 1, 2011.

LAMBERT ABDELGAWAD Elisabeth *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo*, p. 355 – 383. En Revista de Derecho Político, número 69, Universidad Estatal a Distancia, UNED, 2007.

LLOBET RODRÍGUEZ Javier. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales*. Ed. Jurídica Continental, San José, 2018.

OSUNA Néstor. *Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia*, p. 91 – 116. En BAZÁN Víctor y STEINER Christian (coordinadores). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales, número 5. Ed. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad – Adenauert – Stiftug, Bogotá. 2015.

QUERALT JIMÉNEZ Argelia. *Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos*, p. 395-424. En Revista Teoría y Realidad Constitucional, número 42, 2018, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho UNED, Madrid.

RODRÍGUEZ María Luisa. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá́, 2005.

RODRÍGUEZ Cesar y RODRÍGUEZ Diana. *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*. Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, p. 25. En https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_758.pdf

ROMBOLI Roberto. *La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental*, p. 35-80. En Revista Española de Derecho Constitucional, año 16, No. 48, ed. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 1996.

ROMBOLI Romboli (a cura di). *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*. Ed Giappichelli, Turín, 2009.

Conflictos entre las prácticas de la DIAN en materia de derecho tributario sancionatorio y las garantías constitucionales básicas: tres estudios de caso.

Conflicts between DIAN's practices concerning tax penalties and basic constitutional guarantees: three case studies

Diego Quiñones Cruz[1]

RESUMEN

Este artículo tiene como propósito analizar la interacción entre el derecho tributario sancionatorio y el derecho constitucional a partir del estudio de tres casos en los cuales el autor examina si las prácticas de la administración tributaria colombiana son compatibles con las garantías constitucionales básicas referentes al debido proceso, el principio de legalidad, y la presunción de inocencia y buena fe. La estructura del texto se encuentra dividida a partir de los tres casos (la sanción por devolución improcedente y el non bis in idem, la sanción por devolución improcedente y el principio de legalidad, y la sanción por inexactitud y la responsabilidad objetiva) y parte del análisis de las normas colombianas, la doctrina constitucional colombiana, y el contraste con normas provenientes de distintas jurisdicciones, tanto de tradición civilista, como del Common Law. La conclusión del autor es que, en los tres casos analizados, las prácticas de la administración tributaria vulneran las garantías constitucionales básicas en lo relativo al principio del non bis idem, al principio de legalidad en su vertiente tipicidad/taxatividad, y al principio de culpabilidad y la presunción de buena fe. Asimismo, se evidencia una contradicción entre las prácticas administrativas y la doctrina constitucional y el derecho comparado.

1 Abogado de la Universidad del Rosario. Doctorado en la Universidad de Oxford. Magister New York University LLM in International Taxation. Especialización New York University APCLB, Advanced Professional Certificate in Law and Business.

ABSTRACT

This article intends to analyse the interaction between tax law in the field of penalties and constitutional law by studying three cases in which the author examines whether the Colombian tax administration's practices are compatible with the basic constitutional guarantees concerning due process, the principle of legality, and the presumption of innocence and good faith. The structure of the text is divided into the three cases (the penalty for wrongful tax refunds and the non bis in idem, the penalty for wrongful tax refunds and the principle of legality, and the inaccuracy penalty and objective responsibility), and relies on an analysis of Colombian rules, Colombian constitutional precedent, and the contrast with the rules present in other jurisdictions, both from the civil law and the common law traditions. The author's conclusion is that, in the three cases analysed, the tax administration's practices breach basic constitutional guarantees concerning the non bis in idem principle, the principle of legality in its dimension of typicity, and the principle of culpability and the presumption of good faith. Furthermore, there is evidence of a contradiction between administrative practices, constitutional precedent, and what is seen in other jurisdictions.

PALABRAS CLAVE

sanciones tributarias, debido proceso constitucional, garantías constitucionales, sanción por inexactitud, sanción por devolución improcedente, Colombia.

KEYWORDS

tax penalties, constitutional due process, constitutional guarantees, inaccuracy penalty, penalty for wrongful tax reimbursements, Colombia.

INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es discutir la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Tributario con relación al sub-campo del Derecho Tributario Sancionatorio en Colombia. Esta discusión se estructura a partir del análisis de tres estudios de caso, dos referidos a la sanción por devolución improcedente y uno a la sanción por inexactitud, en los cuales las prácticas de la Administración tributaria y, en ocasiones, las de la jurisdicción contencioso administrativa, exhiben una posición que, a juicio del autor, choca con los principios constitucionales en materia de las garantías procesales básicas que le asisten a los sujetos frente a los cuales se propone la imposición de una sanción.

Además de las normas del Estatuto Tributario Nacional y la Constitución Política Colombiana y de jurisprudencia seleccionada de la Corte Constitucional, se busca contextualizar la discusión mediante el contraste con normas pertenecientes a diversos ordenamientos, tanto de la tradición del Derecho Civil, como del Common Law. Se busca ilustrar que otros ordenamientos jurídicos han tenido la oportunidad de cuestionarse cuáles son las garantías fundamentales en materia procesal y los principios rectores del ius puniendi que deben aplicarse cuando se pretende imponer sanciones a los contribuyentes, y cómo la respuesta a este interrogante ha influido el texto de los tipos sancionatorios equivalentes a la sanción por inexactitud y a la sanción por devolución improcedente colombianas y, en algunos casos, las normas relativas a los principios aplicables en materia de Derecho Tributario Sancionatorio.

El argumento del autor consiste en que la diferenciación teórica y funcional entre el Derecho Penal y el Derecho Tributario y entre los procesos administrativos y los procesos penales no debería utilizarse como un pretexto para restringir el ámbito de aplicación de las garantías procesales y los principios propios del ius puniendi pues, con independencia del carácter especializado de las normas tributarias, las garantías y principios del ius puniendi tienen una jerarquía superior derivada, no sólo de su relación inescindible con derechos constitucionales plasmados directamente en el texto constitucional o indirectamente a partir del bloque constitucional, sino también del rol esencial que juegan en la materialización del concepto del "Estado de Derecho".

1. La problemática de la sanción por devolución improcedente

a. La sanción por devolución improcedente y el principio del non bis in ídem

En el caso de la sanción por devolución improcedente, el principio del ius puniendi que se está viendo vulnerado es el del non bis in ídem, pues la práctica actual de la administración tributaria consiste en tasar la cuantía de la sanción propuesta de una manera

que implica una acumulación indebida de esta sanción con la sanción por inexactitud. Dice el texto de la norma en cuestión:

> "**Art. 670 Estatuto Tributario. Sanción por Improcedencia de las devoluciones o compensaciones**. Las devoluciones y/o compensaciones efectuadas de acuerdo con las declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios, y del impuesto sobre las ventas, presentadas por los contribuyentes o responsables, no constituyen un reconocimiento definitivo a su favor.
>
> Si la Administración Tributaria dentro del proceso de determinación, mediante liquidación oficial, rechaza o modifica el saldo a favor objeto de devolución y/o compensación, o en caso de que el contribuyente responsable corrija la declaración tributaria disminuyendo el saldo a favor que fue objeto de devolución y/o compensación, tramitada con o sin garantía, deberán reintegrarse las sumas devueltas y/o compensadas en exceso junto con los intereses moratorios que correspondan, los cuales deberán líquidarse sobre el valor devuelto y/o compensado en exceso desde la fecha en que se notificó en debida forma el acto administrativo que reconoció el saldo a favor hasta la fecha del pago. La base para liquidar los intereses moratorios no incluye las sanciones que se lleguen a imponer con ocasión del rechazo o modificación del saldo a favor objeto de devolución y/o compensación.
>
> La devolución y/o compensación de valores improcedentes será sancionada con multa equivalente a:
>
> 1.El diez por ciento (10%) del valor devuelto y/o compensado en exceso cuando el saldo a favor es corregido por el contribuyente o responsable, en cuyo caso este deberá liquidar y pagar la sanción.
>
> 2.El veinte por ciento (20%) del valor devuelto y/o compensado en exceso cuando la Administración Tributaria rechaza o modifica el saldo a favor.
>
> La Administración Tributaria deberá imponer la anterior sanción dentro de los tres (3) años siguientes a la presentación de la declaración de corrección o a la notificación de la liquidación oficial de revisión, según el caso.
>
> Cuando se modifiquen o rechacen saldos a favor que hayan sido imputados por el contribuyente o responsable en sus declaraciones del periodo siguiente, como consecuencia del proceso de determinación o corrección por parte del contribuyente o responsable, la Administración Tributaria exigirá su reintegro junto con los intereses moratorios correspondientes, liquidados desde el día siguiente al vencimiento del plazo para declarar y pagar la declaración objeto de imputación.
>
> Cuando, utilizando documentos falsos o mediante fraude, se obtenga una devolución y/o compensación, adicionalmente se impondrá una sanción equivalente al ciento por ciento (100%) del monto devuelto y/o compensado en forma improcedente. En este caso, el contador o revisor fiscal, así como el representante legal que hayan firmado la declaración tributaria en la cual se

