

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Internacional
Público

El derecho al recurso efectivo en la migración: análisis
comparativo en los sistemas regionales de derechos
humanos

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho Internacional Público

Autor:

Ana Maria Fatima del Rosario Rivera Huapaya

Asesor:

Renato Antonio Constantino Caycho

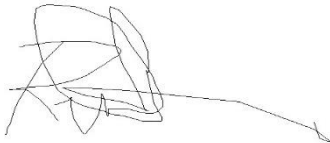
Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, RENATO ANTONIO CONSTANTINO CAYCHO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “El derecho al recurso efectivo en la migración: análisis comparativo en los sistemas regionales de derechos humanos”, del autor(a) ANA MARIA FATIMA DEL ROSARIO RIVERA HUAPAYA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 31%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04/12/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 07 de febrero del 2024

<u>CONSTANTINO CAYCHO, RENATO ANTONIO</u>	
DNI: 46049208	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5721-1541	

RESUMEN

El presente artículo analiza el tratamiento del derecho al recurso efectivo de los migrantes en dos sistemas de derechos humanos: el Sistema Interamericano de Derecho Humanos (SIDH) y el Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH). La importancia de ello se debe a que el derecho a un recurso efectivo es el primer escalón para proteger a las personas migrantes. De hecho, si se vulnera el derecho al recurso efectivo, se cierra las puertas para la protección de los otros derechos como el derecho a la vida, a la integridad física, a no ser torturado, entre otros. En ese sentido, los Estados deben respetar el derecho a un recurso efectivo como un paso mínimo frente a los estándares internacionales sobre migrantes. Sin embargo, el tema se vuelve más complejo, en tanto el derecho al recurso efectivo está compuesto por otros derechos esenciales para su correcta implementación en los procesos legales. En esa línea, hemos optado por el análisis comparativo del derecho al recurso efectivo entre estos dos sistemas regionales de derechos humanos, a efectos de evidenciar sus características, ventajas y desventajas. Finalmente, concluiremos que cada uno de los sistemas ha desarrollado más algunos aspectos en comparación a otros, debido a las propias características de los corredores migratorios en su región.

Palabras clave

Migración – Derecho al recurso efectivo – América – Europa

ABSTRACT

This article analyses the treatment of migrant's right to an effective remedy in two Human Right Systems: The Inter-American System of human rights and the European system of human rights. The importance of this is due to the fact that the right to an effective remedy is the first step to protect migrants. In fact, if the right to an effective remedy is violated, the doors are closed for the protection of other rights such as the right to life, the right to physical integrity, the right to not be tortured, among others. In that sense, States have to respect the right to an effective remedy as a minimum step towards international standards of migrants. However, the issue becomes more complex, since the right to an effective remedy is composed of other essential rights for their correct implementation in the legal processes. On that line, we have chosen the comparative analysis of the right to an effective remedy of both regional systems of human rights, for the purpose of identify their characteristics, advantages and disadvantages. Lastly, we will conclude that each of the systems has developed some aspects compared to others because of the characteristics of each migratory corridor of the region.

Keywords

Immigration – right to an effective remedy – America – Europe

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. EL RECURSO EFECTIVO EN CASOS DE MOVILIDAD HUMANA EN LOS SISTEMAS REGIONAL DE PROTECCIÓN	1
2.1. El concepto universal del derecho al recurso efectivo	1
2.2. Los corredores migratorios en las regiones americana y europea	5
2.2.1. La movilidad humana en los Estados Latinoamericanos y del Caribe.....	5
2.2.2. La movilidad humana en los Estados Europeos	7
3. EL DERECHO AL RECURSO EFECTIVO EN LOS SISTEMAS REGIONALES DE DDHH, EN ESPECÍFICO ANTE EL SIDH Y SEDH	10
3.1. El derecho a ser oído	10
3.1.1. En el SIDH	10
3.1.2. En el SEDH.....	12
3.2. El derecho a contar con un intérprete o traductor	13
3.2.1. En el SIDH	13
3.2.2. En el SEDH.....	14
3.3. El derecho a presentarse ante un tribunal	14
3.3.1. En el SIDH	15
3.3.2. En el SEDH.....	15
3.4. El derecho a tener asistencia legal	16
3.4.1. En el SIDH	16
3.4.2. En el SEDH.....	17
3.5. El derecho a un recurso con efecto suspensivo	18
3.5.1. En el SIDH	18
3.5.2. En el SEDH.....	19
3.6. El derecho a apelar ante un tribunal imparcial	19
3.6.1. En el SIDH	19
3.6.2. En el SEDH.....	20
3.7. La interseccionalidad	20
3.7.1. En el SIDH	20
3.7.2. En el SEDH.....	21
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	23
5. BIBLIOGRAFÍA	25

1. INTRODUCCIÓN

Una persona migrante se encuentra en una situación de vulnerabilidad al migrar de un país a otro, muchas veces de forma no voluntaria. En ese sentido, el derecho al recurso efectivo es la primera pieza en el proceso que comienza una persona migrante en el Estado receptor frente a posibles casos de deportación, devoluciones en caliente u otras prácticas que vulneren sus derechos humanos. En este artículo abordaremos los diversos aspectos que componen el derecho al recurso efectivo, a nivel universal, y posteriormente, usaremos la metodología comparativa para ver el tratamiento de este derecho en dos sistemas regionales de derechos humanos.

A su vez, dicho análisis se realizará considerando los actuales corredores migratorios en América y el Caribe y Europa, así como estableciendo las particularidades de los sistemas regionales en los cuales se dan estas migraciones. Como desarrollaremos más adelante, estos aspectos influyen en cómo el derecho al recurso efectivo es visto y desarrollado por los respectivos tribunales de derechos humanos.

2. EL RECURSO EFECTIVO EN CASOS DE MOVILIDAD HUMANA EN LOS SISTEMAS REGIONAL DE PROTECCIÓN

Esta primera sección está dividida en dos puntos. El primer subpunto va a brindar la definición de recurso al derecho efectivo aceptada por el sistema internacional, es decir entendido desde un ámbito general. En específico, se va a desarrollar la relación de este concepto con los temas de movilidad humana. El segundo subpunto, a su vez, va a brindar el contexto y las características de los movimientos migratorios en dos regiones del mundo: en América Latina y el Caribe y en Europa. De ese modo, se podrá identificar sus principales diferencias en cuanto al trato de migrantes.