> liquide o compense el saldo improcedente, serán solidariamente responsables de la sanción prevista en este inciso, si ordenaron y/o aprobaron las referidas irregularidades, o conociendo las mismas no expresaron la salvedad correspondiente. (…)"

La práctica que el autor estima vulneratoria de los derechos constitucionales fundamentales en materia de debido proceso consiste en que, para la tasación de la multa descrita en los numerales 1º y 2º del artículo citado anteriormente, la Administración Tributaria ha optado por incluir dentro de la base de la multa aplicable que, según la norma, es el "valor devuelto y/o compensado en exceso", no sólo la diferencia entre el saldo a favor declarado por el contribuyente en su declaración privada y aquel determinado oficialmente por la Administración, sino también la suma correspondiente a la sanción por inexactitud del art.647 del Estatuto Tributario Nacional que, como se discute en la segunda parte de este artículo, en la actualidad desafortunadamente es impuesta prácticamente en todos los casos en los que hay un proceso de determinación oficial del tributo, independientemente de las circunstancias del caso.

Lo que se estima inadmisible, por ser violatorio de los derechos constitucionales fundamentales del contribuyente en materia procesal, es que, habiéndose comprobado los elementos necesarios para la imposición de la sanción por inexactitud, que son completamente distintos en materia, tanto de elementos objetivos del tipo como de elementos subjetivos del tipo, y de causales que niegan la antijuridicidad de la conducta, se pretenda incluir en la dosimetría de la sanción por devolución improcedente no sólo la cuantía que se refiere a la conducta que se asume lesiva y que se pretende castigar con esta sanción, es decir, la cuantía de la devolución y/o compensación indebidamente obtenida, sino también lo correspondiente a la multa administrativa con la que se sancionó al contribuyente que cometió una inexactitud sancionable. Claramente se está aplicando una sanción sobre sanción que castiga al contribuyente, no por haber obtenido una devolución a la que no tenía derecho, que es lo que se esperaría en desarrollo del principio de tipicidad, puesto que la norma establece que esa es la conducta contra legem que se busca penalizar, sino por haber sido hallado culpable de haber cometido una inexactitud sancionable. Es esta práctica la que resulta manifiestamente contraria al principio del non bis in ídem.

Respecto al principio del non bis in ídem y su calidad de derecho fundamental de jerarquía constitucional, basta decir que esta garantía procesal que, más allá de tener algunos matices distintos en diferentes jurisdicciones, es reconocida de manera general, busca proteger la seguridad jurídica y el desarrollo adecuado del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad al asegurarse de que un mismo sujeto no sea juzgado (teniendo en cuenta el texto del art.29 constitucional este vocablo se debe entender como incluyendo los procesos que se surtan ante las autoridades administrativas) más de una vez por la misma conducta en procesos que se ventilen en la misma jurisdicción y con un mismo objeto. El principio deriva su jerarquía de derecho fundamental constitucional de su inclusión explícita dentro del texto del artículo 29 constitucional ("no ser juzgado dos veces por el mismo hecho"), así como dentro de tratados internacionales de derechos humanos que han sido incorporados a la Constitución bajo el bloque de constitucionalidad (este es el caso del numeral 7º del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del numeral 4º del artículo 8 de la Convención Inter-

americana de Derechos Humanos – aunque en este caso la protección es más limitada que la ofrecida por el art.29 de la Constitución). Asimismo, puede afirmarse que el respeto al principio del non bis in ídem, junto con el de las demás garantías procesales que forman el núcleo del derecho al debido proceso, tienen un carácter constitucional implícito derivado de la importancia de estas garantías para materializar el concepto de Estado de Derecho, plasmado tanto en el artículo 1º de la Constitución, como en el Preámbulo de la Carta de Derechos Humanos de la ONU.

Es importante tener en cuenta que lo que se objeta no es la existencia de la sanción por devolución improcedente en sí misma, puesto que puede argumentarse que la conducta por la cual se sanciona al contribuyente en este caso es distinta a la de la sanción por inexactitud, más allá de que haya una asociación natural entre los hechos que dieron lugar a las dos sanciones. En efecto, si bien ambas sanciones parten de la existencia de una obligación tributaria sustancial que se incumplió por parte del contribuyente, de manera que se comprobara - naturalmente, tras un debido proceso de determinación administrativa y, de ser necesario, tras su revisión por parte de la judicatura - que hubo una diferencia entre la obligación declarada por el contribuyente y la obligación liquidada oficialmente que se tradujo en un mayor impuesto a pagar o menor saldo a favor, este evento únicamente se trata de una causa remota, pues se requiere una conducta activa adicional por parte del contribuyente para que se materialice el verbo rector de la sanción por devolución improcedente.

Así, para que se cumpla el elemento objetivo del tipo sancionatorio se requiere que, con posterioridad a la liquidación privada, el contribuyente haya utilizado el saldo a favor que no era jurídicamente viable para solicitar y obtener una compensación y/o devolución tributaria por parte de la Administración. Es esta segunda conducta en la cadena lógica la que se busca castigar, de manera que aún si hubiera ocurrido el primer evento en la cadena (la generación de un saldo a favor al cual no tenía derecho el contribuyente), no se cumplirá el elemento objetivo del tipo sancionatorio siempre que el contribuyente en cuestión no haga uso, así sea de manera parcial, de dicho saldo. Consecuentemente, si el contribuyente arrastra su saldo a favor hacia adelante y lo mantiene incólume como un activo Tributario diferido, no habría conducta sancionable con la sanción por devolución improcedente.

Para ver la autonomía la autonomía funcional de las dos sanciones es importante tener en cuenta que perfectamente puede darse un caso en el cual exista una devolución improcedente sin que hubiera existido una inexactitud sancionable. Así, si el contribuyente había declarado un mayor saldo a favor del que tenía derecho, pero lo hizo sin que existiera ánimo fraudatorio, o en presencia de una diferencia de criterios razonable frente a la Administración, no habría lugar a la sanción por inexactitud, pero igualmente podría existir sanción por devolución improcedente, pues se consideraría que la devolución o compensación que se hubiera basado en ese saldo a favor sería improcedente ya que dicho saldo no era legalmente válido. En este sentido, la violación al non bis in ídem no está en que la sanción por inexactitud conviva con la sanción por devolución improcedente pues, aunque se está ante identidad del sujeto y es la misma autoridad quien impone la sanción y la misma jurisdicción la que la revisa, puede argumentarse que no hay identidad de conducta.