2.1. El concepto universal del derecho al recurso efectivo

El derecho al recurso efectivo se encuentra consagrado en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH), el cual

menciona que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” (Asamblea General de Naciones Unidas, 1948).

Ahora bien, antes de determinar el contenido de este derecho, consideramos pertinente mencionar su recorrido histórico. De hecho, el mencionado instrumento recoge lo ya mencionado por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, DADH) (Dávila Pérez, 2015, p. 238), es decir desde un instrumento jurídico americano. Del mismo modo, la DADH toma en cuenta lo mencionado por el amparo de México, el cual prevé la posibilidad de un procedimiento breve (Dávila Pérez, 2015, p. 240-241).

Teniendo en cuenta el origen de este derecho, consideramos pertinente mencionar la naturaleza de las políticas implementadas por ambas regiones en el marco de la movilidad humana. De hecho, las dos regiones que vamos a analizar en el presente trabajo tienen dos visiones diversas, pues tenemos “en Europa, la respuesta militar en el mediterráneo (...), mientras que en América Latina las medidas de control reforzado adoptados en distintos países de esta región durante el 2019 (...)” (Blouin & Zamora, 2019). Pues bien, podemos evidenciar que las políticas migratorias de los Estados, si bien han sido desarrolladas en dos regiones distintas, comparten rasgos en común. De hecho, dichas políticas se han basado sobre la base de la securitización de los Estados, es decir su propia seguridad, dejando de lado los derechos de aquellos que deciden migrar (Hernández, 2020, p. 42). En ese sentido, podemos evidenciar ciertos patrones en común en cuanto a las políticas migratorias y como veremos más adelante, los mismos influyen en el tratamiento de los derechos, más aun en el caso del derecho al recurso efectivo.

Asimismo, en cuanto al propio contexto de movilidad humana hay dos aspectos esenciales que debemos considerar: (i) la situación de vulnerabilidad de los migrantes (ii) y los derechos conexos que son vulnerados antes, durante y después de la migración.

En cuanto al primer elemento, los migrantes, y en específico los migrantes irregulares, se enfrentan a peligros durante todo el trayecto de la migración y

hasta llegar al Estado receptor. En específico, el relator Felipe Gonzáles comenta que “las prácticas de devoluciones en caliente, contribuyen a casos de maltrato físico, violencia sexual y de género y privación de las necesidades vitales” (ONU, 2021, párr. 46). Ello ya da un breve indicio de la interseccionalidad en cuanto a temas de mujeres migrantes y migrantes que pertenecen a la comunidad LGBTI, tema que va a ser desarrollado en el tercer acápite del artículo.

En cuanto al segundo elemento, lo cierto es que los migrantes ven vulnerados sus derechos de la vida e integridad, en específico por eventos como la trata de personas o tortura, siendo que muchas veces ello es permitido por el Estado receptor. Un ejemplo de ello es el caso de los migrantes bielorrusos en territorio de Letonia, país que optó por no seguir los principios internacionales de migración, como el principio de no devolución (Amnistía Internacional, 2022).

Este es solo un ejemplo de los diversos casos que enfrentan los migrantes en países por todo el mundo. Ahora, en caso los migrantes deseen hablar sobre su caso, acceder a un proceso nacional que les garantice sus derechos, apelar sobre casos en los que se les niegue el asilo, entre otros temas, requieren del goce y de la eficacia de un derecho humano; este es el caso del derecho a un recurso efectivo. Como desarrollaremos en la siguiente sección, este derecho es esencial en el caso de migrantes, más aún en el marco de posibles detenciones y/o deportaciones.

Recordemos que el relator Felipe Gonzáles ha indicado que “todos los migrantes, independientemente de su situación migratoria, tienen derecho a la protección del marco de derechos humanos, sin discriminación alguna” (ONU, 20, párr. 43). Es decir, sin importar si el migrante es irregular o no, se debe velar por sus derechos; y el primer paso para ello, es que el Estado receptor garantice un recurso efectivo.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, es importante resaltar el rol del Sistema Universal de Derechos Humanos (en adelante, SUDH) para saber qué se entiende por recurso efectivo en la normativa, artículo 8 del DUDH. Además, qué es lo que mencionado en las oficinas, comisiones y órganos de las Naciones Unidas en relación a los lineamientos de cómo interpretar al derecho a un recurso efectivo.

Además, el SUDH ha establecido la importancia de realizar un análisis de las migraciones desde un enfoque de derechos humanos y de interseccionalidad. Ello se evidencia por ejemplo en la Observación General N 6 (2005) y en la Observación General 12 (2009), ambos del Comité de los Derechos del Niño (en adelante, CDN). Por ejemplo, en la Observación General 12 se menciona que “(...) debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes (...)” (CDN, 2009, párr. 21). Con dicha afirmación se reconoce que la obligación del Estado aumenta en el caso de niños migrantes, pues tienen una doble característica: ser niño y ser migrante.

Por último, es importante resaltar que ha habido esfuerzos para realizar un pacto global sobre la migración, este es el caso del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (en adelante, el Pacto Mundial) (2018). El objetivo 21 del Pacto Mundial, estipulado en la Resolución A/RES/73/195 de la Asamblea de la ONU, establece que los Estados se comprometen a “garantizar el debido proceso, la evaluación individual y vías de recursos efectivos” (ONU, 2018, párr. 37). Siendo ello así, volvemos a remarcar la importancia de este derecho para garantizar una política migratoria que vele por los derechos humanos de las personas migrantes. Mas aun teniendo en cuenta que se puede visualizar el intento de cooperación entre los 164 Estados que aprobaron dicho acuerdo (Ruiz, 2022, p. 14).

Asimismo, en el Pacto Mundial se resalta que su labor y misión debe centrarse también en la migración desde “un enfoque de perspectiva de género y de perspectiva infantil” (ONU, 2018, párr. 15). Ello denota la importancia del análisis del contexto de migración, el cual debe tener en cuenta el enfoque interseccional, tema que se va a desarrollar en el acápite 3.7.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, podemos concluir que el derecho al recurso efectivo es vital para los casos de las personas migrantes. Además, si bien hay políticas migratorias contrarias a los derechos de esta población, el contenido del derecho al recurso efectivo se ha desarrollado de forma universal. Por último, podemos evidenciar que se han considerado aspectos de la interseccionalidad para complementar este derecho, a fin de ir acorde con lo que sucede en la práctica.

2.2. Los corredores migratorios en las regiones americana y europea

A efectos del presente trabajo, consideramos pertinente resaltar el fenómeno de movilidad humana, en el marco de cada región mencionada. En ese sentido, se expondrá las características generales de cada corredor migratorio, con la finalidad de determinar las diferencias que existen entre ellos.

2.2.1. La movilidad humana en los Estados Latinoamericanos y del Caribe

En el marco del sistema interamericano, la movilidad humana se caracteriza por tener carácter intrarregional. Ahora bien, “la migración intrarregional es aquella que se realiza entre naciones reconocidas como parte de un mismo espacio que comparte similitudes históricas, culturales o políticas y se (...) reconoce como región” (Cortez, 2017, p. 127). Con la mencionada definición, debemos tener presente que Latinoamérica y el Caribe son territorios que presentan algunas características en común. De hecho, un ejemplo de ello es la creación de la figura del asilo latinoamericano, figura que fue reconocida en la Opinión Consultiva OC-25/18 sobre la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección; y que como bien desarrolla el documento, la figura está más ligada al aspecto político (CORTEIDH, 2018, párr. 112).

Entre los años 2015 y 2019, y como consecuencia de los casos de los migrantes venezolanos y haitianos se pudo visualizar un cambio en los movimientos migratorios de Latinoamérica, pues se pasó de una región de emigración a una región que estaba caracterizada por la movilidad intrarregional (Inter-American Development Bank, 2021, p. 5). Es decir, hubo un incremento de personas provenientes de un estado latinoamericano que prefirieron migrar a otro Estado de la misma región, antes que a un Estado de otro continente.

De hecho, un motivo para la migración intrarregional se debe a las “diferencias económicas que se observan en cada uno de los países que componen esta región” (SICREMI, 2017, p. 61). Considerando dicho factor, podemos concluir que los migrantes latinoamericanos tienen un mayor incentivo para migrar a países donde pueden encontrar mayor estabilidad económica y que se encuentren en la cercanía de su país natal.

Asimismo, es importante considerar la influencia de los espacios comunes de cooperación como es el caso del Acuerdo de Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, el cual facilita la migración y la residencia entre nacionales de los Estados parte (2002, artículo 4).

Ahora, es importante resaltar que esta migración interregional es aún más fuerte en el caso de los migrantes de Latinoamérica o el Caribe que optan por migrar a Estados Unidos. De hecho, dicho Estado atrae “a un 70% de quien dejaron la región, con una cifra que, solo en 2018, alcanzó los 794 000 inmigrantes latinoamericanos y caribeños” (Inter-American Development Bank, 2021, p. 28). En ese sentido, EEUU es uno de los países de destino y para ello, los migrantes deben cruzar otros países latinoamericanos. En ese contexto, hay veces que van a lograr llegar a su destino, pero otras veces van a optar por quedarse en los países de tránsito, debido al cansancio, lejanía, dinero, entre otros factores.

En la misma línea, en el marco de la migración centroamericana, los migrantes de dicha región tienen mayores “facilidades para los procesos de inserción en las sociedades de acogida” (Cortes, 2017, p. 131). Es decir, otros incentivos para migrar a un estado dentro de la misma región son la facilidad de acceso y la posibilidad de acostumbrarse a otro Estado.

Sin embargo, a pesar de todos estos incentivos, los migrantes se encuentran frente a numerosos obstáculos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CORTEIDH) en el caso *Vélez Loor vs Panamá*, menciona que “los prejuicios culturales acerca de los migrantes permiten la producción de las condiciones de vulnerabilidad dificultando la integración de los migrantes a la sociedad” (CORTEIDH, 2010, párr. 98). En otras palabras, los migrantes por el solo hecho de ser migrantes pueden ver transgredidos sus derechos, más que cualquier otra persona que no se encuentra en su misma situación.

Frente a dichas circunstancias, podemos observar que el SIDH, a través de la jurisprudencia de la CORTEIDH, ha establecido lineamientos y principios, a efectos de que los Estados puedan implementar medidas acordes a la realidad de los migrantes. Dichos estándares van a ser exployados en la tercera sección del presente artículo

2.2.2. La movilidad humana en los Estados Europeos

En cambio, en el marco de la región europea, la movilidad humana se caracteriza por ser extraterritorial, es decir lo contrario a la definición de migración intrarregional (contraria a aquella latinoamericana).

A efectos de determinar el carácter extrarregional, es preciso resaltar la importancia de la Unión Europea y su influencia en el sistema europeo de derechos humanos (en adelante, SEDH), pues ello determina la convergencia del derecho europeo comunitario con el derecho europeo de los derechos humanos. Dicho análisis va a ser mayor detallado en la siguiente sección; sin embargo, hasta este punto es importante recordar la conexión de ambos instrumentos jurídicos.

Antes de pasar a más detalles sobre los corredores migratorios europeos, vamos a brindar un breve contexto del origen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), así como sus visiones. Por un lado, el aspecto centro del TEDH “es el ámbito (...) de su objeto material, esto es, exclusivamente la protección de los derechos reconocidos en el texto del Convenio y sus protocolos” (López, 2017, p. 163). En otras palabras, su objetivo es la protección de derechos, en específico de derechos humanos.

En el marco de migración, el TEDH ha fallado por la vulneración de derechos de los migrantes, como en el *caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (TEDH, 2012, párr. 185); sin embargo, también ha tenido fallos, como en el caso *N.D. y N.T. c. España*, donde denegó la vulneración de alguno de sus derechos de los migrantes bajo el argumento de que ellos mismos “se pusieron en situación ilegal” (TEDH, 2020, párr. 242).

Por otro lado, el TJUE se creó en el marco de la Unión Europea, y “(...) tiene por objeto materias de muy distinta índole (sociales, económicas, de relación exterior) (...)” (López, 2017, p. 164). Por tanto, su ámbito de aplicación, así como su objetivo de creación es totalmente diverso a los del TEDH, pues es relativamente más amplio. Sin perjuicio de ello, tiene una conexión con los Derechos Humanos, lo cual se plasma en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (preámbulo).

En este punto, debemos precisar dos aspectos: (i) la diferencia de estándar en cuanto a la nacionalidad de los migrantes (ii) la importancia de la zona Schengen para el TEDH y TJUE, el cual es “el espacio que garantiza la libre circulación a más de 400 millones de ciudadanos de la UE” (Comisión Europea, s/f). Primero, los fallos en caso de migrantes que provenientes de África Subsahariana tienen menos fallos que protegen sus derechos, y en caso los hubiera, el estándar para su protección se debilita. Ello se demuestra en lo dispuesto en el *caso ND y NT contra España*, en el cual se deniega la vulneración de los derechos de los migrantes, bajo la justificación de que no podía haber vulneración si es que los demandantes habían ocasionado su propia situación precaria (TEDH, 2020, párr. 231).