Para ver lo absurdo que resulta pretender incluir en la cuantificación de la sanción por devolución improcedente el monto de la sanción por inexactitud que eventualmente le hubiera sido impuesta al contribuyente es necesario detenerse a considerar que, a diferencia de la sanción por inexactitud, que es un mecanismo exclusivamente punitivo, la sanción por devolución improcedente tiene una dinámica dual que contempla dos objetivos: un objetivo resarcitorio y un objetivo punitivo. Así, el objetivo resarcitorio pretende que a.) Habiendo, concluido el proceso en el cual se determine la existencia de un menor saldo a favor que el declarado por el contribuyente, o mediando una corrección voluntaria en el mismo sentido, se reintegre la suma monetaria correspondiente al "exceso" del saldo a favor que fue objeto de devolución y/compensación, y b.) Que se paguen intereses de mora para que el reintegro en cuestión sea verdaderamente resarcitorio, lo cual implica la compensación de la pérdida de los frutos que el Fisco habría obtenido si el saldo a favor en exceso hubiera permanecido en sus arcas. En contraste, el objetivo punitivo pretende que se castigue al contribuyente que obtuvo una devolución/compensación improcedente con una multa que corresponde a una fracción de la suma que el contribuyente tuvo que reintegrar (es decir, de la suma compensada y/o devuelta "en exceso"). Si bien la sanción por devolución improcedente sí tiene un elemento punitivo, el principio de tipicidad implica que éste no puede escindirse de la conducta que quiere castigarse, la devolución o compensación improcedente. Por lo tanto, incluir en la dosimetría de la sanción a la materialización del objetivo punitivo de la sanción por inexactitud, sin que el texto de la norma haga referencia alguna a esta otra sanción y, por el contrario, recuerde explícitamente que para efecto de los intereses moratorios (uno de los dos ítems resarcitorios) se prohíbe incluir dentro de la liquidación los montos de las sanciones que hubieren tenido lugar en el proceso de determinación de la obligación tributaria, abiertamente vulnera el principio del non bis in ídem, ya que el mismo sujeto se ve penalizado dos veces por una misma conducta (la inexactitud) en procesos llevados a cabo por la misma autoridad con el mismo objeto (punitivo).

El impacto práctico de la violación al non bis in ídem se puede apreciar cuando se observa que el monto de la sanción por inexactitud no corresponde a dinero alguno que el contribuyente haya tenido que reintegrar a la Administración, sino que es una multa administrativa, de una naturaleza totalmente distinta a la obligación tributaria. Así, si se determina que un contribuyente declaró un saldo a favor 100 unidades mayor a lo que tenía derecho a declarar y luego obtuvo una devolución que incluía estas 100 unidades, y que como consecuencia tiene que reintegrar esa suma, más los intereses de mora a los que haya lugar, la sanción además propone que se multe al contribuyente con 20 unidades, pues estima que una fracción del 20% de lo devuelto en exceso (la conducta punible) satisface la función punitiva. Pretender que además se incluya dentro de la sanción las 160 0 100 unidades correspondientes a la sanción por inexactitud (dependiendo de la norma aplicable en el tiempo en desarrollo del principio de favorabilidad), implica una desviación del poder punitivo del Estado que acaba castigando al contribuyente con 52 unidades o 40 unidades, equivalentes al 52% o 42% del monto compensado o devuelto en exceso, cuando el Legislador estimó que el componente punitivo no debía superar el 20% de la cuantificación de la conducta lesiva para el Estado que, se reitera, no es la inexactitud en la declaración (que es objeto de otro proceso sancionatorio con distintas normas y objetivos), sino la obtención de una devolución y/o compensación improcedente.

Para finalizar esta sección resulta interesante acudir brevemente al Derecho Comparado, para constatar que, aunque es relativamente común que en otros ordenamientos jurídicos, tanto de la tradición del Derecho Civil como de la tradición del Common Law, existan sanciones semejantes a la sanción por devolución improcedente, lo que no es común es que estas sanciones se apliquen de manera concurrente al equivalente a las sanciones por inexactitud (sanciones por declaraciones con un menor valor del impuesto declarado), particularmente en lo que se refiere a la cuantificación de la base de la sanción relativa a las devoluciones. Así si bien la Ley General Tributaria (LGT) española contempla la existencia de dos tipos sancionatorios que corresponden a grandes rasgos a la sanción por devolución improcedente colombiana, la infracción tributaria por obtener indebidamente devoluciones (art.193 de la LGT) y la infracción tributaria por solicitar indebidamente devoluciones, beneficios o incentivos fiscales (art.194 de la LGT), ambos tipos sancionatorios contienen lenguaje explícito según el cual la base sancionatoria se refiere al monto de lo indebidamente solicitado o devuelto:

> **"Ley General Tributaria. Artículo 193. Infracción tributaria por obtener indebidamente devoluciones.**
>
> 1. Constituye infracción tributaria obtener indebidamente devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo.
>
> La infracción tributaria prevista en este artículo será leve, grave o muy grave de acuerdo con lo dispuesto en los apartados siguientes.
>
> **La base de la sanción será la cantidad devuelta indebidamente** como consecuencia de la comisión de la infracción. (…)" negrillas fuera de texto
>
> **Artículo 194. Infracción tributaria por solicitar indebidamente devoluciones, beneficios o incentivos fiscales.**
>
> 1. Constituye infracción tributaria solicitar indebidamente devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo mediante la omisión de datos relevantes o la inclusión de datos falsos en autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes, sin que las devoluciones se hayan obtenido.
>
> La infracción tributaria prevista en este apartado será grave.
>
> **La base de la sanción será la cantidad indebidamente solicitada.** (…)" negrillas fuera de texto

Adicionalmente, por si hubiera alguna duda respecto a la no concurrencia de las dos sanciones, el numeral segundo del artículo 194 de la LGT dispone que, en el evento de la solicitud indebida originada en la omisión de datos relevantes o la inclusión de datos falsos, sólo se podrá imponer esta sanción "siempre que, como consecuencia de dicha conducta, no proceda imponer al mismo sujeto sanción por alguna de las infracciones previstas en los artículos 191, 192 ó 195 de esta ley", es decir, el equivalente a la sanción por inexactitud.

Por su parte, en el ordenamiento tributario federal de los EEUU, la sanción por solicitud errónea de devolución o crédito consagrada en la sección 6676 del Código de Rentas Interno (IRC), también incluye lenguaje según el cual se establece una sanción relativa

al haber obtenido una devolución improcedente, pero el texto de la norma es claro en cuanto a que la base de la sanción se refiere al "monto en que la devolución o crédito excede la suma a la que el contribuyente tendría derecho". Veamos la norma:

> **"IRC. Section 6676. a)Civil penalty** If a claim for refund or credit with respect to income tax is made for an excessive amount, unless it is shown that the claim for such excessive amount is due to reasonable cause, the person making such claim shall be liable for a penalty in an amount equal to 20 percent of the excessive amount.
>
> **(b)Excessive amount** For purposes of this section, the term "excessive amount" means in the case of any person the amount by which the amount of the claim for refund or credit for any taxable year exceeds the amount of such claim allowable under this title for such taxable year. (…) "

Para reforzar las objeciones del autor frente a la práctica de la administración tributaria colombiana de incluir dentro del monto de la sanción lo relativo a la sanción por inexactitud, resulta interesante ver que, al igual que la sanción del art.194 de la LGT española, la sanción de la sección 6676 del IRC estadounidense también contiene un apartado específico (literal d) donde se establece que el tipo sancionatorio de la sección 6676 no aplica de manera concurrente respecto a cualquier suma que haya sido objeto de una sanción impuesta bajo el título del Código de Rentas Interno que incluye el equivalente a la sanción por inexactitud (sección 6662). Se cita la norma:

> **"(d) Coordination with other penalties** This section shall not apply to any portion of the excessive amount of a claim for refund or credit which is subject to a penalty imposed under part II of subchapter A of chapter 68."

Del anterior examen comparativo queda claro que las prácticas de la administración tributaria colombiana que aquí son objeto de cuestionamiento, no sólo contradicen las garantías constitucionales básicas de la Constitución Política colombiana, sino que también chocan con lo que se acostumbra a nivel internacional.

b. La sanción por devolución improcedente y el principio de legalidad, vertiente taxatividad

Habiendo visto lo referente a la vulneración de los preceptos constitucionales correspondientes al principio del non bis in ídem a partir de la práctica de la Administración Tributaria de liquidar dentro de la sanción por devolución improcedente la cuantía correspondiente a la sanción por inexactitud impuesta al contribuyente, esta segunda sección del artículo analiza otra práctica administrativa correspondiente a la misma norma (la sanción por devolución o compensación improcedente) que también choca con las garantías básicas de orden constitucional: la pretensión de imponer la sanción por devolución o compensación improcedente antes de que el proceso de determinación oficial de la obligación tributaria haya sido decidido de manera definitiva, cuando los actos administrativos mediante los cuales se determinó oficialmente la obligación (la liquidación oficial) y se dio cierre a la discusión en vía gubernativa (la resolución que resuelve el recurso de reconsideración interpuesto por el contribuyente disconforme) han sido cuestionados frente a la jurisdicción contencioso-administrativa y no se ha producido fallo definitivo acerca de la nulidad de los mismos.