En cambio, en caso de migrantes que son de la misma región europea, el estándar de protección aumenta. Un ejemplo de ello es el caso de Reino Unido que “adoptó además la política de expulsar a personas solicitantes de asilo de Reino Unido y enviarlas a Ruanda en aplicación de un memorándum de entendimiento (...)” (Amnistía Internacional, 2022, p. 372). Frente a dicho suceso, el TEDH intervino por medio de una cautelar solicitada por el demandante K.N. (Paone, 2022). En principio, el TEDH no tenía que haber intervenido, pues el Reino Unido, como Estado, se encuentra obligado a cumplir con lo dispuesto tanto en el CEDH como en el SUDH en lo concerniente a migraciones. Siendo ello así, podemos concluir que hay Estados que optan por darle la vuelta a los estándares internacionales, incluso con la creación de legislación y normativa nacional.

Segundo, un punto de relación entre el TEDH y el TJUE, que hemos evidenciado es el tema de la zona Schengen. Este se originó luego de la firma “(...) del acuerdo de Schengen, por el que se abolieron los controles fronterizos internos de los Estados miembros de la UE participantes” (TEDH et al, 2020, p.23). En otras palabras, este es un espacio diverso en el cual los nacionales de los Estados partes pueden moverse con mayor libertad. En esa línea, hay medidas estatales que “asumen por tanto (...) la localización en su territorio, o el rechazo de refugiados e inmigrantes en general que provienen de otros Estados” (Del Valle, 2020, p. 164). En otras palabras, mientras que las fronteras internas parecen quebrarse al haber libre movimiento, las fronteras externas se

refuerzan, hasta el punto de perjudicar a los migrantes y refugiados. Esta es la característica base de la zona Schengen y de la UE en general: la dualidad respecto a su normativa se da en base hacia quien se dirige.

De hecho, los Estados prefieren usar el argumento de que defienden las fronteras del espacio Schengen para incumplir con estándares internacionales de los migrantes. En el *caso N.D. y N.T. contra España*, el gobierno demandando indicó que “como Estado soberano perteneciente a la Unión Europea y que forma parte exterior de Schengen, (...) tenía el deber de proteger (...) sus fronteras. Por lo tanto, ese deber (...) constituía una responsabilidad hacia la Unión Europea en su conjunto” (TEDH, 2020, párr. 131). Es decir, el Estado no aceptaba su responsabilidad y más bien alegaba que se tenía que tomar en cuenta al derecho comunitario europeo. En ese sentido, consideramos que dicha alegación puede terminar siendo arbitraria.

Aparicio afirma que “(...) ante la fragilidad de los mecanismos de exigibilidad del sistema de protección universal de los derechos humanos, toda mutación regresiva del derecho del asilo determina un drástico debilitamiento de dicho sistema en su conjunto” (Aparicio, 2023, p. 949). Considerando lo antes mencionado, podemos concluir que todo fallo es esencial para la protección de los derechos de los migrantes. En ese sentido, el estándar de protección debe ser igual para todos, sin importar de donde provengan (bajo el principio de no discriminación).

Asimismo, es importante resaltar que si bien existe una convergencia entre el TEDH (que representa el SEDH) y el TJUE (que representa el derecho comunitario europeo), ambos son instituciones diferentes. Es por ello que, para efectos de este ensayo, vamos a centrarnos en el TEDH, es decir en los Estados que pertenecen a la CEDH; en tanto consideramos que de ese modo podremos lograr un análisis lineal con la CORTEIDH. En otras palabras, vamos a centrarnos en los sistemas regionales de derechos humanos. Sin perjuicio de ello, mencionaremos algunas directivas de la UE a modo de brindar un mayor contexto al análisis, en tanto el TEDH y la UE tienen una jurisdicción casi en el mismo territorio, con excepción de algunos Estados. En ese sentido, si bien hemos usado algunas directivas del UE a modo de complementariedad, las

mismas no van a ser utilizadas para todos los casos pues los Estados parte entre el CEDH (del SEDH) y la UE no son los mismos.

3. EL DERECHO AL RECURSO EFECTIVO EN LOS SISTEMAS REGIONALES DE DDHH, EN ESPECÍFICO ANTE EL SIDH Y SEDH

Esta segunda sección abordará los aspectos que, a nuestro criterio, forman parte del derecho al recurso efectivo. Estos son: (i) el derecho a ser oído, (ii) el derecho a contar con un intérprete o traductor (iii) el derecho a presentarse ante un tribunal (iv) el derecho a tener asistencia legal y gratuita (v) el derecho a apelar ante un tribunal imparcial (vi) el derecho a un recurso efectivo suspensivo. Asimismo, en un (vii) punto, hemos considerado pertinente analizar el elemento de interseccionalidad, el cual se evidencia en la práctica de forma continua.

En específico, cada aspecto mencionado va a ser desarrollado en dos subpuntos, los cuales coinciden con los dos sistemas regionales de derechos humanos que hemos propuesto para el análisis: el SIDH y el SEDH. En esa línea, consideremos que emplear el método comparativo entre ambos sistemas permitirá establecer las semejanzas y/o diferencias que existen en cada uno de los mencionados derechos. De ese modo, podremos determinar cuál sistema cumple de forma más íntegra con el derecho de las personas migrantes.

Además, debemos precisar que haremos uso de los textos legales de la CORTEIDH y TEDH, así como de la doctrina y jurisprudencia pertinente, a efectos de establecer los derechos que componen el derecho al recurso efectivo en contextos de movilidad humana.

3.1. El derecho a ser oído

Consideramos que este derecho es importante en temas de movilidad humana, en razón a la propia realidad de los migrantes.

3.1.1. En el SIDH

En principio, a miras de lograr el objetivo del presente trabajo, consideramos importante establecer nuestra postura sobre la relación del artículo 8 (debido proceso) y el artículo 25 (protección judicial) de la CADH.