La razón por la cual esta práctica resulta profundamente inconstitucional es porque se pretende ejercer el ius Puniendi y penalizar a un sujeto, no por haber llevado a cabo la conducta descrita en el tipo sancionatorio, sino únicamente ante la alegación por parte de la Administración de que la conducta tuvo lugar, a sabiendas de que dicha alegación bien puede ser controvertida y demostrada falsa como resultado del cuestionamiento en la vía judicial de los actos administrativos donde se argumenta. En ese sentido, se viola el principio de legalidad en su sentido estricto, es decir, en su vertiente de taxatividad, puesto que se pretende utilizar el poder del Estado para castigar a un sujeto por una conducta que no corresponde a la descrita en la ley. La Corte Constitucional ha dicho lo siguiente respecto a la importancia constitucional del respeto al principio de taxatividad como garantía constitucional básica del debido proceso en un Estado de Derecho:

> "si la ley penal puede ser aplicada […] a conductas que no se encuentran claramente definidas en la ley previa, entonces tampoco se protege la libertad jurídica de los ciudadanos, ni se controla la arbitrariedad de los funcionarios estatales, ni se asegura la igualdad de las personas ante la ley…el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad, según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley…sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal" (Corte Constitucional, Sentencia C200 de 2002 (M.P Alvaro Tafur)

Igualmente, la Corte ha afirmado que el principio de legalidad frente al derecho sancionador constituye un garantía para para los sujetos de que el Estado sólo ejercerá su poder de coerción en estricto cumplimiento de la autorizado por la ley y, en ese sentido, de que el control ejercido por las instituciones estatales siempre estará sometido al Estado de Derecho (Sentencia C710 de 2001 M.P Jaime Córdoba Triviño).

Si volvemos al texto de la sanción por devolución o compensación improcedente, está claro que la conducta que se prescribe como punible es la obtención de una devolución o compensación tributaria basada en un saldo a favor que, en derecho, era menor al declarado por el contribuyente. De ahí que la lesividad de la conducta que se pretende castigar radica en el haber obtenido del fisco un pago "en exceso" de lo que este tendría que haber pagado en aplicación del ordenamiento tributario. El punto es que, mientras no haya concluido el proceso de determinación oficial, la obligación tributaria que existe para el mundo jurídico es aquella de la declaración privada, de manera que es un imposible fáctico hablar de una devolución o compensación en exceso hasta que jurídicamente no se haya determinado de manera definitiva que la obligación tributaria era distinta a la declarada por el contribuyente.

En efecto, un ejercicio de hermenéutica revela el silogismo jurídico (si X entonces Y) que encadena lógicamente a este tipo sancionatorio en el cual la premisa (X) es que

exista una situación fáctico-jurídica determinada: Que el saldo a favor que fue objeto de devolución y/o compensación haya sido disminuido. Dicha premisa puede tener dos variantes: Que el saldo a favor haya sido disminuido como resultado de un proceso de determinación promovido por la Administración Tributaria (X1), o que el saldo a favor haya sido disminuido como resultado de una corrección voluntaria de su declaración tributaria por parte del contribuyente responsable (X2). En el caso de la primera variante, se requiere un resultado jurídico (la declaratoria del menor saldo a favor) que, en derecho, sólo puede verificarse cuando el proceso de determinación haya surtido su curso, es decir, cuando los actos mediante los cuales la administración cuestionó el saldo a favor en la declaración privada, estén más allá de todo cuestionamiento. Para que esto ocurra, se requiere que a.) El contribuyente no haya recurrido los actos administrativos en cuestión, b.) Queriendo recurrir, el contribuyente no lo haya hecho dentro del término para hacerlo o no haya cumplido los requisitos del caso, c.) Que habiendo recurrido los actos, el contribuyente no haya iniciado demanda de nulidad y restablecimiento contra los actos administrativos en cuestión, d.) Que, habiendo demandado los actos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la demanda no haya sido admitida y el plazo para interponer la acción haya prescrito, o que e.) Habiendo demandado los actos frente a la jurisdicción contencioso-administrativa, esta los haya confirmado mediante sentencia definitiva y ejecutoriada. Hasta que ocurra alguno de estos eventos (que podríamos llamar premisas menores), no se ha verificado la existencia del evento que da lugar al elemento objetivo del tipo sancionatorio y, en atención al principio de legalidad, en su vertiente taxatividad/tipicidad, no puede aplicarse la consecuencia jurídica (Y), que sería la imposición de la sanción.

Como se explicó en la sección anterior de este artículo, la sanción por devolución o compensación improcedente y el proceso de determinación oficial del tributo tienen una relación lógica que, aunque está mediada por la necesidad de que exista una conducta intermedia que es la solicitud de la devolución o de la compensación, parte de un evento común que es la determinación de la obligación tributaria. La declaración privada del contribuyente se presume correcta y dicha presunción permanece hasta que el ordenamiento haya comprobado que el contribuyente no cumplió con el ordenamiento tributario. Cuando la administración ha formulado glosas frente a la declaración del contribuyente, esa comprobación no ocurre hasta que las glosas hayan sido aceptadas por el contribuyente, hasta que el contribuyente haya perdido la oportunidad de cuestionarlas frente a la jurisdicción, o hasta que la jurisdicción se haya pronunciado de manera definitiva sobre las mismas, aceptándolas, o proponiendo una modificación alternativa. En consecuencia, más allá de que la Administración haya concluido su proceso interno de determinación, la existencia de un saldo a favor menor al declarado por el contribuyente no es una realidad objetiva y el principio de legalidad exige que el juicio de tipicidad ejercido por la autoridad sancionatoria verifique si la realidad del caso corresponde a aquella que el Legislador ha señalado como constitutiva de un hecho punible. El equivalente a permitir que se imponga la sanción por devolución o compensación improcedente cuando la "procedencia" de dicha devolución o compensación está siendo discutida sería admitir que se condene a una persona por el delito de inasistencia alimentaria mientras está pendiente la discusión del proceso de paternidad mediante el cual se pretende afirmar que existe un vínculo filial con el menor supuestamente no atendido, o que se pretenda condenar

a un sujeto por un delito de contaminación ambiental sin que haya concluido el proceso mediante el cual la autoridad ambiental determine que el sujeto vertiera una sustancia contaminante en incumplimiento de la normatividad existente porque el acto administrativo en el cual se tomaba esta determinación está siendo cuestionado frente a la jurisdicción contencioso administrativa.

Si bien el texto de la norma sancionatoria aclara que la devolución o compensación "no constituyen un reconocimiento definitivo a su favor", esto no significa que la obligación tributaria declarada por el contribuyente (con el respectivo saldo a favor) esté en suspenso, sino simplemente que la devolución o compensación puede ser rechazada por la Administración, y que en ese caso no estará definida la situación jurídica (el monto de la obligación tributaria sustancial) sino hasta que concluya definitivamente el procedimiento de determinación tributaria, que es precisamente lo que impide considerar que se ha verificado el elemento objetivo del tipo sancionador antes de que dicho procedimiento haya llegado a término.

2. La problemática de la imposición de la sanción por inexactitud asimilándola a un caso de responsabilidad objetiva

En esta sección se discute un tercer caso donde las prácticas actuales de la administración tributaria, y en ocasiones de la jurisdicción contencioso-administrativa, evidencian un choque entre el derecho sancionador tributario y el derecho constitucional: la imposición de la sanción por inexactitud consagrada en el art.647 del Estatuto Tributario Nacional sin haber examinado la culpabilidad del contribuyente que se pretende sancionar, y descartando de plano la causal de no antijuridicidad referente a la existencia de una diferencia de criterios entre el contribuyente y la Administración respecto a las normas aplicables. A continuación se cita el tipo sancionatorio:

> **"Art. 647. Sanción por inexactitud.**
>
> Constituye inexactitud sancionable en las declaraciones tributarias, siempre que se derive un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente, agente retenedor o responsable, las siguientes conductas:
>
> 1. La omisión de ingresos o impuestos generados por las operaciones gravadas, de bienes, activos o actuaciones susceptibles de gravamen.
>
> 2. No incluir en la declaración de retención la totalidad de retenciones que han debido efectuarse o el efectuarlas y no declararlas, o efectuarlas por un valor inferior.
>
> 3. La inclusión de costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos, inexistentes o inexactos.
>
> 4. La utilización en las declaraciones tributarias o en los informes suministrados a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de datos o factores falsos, desfigurados, alterados, simulados o modificados artificialmente, de los cuales se derive un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente, agente retenedor o responsable.
>
> 5. Las compras o gastos efectuados a quienes la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales hubiere declarado como proveedores ficticios o insolventes.