Ahora bien, consideramos que la interpretación conjunta de los mencionados artículos es indispensable en el caso de movilidad humana, pues de esa forma se puede lograr una protección integral de esta población. Como hemos visto en el primer acápite, los migrantes se enfrentan a numerosos riesgos en sus travesías a través de los corredores migratorios. Además de ello, una vez que llegan a un Estado receptor, se encuentran con prácticas que le impiden el acceso al territorio (devoluciones en caliente) o con límites administrativos y legales que vulneran sus derechos (trámites engorrosos o que no siguen los lineamientos del DIDH).

En el caso *Familia Pacheco Tineo vs Estado Plurinacional de Bolivia*, se menciona que “el derecho a buscar y recibir asilo (...) leído en conjunto con los artículos 8 y 25 (...), garantiza que la persona (...) sea oída por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías (...)” (CORTEIDH, 2013, párr. 154). En ese sentido, vemos que hay una tendencia por interpretar ambos artículos como un conjunto en caso de tratarse de temas de movilidad humana, más aún si el migrante solicita una protección como el refugio. En consecuencia, creemos que una interpretación conjunta del artículo 8 y del artículo 25, es la forma más idónea para proteger los derechos de las personas migrantes.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, vamos a establecer el contenido del derecho a ser oído. En el caso *Barbari Duarte y otros vs Uruguay*, la CORTEIDH establece que el mismo tiene dos subpuntos. El “ámbito procesal [que se encarga] de asegurar el acceso al órgano competente (...) y el ámbito material que implica que (...) la decisión (...) satisfaga el fin para el cual fue concebido” (CORTEIDH, 2011, párr. 122). En otras palabras, que el migrante sea escuchado significa que debe ser capaz de presentar las pruebas de su caso en el momento oportuno. En ese sentido, estos criterios son esenciales para el caso de los migrantes, por lo que no queda duda de que la CORTEIDH tiene en consideración el cumplimiento de esta garantía para determinar la responsabilidad de un Estado.

Ahora bien, un motivo esencial para el cumplimiento del derecho a ser oído es su conexión que existe con la deportación. El párrafo 2 del principio 72 elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) dispone que “los procesos de deportación o políticas de retorno directo son

contrarios a las garantías del debido proceso, en cuanto privan a los migrantes del derecho a ser oídos, (...) e impugnar su expulsión o deportación” (CIDH, 2019, pág. 26). En ese sentido, es esencial que los migrantes sean escuchados, a efectos de conocer su situación y realidad. En caso de que los mismos sean expulsados o deportados, sin haber sido previamente oídos, se configuraría una vulneración del derecho del migrante y el Estado receptor incurriría en responsabilidad internacional.

A su vez, la Relatoría Especial sobre trabajadores migratorios de la CIDH reconoce que el derecho a ser oído se encuentra ligado con el derecho de traducción e interpretación del idioma, pues solo así la persona que migra va a comprender el proceso al cual se enfrenta (CIDH, 2000, p.29). Dicho derecho va a ser mayor abordado en el próximo acápite, sin perjuicio de ello, es importante resaltar la interacción entre los derechos que forman parte del derecho a un recurso efectivo.

Con lo anteriormente mencionado, podemos concluir que en el marco del SIDH, el derecho a ser oído se encuentra regulado y desarrollado de forma coherente.

3.1.2. En el SEDH

En este sistema regional, el derecho a ser oído no se encuentra propiamente regulado en el CEDH, o al menos no alcanza a tener el desarrollo que hay en el SIDH. Sin embargo, dicho vacío es llenado por el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, cuando estipula que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable” (Parlamento Europeo, Comisión de Europea y Concejo de Europa, 2000). Sobre la base del principio de igualdad y no discriminación, el término “equitativo” da paso a tomar en cuenta a los extranjeros, y no solo a los nacionales. En ese sentido, así como mencionamos en el primer acápite, podemos observar la interrelación que existe entre el TEDH y la UE; de hecho, en dicho caso, podemos resaltar el rol de complementariedad entre ambos.

Además, hay que precisar que, si bien en el CEDH no se regula propiamente el derecho a ser oído, se regula el derecho al recurso efectivo (artículo 13). En esa línea, la guía para el mencionado artículo establece que en casos de movilidad humana se hace uso del artículo 13 del CEDH, pero no del artículo 6 del mismo

instrumento jurídico (Consejo de Europa, 2022, párr. 121). En ese sentido, para procesos internos se van a tomar en cuenta ambos artículos en conjunto, lo cual no sucede en migraciones. Ello podría demostrar un indicio de menor protección; sin embargo, “la propia esencia de un «recurso» a los fines del artículo 13 debe conllevar un procedimiento accesible” (TEDH et al, 2020, p.176). En otras palabras, si bien no se van a seguir los lineamientos e interpretaciones del artículo 6 *per se*, lo que importa es garantizar el acceso a recurso efectivo, tema que va más allá de la materia del caso.

Con todo ello, podemos concluir que en el SEDH se tiene bien claro la importancia de garantizar el derecho a un recurso efectivo.

3.2. El derecho a contar con un intérprete o traductor

El mencionado derecho está relacionado con el derecho a ser oído, puesto que los migrantes pueden o no hablar el mismo idioma que el país de acogida.

3.2.1. En el SIDH

El mencionado derecho se encuentra estipulado en el inciso a de la CADH. Ahora bien, en *Vélez Loo vs Panamá* se detalla que “los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos, y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de particular vulnerabilidad” (CORTEIDH, 2010, párr. 152). Debemos recordar que algunos de los motivos centrales para migrar se deben a factores sociales, económicos y políticos, por lo que, muchas veces los migrantes ya se encuentran en una situación de desprotección y no en las mejores condiciones físicas ni mentales. En esa línea, conseguir apoyo y asesoramiento en su idioma puede resultar ser de gran apoyo emocional, lo cual influye en su confianza al momento de enfrentar un proceso en un país del cual no son nacionales.

Agregado a lo anteriormente mencionado, el hecho de tener un intérprete facilita que el migrante “pueda acceder a la justicia en condiciones de igualdad” (Salmón y Blanco, 2012, p. 264). En ese sentido, va a poder comprender las leyes del país receptor, así como el procedimiento que se debe realizar para solicitar una mayor protección; logrando así un efectivo acceso a la justicia.

Es decir, en este sistema regional, se protege el derecho a contar con un traductor, el cual va de la mano con el derecho a la asistencia de un letrado; ambos en conjunto, logran la efectividad del acceso a un recurso efectivo.