> 6. Para efectos de la declaración de ingresos y patrimonio, constituye inexactitud las causales enunciadas en los incisos anteriores, aunque no exista impuesto a pagar.
>
> **(…)**
>
> **PARÁGRAFO 2.** No se configura inexactitud cuando el menor valor a pagar o el mayor saldo a favor que resulte en las declaraciones tributarias se derive de una interpretación razonable en la apreciación o interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos"

Si se lleva a cabo una deconstrucción del tipo sancionatorio, se encuentra que el lenguaje del tipo sancionador parte de una combinación de elementos objetivos del tipo referidos a una serie de verbos rectores alternativos como lo son a.) la omisión de factores que darían a impuesto o que integrarían la base gravable; b.) la inclusión de elementos que reducirían la base gravable o el impuesto a pagar que sean inexistentes o inexactos; c.) la no inclusión de retenciones a practicar, su no práctica o su práctica por un monto inferior al debido; d.) la utilización de datos o factores falsos, desfigurados, alterados, simulados o modificados artificialmente, y e.) la inclusión dentro de las declaraciones de compras o gastos a proveedores declarados por la Administración como ficticios o insolventes, con un resultado, la existencia de un menor impuesto o saldo a pagar o un mayor saldo a favor, que no habría existido en ausencia de alguna de las conductas listadas anteriormente por parte del sujeto.

Precisamente en este resultado de disminución de la obligación tributaria sustancial contraria a derecho se encuentra el elemento que revela dónde está la lesividad de la conducta, pues el bien jurídico que se pretende proteger es el patrimonio público, en materia pecuniaria, y la administración pública, en el sentido de que se entienden lesivas las conductas que pretenden engañar a los funcionarios públicos y obstaculizar su ejercicio.

Desafortunadamente, el análisis del tipo sancionatorio llevado a cabo por la administración tributaria frecuentemente encuentra su fin en este punto, puesto que pretende imponer la sanción una vez se ha comprobado la existencia de una conducta activa u omisiva por parte del sujeto que tiene como resultado una determinación de la obligación tributaria sustancial que representa un menor impuesto a pagar o un mayor saldo a favor del que correspondería en derecho.

La razón por la cual no continuar el análisis de las circunstancias del caso antes de decidir si existió responsabilidad del sujeto respecto a la comisión de la conducta sancionable contradice las garantías constitucionales que se erigen como límite frente al ejercicio por parte del Estado del ius puniendi es porque, al no examinar el elemento subjetivo del tipo, y al ignorar o descartar de plano la existencia de causales de no antijuricidad, de hecho se está instituyendo un régimen de responsabilidad objetiva, que resulta contrario tanto al principio de legalidad en su vertiente tipicidad, como a la presunción de buena fe que, en los términos del art. 83 constitucional, debe presumirse respecto a todas las actuaciones de los particulares frente a las autoridades públicas.

Efectivamente, desde las primeras sentencias de la Corte Constitucional en materia de derecho tributario sancionador se estableció que las garantías ofrecidas por

la Constitución en materia de ejercicio del ius Puniendi del Estado también eran de forzosa aplicación en materia de derecho sancionatorio

> *"…los principios del derecho penal -como forma paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplican, con ciertos matices, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado. (…)* los principios del derecho penal se le aplican, *mutatis mutandi, pues las garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se consagran para proteger los derechos fundamentales del individuo y para controlar la potestad sancionadora del Estado*…Por ello la Constitución es clara en señalar que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas." *(*Corte Constitucional de Colombia, sentencia C597 de 1996, M.P Alejandro Martínez Caballero).

A diferencia de lo que, a nuestro juicio, erróneamente ha interpretado la administración tributaria, la doctrina constitucional nunca ha pretendido que las garantías sustanciales procesales básicas sean de aplicación exclusiva del derecho penal, puesto que se entiende que las mismas son un elemento esencial para regular el ejercicio del poder estatal en un Estado de Derecho, siempre que el Estado pretenda hacer uso de su potestad sancionatoria. Cuando la Corte se ha referido a la aplicación matizada de los principios del derecho penal, lo que ha querido es reconocer que el catálogo de garantías procesales siempre será aplicable, pero que la forma en la que las garantías se materializan puede diferir en atención al hecho de que en entre las distintas formas de derecho sancionatorio y el derecho penal hay ciertas diferencias, por ejemplo en materia del umbral probatorio exigible para determinar la responsabilidad (la culpabilidad debe haberse probado más allá de toda duda razonable, mientras que en otras ramas del derecho sancionatorio la evidencia sólo debe demostrar culpabilidad en el balance de las probabilidades – más probable que menos probable), o en materia de los requisitos exigibles para que prescriba la potestad del Estado de iniciar una acción penal (algunos delitos son imprescriptibles) vs. aquellos propios de extinción de la acción sancionatoria tributaria (siempre con un período máximo determinado).

Así, es viable afirmar, y esto es lo que se espera en un Estado de Derecho, que más allá de las diferencias entre las normas penales y las normas de distintas áreas del derecho sancionatorio, siempre habrá un núcleo duro de garantías procesales que son derechos constitucionales fundamentales que deben aplicarse sustancialmente, con independencia de que esta aplicación no sea formalmente idéntica en todos los casos. Precisamente, una de las garantías propias de este núcleo duro, discutiblemente la más básica de todas, es que, en ejercicio del principio de legalidad sólo se puede determinar que un sujeto es responsable de una conducta descrita en un tipo sancionatorio, cuando se ha probado que la conducta realizada por el sujeto fue típica, antijurídica y culpable. Está claro que la existencia de los tres calificativos de la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad, es una necesidad sine qua non para poder derrotar la presunción de inocencia descrita en el art.29 constitucional. Esta exigencia ha sido ratificada por la Doctrina Constitucional:

> "En efecto, por expreso mandato constitucional (C.P. art. 29), las actuaciones administrativas sancionatorias deben regirse bajo los parámetros del debido proceso, por consiguiente, las garantías individuales mínimas que de este

> derecho se derivan deben aplicarse en el ámbito del poder tributario. Por ello la infracción administrativa tributaria requiere de la tipificación legal preexistente al acto que se imputa, de la manifestación clara de la antijuricidad del hecho y de la imputabilidad de la conducta (…) el debido proceso implica la proscripción de la responsabilidad objetiva, toda vez que aquella es "incompatible con el principio de la dignidad humana" y con el principio de culpabilidad acogido por la Carta en su artículo 29…" (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C690/1996 M.P Alejandro Martínez Caballero)

Si bien el texto del tipo sancionatorio no menciona explícitamente la necesidad de comprobar que la conducta omisiva o activa haya sido culpable, sea en modalidad dolosa o en modalidad culposa, debe concluirse que existe un elemento subjetivo del tipo implícito, según el cual se requiere que la conducta haya sido llevada a cabo con el ánimo de defraudar al fisco o, por lo menos, con un grado de negligencia frente al deber objetivo de cuidado propio de la preparación de una declaración tributaria que sea suficiente para desvirtuar la presunción constitucional según la cual el declarante habría actuado de buena fe. Frente a algunos de los verbos rectores consagrados en la norma, por ejemplo, aquellos descritos en el numeral 4º de la norma, está claro que para que hubiera conducta sancionable tendría que comprobarse la existencia de dolo expresado en un *ánimo* fraudatorio, puesto que el propio texto de la norma califica los verbos con adjetivos que únicamente describen fraude, como la inclusión de datos o factores "falsos", "desfigurados", "alterados", "simulados" o "artificiales" en la declaración. En otros casos como por ejemplo la omisión de ingresos o actividades gravadas (numeral 1º), la inclusión de factores que disminuyen la base gravable o el impuesto a pagar (numeral 3º) que sean inexactos, o la no inclusión o inclusión parcial de retenciones (numeral 2º), puede que la conducta haya tenido lugar dolosamente o de manera accidental, por lo que es evidente que sólo debería haber conducta punible si se comprueba la intención por parte del sujeto o una negligencia grave que desvirtúa la buena fe y asemeja la conducta al dolo (culpa lata dolus equiparacetur est).