3.2.2. En el SEDH

El propio CEDH no regula este derecho, pues el derecho a un intérprete se encuentra regulada en el 3e del artículo 6, y como hemos mencionado previamente, este artículo no se usa para casos de movilidad humana. Sin embargo, este vacío normativo es llenado por la jurisprudencia del TEDH, el cual en el caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, señala que no tener los intérpretes y traductores necesarios configura una transgresión al derecho al recurso efectivo (TEDH, 2011, párr. 301). Además, el artículo 8.1. de la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (en adelante, Directiva 2013/32/UE) señala la importancia de este servicio en caso de solicitar asilo (Parlamento Europeo & Consejo Europeo, 2013). Es decir, a la falta de la normativa en la materia, característica que se puede evidenciar en el SEDH, hay otras herramientas que complementan los lineamientos bases sobre migración, lo cual nos lleva a concluir que este derecho es reconocido en el SEDH y debe ser protegido.

Ahora bien, la complejidad del caso se debe a que, a diferencia de la región latinoamericana y el Caribe donde el español suele ser el idioma más hablado, las circunstancias no son las mismas en la región europea. Al menos en la UE hay “24 lenguas oficiales” (UE, s/f), ello solo contando a los países miembros del área. Ahora bien, como hemos mencionado en el primer acápite, la migración en Europa suele ser extrarregional, es decir la mayoría de migrantes viene de otros países, siendo los países africanos los que tienen más alta emigración hacia Europa. En esa línea, en la práctica es mucho más complicado asegurar el derecho a un intérprete en la lengua del migrante y, por tanto, es más probable que este derecho se vea vulnerado.

3.3. El derecho a presentarse ante un tribunal

El mencionado derecho permite la protección de los derechos de las personas migrantes ante un órgano que interpreta la ley pertinente.

3.3.1. En el SIDH

Dicho derecho se encuentra regulado en el artículo 8.1 de la CADH, el cual estipula que “el juez o tribunal competente, independiente e imparcial” (OEA, 1969). De ese modo, se evita la arbitrariedad en los casos y se propicia un proceso que siga los lineamientos adecuados.

Ahora bien, en el *caso del Tribunal Constitucional vs Perú*, se establece que este derecho “se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas” (CORTEIDH, 2001, párr. 71). En otras palabras, el ámbito se extiende a diversos poderes, más allá del judicial, lo cual conlleva a una protección más amplia en el SIDH.

A nuestro criterio, el hecho de que en la normativa se establezca lineamientos bases para identificar al tribunal (o juez) que vea el caso es un buen indicio de que se está velando por la neutralidad e imparcialidad. Dichos aspectos son esenciales en caso una de las partes sea un migrante, pues, como hemos señalado en la sección anterior, esta persona se encuentra en una posición de desventaja frente al Estado. Asimismo, creemos que el SIDH hizo bien en establecer los criterios de forma expresa, ya que asegura la transparencia y promueve el debido proceso.

3.3.2. En el SEDH

Este derecho se encuentra regulado en el artículo 13 del CEDH, cuando menciona “ante una instancia nacional” (Concejo de Europa, 1950). Además, a nivel comunitario europeo, dicho derecho es reconocido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Parlamento Europeo, Comisión de Europea y Concejo de Europa, 2000).

En *Klass y otros vs Alemania*, se establece que por instancia nacional se entiende que “may not necessarily in all instances be a judicial authority in the strict sense (...). Nevertheless, the powers and procedural guarantees an authority possesses are relevant in determining whether the remedy before it is effective” [no es necesario que en todas las instancias sea una autoridad judicial en estricto senso. Sin embargo, los poderes y las garantías procesales que la autoridad posee son esenciales para determinar si el recurso es efectivo].

(TEDH, 1978, párr. 67). En otras palabras, a diferencia del SIDH, el SEDH es mucho más restrictivo respecto al tribunal competente a la materia. Consideramos que ello tiene efectos positivos como negativos.

Por un lado, puede tener un aspecto positivo, en tanto se garantiza que la persona que vea el caso sea alguien que tiene poderes judiciales, no en sentido estricto, lo cual da una mayor posibilidad de interpretación. Por otro lado, el aspecto negativo se da en tanto la determinación de si la persona cumple o no con estos poderes jurisdiccionales es una vía engorrosa y está abierta a interpretaciones que pueden ser arbitrarias.

3.4. El derecho a tener asistencia legal

En general, los abogados tienen la función de defender a las personas. En el caso de movilidad humana, ello acarrea un rol más indispensable, puesto que los letrados conocen la normativa, y, por tanto, pueden salvaguardar el derecho de la persona migrante a través de la ley.

3.4.1. En el SIDH

Este derecho se encuentra establecido en los incisos d (defensor de su elección) y e (defensor proporcionado por el Estado) del artículo 8.2 del CADH.

La persona migrante tiene derecho a contar con defensa legal, pues el mismo le va a permitir comprender sus derechos, conocer las leyes del Estado receptor, conocer las vías legales y/o administrativas que son posibles en el caso concreto y el proceso de apelación en caso considere que el fallo no responde a sus necesidades. Veremos este último aspecto en el subpunto 2.6.1; sin perjuicio de ello, podemos adelantar la importancia de contar con el apoyo de un letrado en todo el proceso: desde que inicia y durante el mismo, a fin de que el migrante pueda saber los motivos de su detención y/o expulsión; y al finalizar el proceso para poder apelar una parte del fallo o todo, si así fuese el caso.

Además, en los supuestos de deportaciones, como en el caso *Vélez Looz vs Panamá*, se establece que la asistencia legal debe ser de modalidad gratuita (CORTEIDH, 2010, párr. 146). De hecho, se otorga la característica de gratuidad, en cuanto las deportaciones son procesos sumarios. En caso el migrante no pueda recibir el asesoramiento legal en su debido momento, es posible que sea

deportado sin la posibilidad de presentar los hechos y pruebas pertinentes ni apelar la orden de expulsión. A nuestro criterio, dicho aspecto está estrechamente ligado con el principio de *non refoulement* o no devolución, consagrado en el artículo 33 del Estatuto de Refugiados de 1951.

3.4.2. En el SEDH

A diferencia del CADH, el artículo 13 del CEDH no menciona a la asistencia legal como parte de los supuestos necesarios para el recurso efectivo; sin embargo, ello sí lo menciona en el inciso 7 del artículo de la Directiva 2013/32/UE, en específico cuando resalta que el demandante debe contar con el tiempo de una semana para que el mismo, junto con un letrado, puedan iniciar el procedimiento (Parlamento Europeo & Consejo de Europa, 2013). Nuevamente, vemos como el derecho europeo funciona como complemento para el SEDH.

Ahora bien, sobre el tema de gratuidad de asistencia legal, ello es desarrollado en la jurisprudencia del TEDH. A comparación del SIDH, el SEDH cuenta con otro entendimiento sobre dicha característica.

Por ejemplo, en el caso *Richard Lee Goldstein vs Suecia*, se menciona que “the Court finds no indication of any special reason calling for the granting of free legal aid in order for the applicant to take effective advantage of the available remedy” [La Corte no encuentra especial razón para otorgar apoyo legal gratuito, en tanto hay otras formas de garantizar el recurso efectivo] (TEDH, 2000, pág.4). A pesar de dicha afirmación, creemos que puede tener una consecuencia negativa: las decisiones arbitrarias sobre el supuesto de la existencia de un recurso efectivo.

Al contrario de la sentencia antes mencionada, hay otra parte de la jurisprudencia del TEDH que ha favorecido la gratuidad del asesoramiento legal. En *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, se establece que el demandante no pudo recibir el asesoramiento de un letrado, debido a la falta de recursos económicos para contratar los servicios requeridos; configurándose así la vulneración del artículo 13 del CEDH (TEDH, 2011, párr. 315). Es decir, el mismo Tribunal establece cuando la gratuidad va a ser necesaria, configurándose así un estudio de caso por caso. Asimismo, el TEDH va a esperar a que se configure la vulneración del derecho al recurso efectivo, para poder revisar la gratuidad ya en el desarrollo de un caso contencioso.

Además, a nivel comunitario europeo, en la pauta N 5 de las 20 pautas sobre retorno se establece que el apoyo legal gratuito va a depender de la normativa interna de cada Estado (Concejo de Europa, 2005, p.20). En ese sentido, cada Estado puede establecer los requisitos para el otorgamiento de la gratuidad de estos servicios, mientras que el TEDH va a decidir cuando la omisión de esta afecta el derecho al recurso efectivo. Ello va acorde con la doctrina del margen de apreciación, característico del SEDH, y previamente desarrollado en la primera sección de este artículo. Si bien puede ser una forma viable, a modo de falta de consenso sobre el tema, puede resultar en tratamiento diverso para casos similares, en especial en el marco de deportaciones.

En conclusión, consideramos que, si bien en el SEDH hay pronunciamientos en la jurisprudencia sobre el derecho a una asistencia legal; el hecho de no establecer un estándar sobre la gratuidad conlleva a un límite al acceso a la justicia para algunos migrantes en ciertos países. En consecuencia, se puede evidenciar un trato diverso para casos similares.

3.5. El derecho a un recurso con efecto suspensivo

Dicho derecho es de especial importancia, pues el mismo carácter de suspensivo, hace posible la protección de las personas migrantes, ante la figura de deportación. Además, como veremos en los siguientes apartados, ello es de vital importancia en caso de que los migrantes sean víctimas de las incorrectas prácticas de devoluciones en caliente.

3.5.1. En el SIDH

En el caso *Familia Pacheco Tineo vs Estado Plurinacional de Bolivia*, se indica que “debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, (...) a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada” (CORTEIDH, 2013, p. 55). Dicho criterio demuestra que, en el SIDH, el migrante va a tener un derecho a un recurso que tenga como finalidad suspender los efectos de la deportación y/o expulsión del Estado receptor.

3.5.2. En el SEDH

Este criterio se encuentra mayor remarcado y puntualizado, a comparación del SIDH. En el caso *Gebremedhin c. Francia* se establece que los migrantes deben quedarse en el territorio del Estado, mientras esperan el pronunciamiento del Tribunal que ve su caso (TEDH, 2007, párr. 66). Sin perjuicio de ello, el TEDH ha aclarado dicha disposición y ha asumido la postura de que este carácter de suspensivo no se da para todos los casos de los migrantes.

De hecho, en el caso *Moustahi vs. Francia*, se indica que el recurso no requiere tener la calidad de suspensivo si es que el migrante no corre riesgo en su Estado de origen (TEDH, 2020, párr. 154). Es decir, a comparación del SIDH, el estándar para la calidad un recurso con efecto suspensivo es bastante elevada, pues en principio requiere del elemento de riesgo o peligro.

Ahora bien, creemos que dicha disposición puede ser complicada en los casos reales, pues esperar para calificar el lugar de origen como riesgoso para la vida del migrante puede demorar bastante, y en el transcurso de ese tiempo, el migrante sería devuelto a su país de origen.

3.6. El derecho a apelar ante un tribunal imparcial

Consideremos que este derecho posibilita a los migrantes el debido acceso a la justicia, pues da paso a protección de sus derechos ante un tribunal diverso al primero.

3.6.1. En el SIDH

En este sistema regional, podemos encontrar el mencionado derecho en el inciso h del artículo 8.2 de la CADH, cuando se menciona “derecho a recurrir” (OEA, 1969). A nivel de jurisprudencia, en el caso *Vélez Loo vs. Panamá*, se establece que “los Estados (...) no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo” (CORTEIDH, 2010, párr. 179). Por tanto, establece una obligación para los Estados de no interferir de forma negativa.

Asimismo, en el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, la CORTEIDH ha señalado que este derecho “debe ser garantizado antes que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada” (CORTEIDH, 2004, párr. 158). En el caso de migraciones, se

entiende que el derecho a poder apelar debe ser antes que la deportación obtenga calidad definitiva, por ejemplo. En este punto, podemos denotar la relación intrínseca con el derecho a un recurso con efecto suspensivo, pues lo esencial es que el migrante tenga la oportunidad de apelar una decisión que considere vulnera sus derechos y a su vez que dicha apelación implique un paro para su deportación y/o expulsión. Al fin de cuentas, de nada sirve que el migrante haya podido apelar, si es que deportado a su país y no tiene la posibilidad de continuar en el proceso.

3.6.2. En el SEDH

En este sistema regional, el artículo 13 sobre recurso efectivo no reconoce propiamente el derecho a apelar, pues ello solo lo hace en un número reducido de casos, como fue el *caso de Pizzetti vs Italia* (Consejo de Europa, 2022, párr. 70). Consideramos que ello es contra prudencial en el caso de movilidad humana, pues de cierta forma limita el proceso de los migrantes. En esa línea, creemos que debe haber un mayor desarrollo en cuanto al derecho de apelar, y de ser posible, el mismo debe ser de forma expresa como se cataloga en el SIDH.