En efecto, la transposición, constitucionalmente autorizada, de los principios del ius Puniendi consagrados en la legislación penal, hace necesario traer a colación algunos de los criterios axiológicos consagrados en el Código Penal colombiano, según las cuales se proscribe la responsabilidad objetiva (responsabilidad sin haber probado la existencia de culpabilidad) y se exige que para que la conducta sea punible, ésta debe ser típica, antijurídica, y culpable:

> **"Ley 599 de 2000. ARTICULO 9o. CONDUCTA PUNIBLE.** Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.
>
> Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.
>
> **ARTICULO 12. CULPABILIDAD.** Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva."

En palabras de la Corte Constitucional Colombiana (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C597 de 1996, M.P Alejandro Martínez Caballero),

> "La Corte coincide con el actor en que en Colombia, conforme al principio de dignidad humana y de culpabilidad acogidos por la Carta (CP arts *1º y 29), está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva en materia sancionadora (…)* es obvio que en un Estado social de derecho, fundado en la dignidad humana (CP art. 1), no es admisible la responsabilidad objetiva en el campo sancionatorio. Además, el artículo 29 establece con claridad un derecho sancionador de acto y basado en la culpabilidad de la persona, pues dice que nadie puede ser juzgado "sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa" y que toda persona se presume inocente "mientras no se le haya declarado judicialmente culpable (…)"

Por su parte, en la sentencia C690 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se afirmó que:

> "la Corte considera que resulta desproporcionado y violatorio de los principios de equidad y justicia tributarios la consagración de una responsabilidad sin culpa en este campo, por lo cual considera que en este ámbito opera el principio de *nulla poena sine culpa* como elemento integrante del debido proceso que regula la función punitiva del Estado."

Otro de los elementos del texto de la norma que demuestran que no se está frente a una sanción de responsabilidad objetiva, sino frente a una sanción que, como es de esperar bajo nuestro ordenamiento constitucional, exija la comprobación de la responsabilidad subjetiva es el hecho de que la primera frase de la norma explica que se describirán a continuación los eventos en los cuales la inexactitud en las declaraciones tributarias es un evento "sancionable". La consecuencia natural de este lenguaje es que el legislador parte de la premisa de que para que haya conducta sancionable no es suficiente la existencia de un resultado objetivo con relación a la declaración privada (la inexactitud), pues no toda inexactitud es sancionable. Si efectivamente el legislador hubiera deseado que, como lo sostiene la administración tributaria, la mera comprobación de una inexactitud tuviera como consecuencia automática la responsabilidad del sujeto frente a la conducta sancionable, no se entendería el efecto útil del tenor literal de la norma en cuanto a su escogencia de explicar que se describirán cuáles tipos de inexactitud constituyen una conducta sancionable. Verdaderamente, pretender que sólo por el hecho de que haya una discrepancia entre la obligación tributaria sustancial reportada en la declaración privada y aquella determinada oficialmente por la Administración se esté frente a una conducta típica, antijurídica y culpable es tan absurdo como afirmar en un juicio de tipicidad propio del derecho penal que, estando frente a un cadáver, necesariamente hay un sujeto responsable de un homicidio, pues perfectamente puede haber ocurrido una muerte accidental, o puede haber existido una circunstancia que hubiese significado que, aún en presencia de una muerte causada intencionalmente por el sujeto imputado, no existe responsabilidad penal. De ahí que uno de los principios del ius Puniendi, señalado anteriormente en las normas transcritas del Código Penal, es que la causalidad (la existencia de un resultado y la intervención causal del sujeto en su realización), no es suficiente, en sí misma, para que exista conducta punible.

Precisamente en la existencia de circunstancias que niegan la antijuridicidad de la conducta, radica la segunda área en la cual, a juicio del autor, las prácticas de la administración tributaria colombiana chocan con las garantías constitucionales básicas del debido proceso y la presunción de buena fe. En efecto, a pesar de que en el parágrafo segundo del texto del tipo sancionatorio de la sanción por inexactitud se incluyó una causal de no antijuridicidad según la cual no habrá inexactitud sancionable cuando el menor valor a pagar o mayor saldo a favor reportado en la declaración privada sea el resultado de la existencia de una diferencia de criterios entre el contribuyente y la Administración basada en una interpretación razonable de las normas aplicables, en la práctica la Administración tiende a descartar de plano esta causal de no antijuridicidad, argumentando que, esencialmente, únicamente la interpretación sostenida por la administración tributaria es razonable, y que toda interpretación alternativa por parte del contribuyente representa un ejercicio de desconocimiento intencional del derecho aplicable inexcusable.

Descartar de plano la posibilidad de que haya existido una diferencia de criterios en la interpretación de las normas parte de una premisa fundamentalmente equivocada, según la cual las normas tributarias son claras y unívocas, cuando es ampliamente reconocido que las normas tributarias se caracterizan por su textura abierta, su complejidad interpretativa y su ambigüedad, particularmente en lo relativo a las normas de derecho tributario corporativo, donde se hace necesario balancear los textos jurídicos con la aplicación de las normas contables que, bajo el marco de las normas internacionales de información financiera, no se tratan de reglas expresas en su mayor parte, sino de principios que pueden, y efectivamente son, interpretados de manera disímil por los distintos contribuyentes.

Asimismo, ignorar la existencia de esta causal de no antijuridicidad viola directamente el principio de legalidad en su vertiente taxatividad/tipicidad, pues lo que el legislador ha propuesto con la inclusión de esta causal en el tipo sancionatorio es que existen ciertos eventos en los que, más allá de que se presente una diferencia entre la declaración privada y la liquidación oficial en la cual la declaración privada llevaba a un menor impuesto a pagar o mayor saldo a favor, y esta diferencia puede haberse debido a la ocurrencia de los elementos señalados como verbos rectores en el tipo sancionatorio, no existe responsabilidad del contribuyente puesto que la conducta no fue antijurídica. Esto significa que si se impone la sanción, no obstante la presencia de la causal de no antijuridicidad, se estaría castigando al contribuyente por una conducta que el ordenamiento no ha señalado como típica, antijurídica, y culpable, lo cual contradice directamente la garantía constitucional del nullum crimen sine lege previa. Volviendo a la analogía con el derecho penal y el caso del homicidio presentada anteriormente, se puede comparar a la causal de no antijuridicidad por la existencia de diferencia de criterios con cualquiera de las causales de ausencia de la responsabilidad consagradas en el art. 32 del Código Penal. Así, aún en el evento de que se reconozca que hubo un resultado típico (un homicidio), y que el imputado tuvo la intención de que este resultado ocurriera, no habría lugar a responsabilidad penal si se comprueba que el imputado obró en legítima defensa, razonablemente temiendo por su vida y actuando proporcionalmente. Entonces, en el caso de la diferencia de criterios respecto a la interpretación de las normas aplicables, hay un reconocimiento de que hubo un menor

impuesto o mayor saldo a favor declarado, pero que ese resultado no es antijurídico porque está justificado porque el contribuyente llevó a cabo un ejercicio razonable de interpretación y concluyó que las normas tributarias legítimamente conducían al resultado tributario que eventualmente resultó objetado por la Administración. Ciertamente, el menor impuesto a pagar o mayor saldo a favor es un resultado lesivo porque se lesiona el bien jurídico del patrimonio público, pero no hay responsabilidad penal puesto que la diferencia razonable en la interpretación de las normas representa una justa causa para la conducta del contribuyente. Esta exclusión de la responsabilidad se ajusta a lo dispuesto en el art.11 del Código Penal, en el cual se explica cuál es la relación entre las justas causas y la no antijuridicidad de una conducta típica:

> **"Ley 599 de 2000. ARTICULO 11. ANTIJURIDICIDAD.** Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal."

Por supuesto, lo que está exigiendo la causal de no antijuridicidad no es que se excluya la responsabilidad siempre que la diferencia entre la declaración privada y la liquidación oficial provenga de una interpretación disímil de las normas aplicables; en efecto, como lo establece la norma, dicha interpretación debe ser razonable, lo cual significa que se debe demostrar a.) Que se estaba frente a una norma con el suficiente campo interpretativo para que distintos operadores la interpretaran de manera distinta, y b.) Que el contribuyente fue diligente en su ejercicio hermenéutico (p.ej. acudiendo a la opinión de un profesional, o habiendo soportado su interpretación en el precedente judicial, la doctrina de la Administración, o, en general demostrando que se acudió a los métodos hermenéuticos autorizados por la ley (en la ley 153 de 1887) juiciosamente). El problema es que la Administración, y en ocasiones la jurisdicción contencioso-administrativa, no están interesadas en oír las razones del contribuyente ni en evaluar cómo se llegó a una interpretación disímil y qué tan razonable es dicha interpretación.

Al igual que con relación al estudio de caso analizado en la sección previa, se propone en la siguientes páginas un examen de las normas que distintos ordenamientos jurídicos han consagrado respecto a los tipos sancionatorios que buscan castigar la inexactitud en las declaraciones tributarias que conduce a una deficiencia en el monto de la obligación tributaria sustancial (un menor impuesto a pagar o un mayor saldo a favor), así como frente a los principios que deben regir el derecho tributario sancionatorio, con el propósito de demostrar que en la práctica comparada, la imposición de sanciones originadas en la inexactitud tributaria siempre requiere el análisis de la culpabilidad.

En el caso de Francia, el artículo 1729 del Código General de Impuestos consagra un tipo sancionatorio según el cual se castigan las inexactitudes u omisiones en las declaraciones o actos de determinación o liquidación de la obligación tributaria, así como en el caso de las devoluciones improcedentes (a diferencia de Colombia, la devolución improcedente es uno de los eventos que da lugar a la sanción por inexactitud, con lo cual se evitan los problemas señalados en las secciones anteriores de este artículo). Este tipo sancionatorio consagra tres hipótesis de liquidación de la sanción, y en los tres casos el factor común es que para que proceda la sanción debe existir por parte del contribuyente una conducta intencional, con lo cual queda claro que la sanción exige la prueba de la culpabilidad. En la primera de las hipótesis, se impone sanción del

40% cuando hubo una omisión deliberada; en el segundo, la sanción aumenta al 80% cuando se demuestra que hubo "abuso del derecho" (de manera interesante, la sanción se reduce al 40% si se prueba que el contribuyente no tuvo la iniciativa principal de llevar a cabo el acto abusivo o que no fue su principal beneficiario); finalmente, se impone sanción del 80% en caso de maniobras fraudulentas o de simulación. Se cita la norma:

> **"Article 1729** Les inexactitudes ou les omissions relevées dans une déclaration ou un acte comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt ainsi que la restitution d'une créance de nature fiscale dont le versement a été indûment obtenu de l'Etat entraînent l'application d'une majoration de:
>
> a. 40 % en cas de manquement délibéré;
>
> b. 80 % en cas d'abus de droit au sens de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales ; elle est ramenée à 40 % lorsqu'il n'est pas établi que le contribuable a eu l'initiative principale du ou des actes constitutifs de l'abus de droit ou en a été le principal bénéficiaire;
>
> c. 80 % en cas de manœuvres frauduleuses ou de dissimulation d'une partie du prix stipulé dans un contrat ou en cas d'application de l'article 792 bis."

La prohibición del non bis in idem se encuentra en el derecho comparado, no sólo con relación a la sanción por devolución improcedente, sino también frente a otras sanciones tributarias, como las sanciones por inexactitud. Así, en el artículo 1729-0 A del Código General de Impuestos de Francia, se establece expresamente que la sanción del 80% prevista en el artículo no se puede aplicar de manera concurrente con otras sanciones "a razón de los mismos derechos". Dice la norma:

> **"Article 1729-0 A**
>
> II. – L'application de la majoration prévue au I exclut celle des majorations prévues aux articles 1728, 1729 et 1758 à raison des mêmes droits, ainsi que l'application des amendes prévues au 2 du IV ou au IV bis de l'article 1736 ou à l'article 1766."

Por su parte, la legislación española representa un buen ejemplo de un sistema normativo robusto de protección a las garantías procesales básicas en materia de derecho tributario sancionatorio porque las referencias a modalidades específicas de actuación culposa o dolosa en los tipos sancionatorios se combinan con varias normas en las que se establecen principios aplicables para la generalidad de las sanciones que tienen como propósito trasladar las garantías propias del ius puniendi a esta materia.

Así, en el artículo 178 de la Ley General Tributaria se estipula que el poder sancionatorio en materia tributaria debe ejercerse con especial respeto a los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad (culpabilidad), irretroactividad, y no concurrencia. Veamos la norma:

> **"Artículo 178. Principios de la potestad sancionadora.**
>
> La potestad sancionadora en materia tributaria se ejercerá de acuerdo con los principios reguladores de la misma en materia administrativa con las especialidades establecidas en esta ley.

> En particular serán aplicables los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad y no concurrencia. El principio de irretroactividad se aplicará con carácter general, teniendo en consideración lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 10 de esta ley."

Asimismo, de acuerdo al artículo 179 de la misma Ley, que consagra lo que esta norma denomina "El principio de responsabilidad", sólo podrá haber lugar a la imposición de sanciones cuando se compruebe que no existan causales de no antijuridicidad como la fuerza mayor, la ausencia de capacidad, deficiencias técnicas en los programas informáticos de la Administración (este es un caso común en Colombia), cuando los contribuyentes hayan regularizado voluntariamente su situación tributaria, y, de particular importancia por su similitud con la causal de no antijuridicidad por diferencia de criterios propia de la sanción por inexactitud colombiana, cuando el contribuyente haya actuado de manera diligente, lo cual se entiende cumplido cuando se actuó bajo una interpretación normativa razonable, de acuerdo a los materiales de guía publicados por la Administración, o cuando el contribuyente había confiado en la respuesta otorgada por la Administración a otro contribuyente en una situación sustancialmente igual (estas dos últimas hipótesis desarrollan el principio de confianza legítima y protegen la buena fe de una manera que, tras la revocatoria de la provisión equivalente de la ley 223 de 1995 ya no existe en Colombia). Se cita la norma:

> **"Artículo 179. Principio de responsabilidad en materia de infracciones tributarias.**
>
> 1. Las personas físicas o jurídicas y las entidades mencionadas en el apartado 4 del artículo 35 de esta ley podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción tributaria cuando resulten responsables de los mismos.
>
> 2. Las acciones u omisiones tipificadas en las leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria en los siguientes supuestos:
>
> a) Cuando se realicen por quienes carezcan de capacidad de obrar en el orden tributario.
>
> b) Cuando concurra fuerza mayor.
>
> c) Cuando deriven de una decisión colectiva, para quienes hubieran salvado su voto o no hubieran asistido a la reunión en que se adoptó la misma.
>
> d) Cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Entre otros supuestos, se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el obligado haya actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma o cuando el obligado tributario haya ajustado su actuación a los criterios manifestados por la Administración Tributaria competente en las publicaciones y comunicaciones escritas a las que se refieren los artículos 86 y 87 de esta Ley. Tampoco se exigirá esta responsabilidad si el obligado tributario ajusta su actuación a los criterios manifestados por la Administración en la contestación a una consulta formulada por otro obligado, siempre que entre sus circunstancias y las mencionadas en la

> contestación a la consulta exista una igualdad sustancial que permita entender aplicables dichos criterios y éstos no hayan sido modificados. (…)
>
> e) Cuando sean imputables a una deficiencia técnica de los programas informáticos de asistencia facilitados por la Administración Tributaria para el cumplimiento de las obligaciones tributarias.
>
> 3. Los obligados tributarios que voluntariamente regularicen su situación tributaria o subsanen las declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes presentadas con anterioridad de forma incorrecta no incurrirán en responsabilidad por las infracciones tributarias cometidas con ocasión de la presentación de aquéllas. (…)"

Continuando con las garantías propias del ordenamiento español, tenemos que la Ley General Tributaria explícitamente excluye la posibilidad de que haya infracciones tributarias de responsabilidad objetiva, puesto que el artículo 183 de dicha ley explica que las infracciones tributarias deben ser o dolosas o culposas, y que, además, siempre es necesario graduar la lesividad de la conducta para determinar si la infracción fue leve, grave, o muy grave:

> **"Artículo 183. Concepto y clases de infracciones tributarias.** 1. Son infracciones tributarias las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta u otra ley.
>
> 2. Las infracciones tributarias se clasifican en leves, graves y muy graves. (…)"

Así, en el texto de los tipos sancionatorios, por ejemplo, el del artículo 191 de la Ley General Tributaria, que consagra la infracción tributaria por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación (el equivalente a la sanción por inexactitud colombiana), se exige que la conducta se categorice como leve, grave, o muy grave, dependiendo, entre otros factores, de la existencia de distintas modalidades de responsabilidad subjetiva. Por ejemplo, el dolo combinado con la utilización de medios fraudulentos hace que la infracción sea "muy grave", mientras que la "no ocultación" implica que si hay infracción esta sólo puede ser "leve".

La existencia de garantías explícitas frente a la necesidad de analizar la culpabilidad del potencial infractor no es exclusiva de la tradición del Derecho Civil. Así, pasando a una jurisdicción propia del Common Law, el Reino Unido, tenemos que las sanciones por inexactitud se basan en un análisis de la culpabilidad del sujeto bajo el cual puede haber cuatro hipótesis: 1. El sujeto ha actuado de manera diligente (con "cuidado razonable", lo cual significa esencialmente comportarse como se habría comportado una persona prudente y razonable puesta en las mismas circunstancias del sujeto cuya conducta se analiza), caso en el cual no puede haber sanción; 2. El sujeto ha actuado de manera negligente (sin el "cuidado razonable"), en cuyo caso se aplica una sanción que puede ir hasta el 30% del mayor impuesto; 3. El sujeto ha actuado de manera deliberada, en cuyo caso la sanción puede ir hasta el 70% del mayor impuesto, y 4. El sujeto ha actuado de manera deliberada y con ocultamiento, en cuyo caso la sanción puede ir

hasta el 100% del mayor impuesto [2]. Queda claro, entonces, que en el caso del Reino Unido no puede haber sanciones por inexactitud tributaria de responsabilidad objetiva, puesto que siempre se requiere que la conducta haya sido culposa o dolosa (deliberada).

Un aspecto interesante del régimen del Reino Unido es que tampoco habrá responsabilidad sancionatoria cuando el contribuyente pruebe que tuvo una "excusa razonable" para justificar su conducta. Este concepto, que no se encuentra definido en la ley, sino que se ha construido a partir del precedente judicial, varía de acuerdo a las circunstancias propias del sujeto, y juega un rol similar al de las causales de no antijuridicidad descritas en el ordenamiento español. Generalmente se refiere a circunstancias de fuerza mayor, pero en ocasiones también se refiere a no haber podido entender las normas aplicables debido a su complejidad y la falta de experticia del sujeto, o al haber acudido a un agente o profesional que, a su vez, fue quien cometió la conducta sancionable.

Finalmente, en el caso de los EEUU, la sección 6662 del Código Interno de Rentas, según la cual se consagra la sanción por inexactitud que conduzca a una menor obligación tributaria, también evidencia la necesidad de analizar la culpabilidad del sujeto que se pretende sancionar. En el texto del tipo sancionatorio se explica que la sanción del 20% del mayor impuesto a pagar se aplicará frente a eventos de negligencia (definida en el mismo tipo sancionatorio como el no hacer un intento razonable de cumplir con las normas) o desconocimiento (deliberado o culposo) de las reglas y regulaciones, o a instancias de inexactitud "sustancial". Adicionalmente, el tipo sancionatorio establece que la inexactitud no será sancionable cuando hubiera una "autoridad sustantiva" que apoyara la posición tributaria adoptada por el contribuyente, o si se hubiera revelado todos los hechos relevantes y existiese una base razonable para justificar la posición tributaria del contribuyente. Este aspecto de la norma se asemeja a las causales de no antijuridicidad existentes en otras jurisdicciones y a la diferencia de criterios colombiana. Asimismo, el ordenamiento estadounidense diferencia entre los eventos de negligencia o incumplimiento deliberado y los eventos de fraude, pues en este último caso, la sección 6663 del Código Interno de Rentas establece una sanción por fraude del 75% del mayor impuesto (cabe anotar que, para respetar el principio del non bis in idem, la sección 6662 establece que no puede haber concurrencia entre las dos sanciones). Se transcribe las normas a continuación:

> **"IRC. Section 6662. (a)Imposition of penalty** If this section applies to any portion of an underpayment of tax required to be shown on a return, there shall be added to the tax an amount equal to 20 percent of the portion of the underpayment to which this section applies.
>
> **(b)Portion of underpayment to which section applies** This section shall apply to the portion of any underpayment which is attributable to 1 or more of the following: (1) Negligence or disregard of rules or regulations. (2) Any substa ntial understatement of income tax. (…)
>
> This section shall not apply to any portion of an underpayment on which a penalty is imposed under section 6663 (...)
>
> **(c)Negligence** For purposes of this section, the term "negligence" includes any failure to make a reasonable attempt to comply with the provisions

> of this title, and the term "disregard" includes any careless, reckless, or intentional disregard.
>
> **(B)**Reduction for understatement due to position of taxpayer or disclosed item The amount of the understatement under subparagraph (A) shall be reduced by that portion of the understatement which is attributable to—
>
> **(i)** the tax treatment of any item by the taxpayer if there is or was substantial authority for such treatment, or
>
> **(ii)**any item if—(I) the relevant facts affecting the item's tax treatment are adequately disclosed in the return or in a statement attached to the return, and (II) there is a reasonable basis for the tax treatment of such item by the taxpayer.
>
> **Section 6663. (a)Imposition of penalty** If any part of any underpayment of tax required to be shown on a return is due to fraud, there shall be added to the tax an amount equal to 75 percent of the portion of the underpayment which is attributable to fraud. (…)"

Como se puede ver a partir de este repaso del derecho comparado, la imposición de sanciones por inexactitud tributaria sin haber demostrado la existencia de culpabilidad por parte del sujeto choca con lo dispuesto por múltiples ordenamientos jurídicos, tanto de tradición civilista, como del Common Law.

3. Conclusión

A lo largo de este artículo se ha argumentado que en la actualidad hay una serie de prácticas por parte de la administración tributaria colombiana en el ejercicio de su potestad sancionatoria que revelan un peligroso desconocimiento de las garantías procesales básicas que constituyen derechos constitucionales fundamentales de los sujetos frente a los cuales se pretende imponer una sanción. Estas prácticas, referentes a la sanción por devolución improcedente y a la sanción por inexactitud, consisten en a.) la imposición de la sanción por devolución improcedente sin que se haya determinado de manera definitiva que el monto del saldo a favor del contribuyente es menor al declarado por el contribuyente; b.) la inclusión del monto correspondiente a la sanción por inexactitud dentro de la base de liquidación de la sanción por devolución improcedente, y c.) la imposición de la sanción por inexactitud sin analizar la culpabilidad del sujeto y descartando de plano la existencia de una posible diferencia de criterios que excluyese la responsabilidad del sujeto frente a la sanción. Se ha demostrado que estas prácticas no son compatibles con lo que la Doctrina Constitucional ha establecido respecto a los límites de la potestad sancionatoria estatal y que vulneran garantías constitucionales como la prohibición del non bis in idem, la aplicación del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad/taxatividad, y la presunción de inocencia y de buena fe por parte de los particulares en sus gestiones frente a la Administración. Finalmente, se ha ilustrado la discordancia existente entre la forma en la que la Administración impone las sanciones por devolución improcedente y por inexactitud y lo que ocurre frente a sanciones equivalentes en distintos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, donde sí se aplican las garantías procesales que se echan de menos en las prácticas de la DIAN.

CORTE CONSTITUCIONAL
REPÚBLICA DE COLOMBIA