3.7. La interseccionalidad

El elemento de interseccionalidad es de tal importancia, pues en la práctica los migrantes presentan más de una situación de vulnerabilidad. Por ejemplo, podemos estar ante los casos de personas con discapacidad, mujeres, personas que pertenecen a la comunidad LGTBI, personas mayores e inclusive niños y niñas. En el presente trabajo nos centraremos en las categorías más abordadas en cada uno de los sistemas regionales de protección en cuanto a derechos humanos; sin perjuicio de ello, debemos recordar que las todas las categorías antes mencionadas (y otras que no hemos podido mencionar, debido a la amplitud del tema) existen en la realidad del contexto migratorio y deben ser consideradas en el análisis del debido proceso.

3.7.1. En el SIDH

En el supuesto de niños migrantes, la CORTEIDH, en su Opinión Consultiva 21/14 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de migración y/o necesidad de protección (en adelante, OC 21/14), establece que dicho

derecho adquiere inclusive más importancia en caso estos sean separados de los miembros familiares, pues se encontrarían sin la protección de un adulto responsable (CORTEIDH, 2014, párr. 123). Asimismo, agrega que el ambiente donde se escucha al menor, debe ser un sitio seguro para su persona (CORTEIDH, 2014, párr. 123). En otras palabras, el Tribunal considera numerosos aspectos en torno al niño o niña, a efectos de establecer un debido proceso adecuado para su edad. Hasta este punto, dicho desarrollo cumple con lo dispuesto por la Observación General 6 y 12 mencionadas en el acápite anterior, con lo cual se advierte que la CORTEIDH sigue los lineamientos planteados por un órgano internacional especializado.

A diferencia de las personas heterosexuales, las personas que pertenecen a la comunidad LGBTI y que migran en América Latina y el Caribe, se enfrentan a mayores situaciones de violencia, lo cual muchas veces genera retraimiento (Rangel & Cruz-Manjarrez, 2020, p. 20). Además de ello, hay ocasiones en donde la migración no es voluntaria; al contrario, es forzada debido al “marco de naciones heterocéntricas (...) y a las leyes que criminalizan la homosexualidad” (Careaga & Batista, 2017, p. 107). En esa línea, las personas LGBTI no solo sufren violencia en sus países de orígenes, sino también durante todo el camino migratorio e incluso durante su estadía en los Estados receptores, encontrándose así en una situación de vulnerabilidad que no tienen las personas que no pertenecen a la comunidad LGBTI.

Considerando dicho contexto, ACNUR estableció que “las personas LGBTI requieren un ambiente de apoyo durante todo el procedimiento de la determinación de la condición de refugiado (...) [por lo que se requiere que los encargados tomen] decisiones con un enfoque objetivo (...)” (ACNUR, 2012, párr. 58).

3.7.2. En el SEDH

En principio, a nivel normativo, el CEDH no tiene un artículo específico sobre migrantes en situaciones de vulnerabilidad. Ahora bien, en caso del SEDH, el desarrollo de esta relación es mucho menor en comparación con el SIDH; de hecho, se evidencia una escasez de jurisprudencia del TEDH que resalte la conexión de migración con otras situaciones de vulnerabilidad. Del mismo modo,

no hay opiniones consultivas sobre la materia, siendo que en el SIDH hay más de tres opiniones consultivas sobre migrantes: niños, migrantes irregulares y el asilo como derecho humano. Creemos que dichas diferencias, se deben principalmente a las características de ambos sistemas de protección de derechos; así también a la presencia o no de una Comisión que esté pendiente de los casos y que realice informes de las materias.

Sin embargo, a pesar del poco desarrollo del SEDH, el derecho comunitario europeo tiene la labor de llenar el vacío que puede haber sobre la jurisprudencia y la normativa. En ese sentido, el artículo 21 de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre solicitantes de protección de acogida (en adelante, Directiva 2013/33/UE) establece que “los Estados tendrán en cuenta la situación específica de las personas vulnerables tales como menores, menores no acompañados, personas con discapacidades, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas (...)” (Parlamento Europeo & Consejo Europeo, 2013). Siendo ello así, no se puede perder de vista las especiales circunstancias que rodean a cierto grupo de personas. En otras palabras, dichas circunstancias se deben tomar en cuenta en la revisión de casos de migrantes, pues solo así se va a lograr una protección íntegra. Sin embargo, dicho desarrollo se complica en tanto no todos los miembros del TEDH pertenecen a la UE por lo que sería pertinente analizarlo casos por caso.

En el supuesto de niños, y en el marco de la jurisprudencia, se establece que es importante considerar su condición como tal. De hecho, en *Popov v. Francia*, el TEDH mencionó que las detenciones en caso de menores de edad deben ser aptas para sus edades, caso contrario se les genera ansiedad, lo cual puede tener consecuencias muy graves para su salud mental (TEDH, 2012, párr. 102). En ese sentido, podemos resaltar la preocupación del Tribunal por adaptar los procesos a la edad del niño o niña, bajo el concepto que ellos se encuentran en una posición más vulnerable respecto a los migrantes adultos.

A nivel comunitario, también se ha tenido un desarrollo importante del análisis de interseccional entre migrante y menores de edad. Ello se evidencia en el inciso 2 del artículo 25 de la Directiva 2013/32/UE, referido a que “los Estados miembros se abstendrán de nombrar representante cuando los menores no acompañados vayan a alcanzar” (Parlamento Europeo & Consejo de Europa,

2013). De ese modo, se determina el estudio diferenciado entre migrantes adultos y migrantes que son menores de edad. Sin embargo, podemos evidenciar otro problema, el cual se refiere a la dificultad de determinar la edad exacta del migrante. Como hemos mencionado previamente, estas directivas son de uso complementario e incluso subsidiario, pues cuando hablamos del TEDH y UE, mencionamos dos instituciones diversas.

En el caso de mujeres migrantes, Ruiz comenta que ellas no son consideradas como vulnerables, pero que el TEDH acepta que las detenciones de estas deben seguir ciertos lineamientos para no afectar sus derechos (Ruiz, 2022, p. 89).

En conclusión, vemos que el SEDH no está tan desarrollado como el SIDH en cuanto a los aspectos relacionados en la interseccionalidad. Sin perjuicio de ello, vemos como la jurisprudencia del TEDH comienza dando el primer paso para tratar niños migrantes.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El derecho al recurso efectivo es un derecho esencial para la efectividad de otros derechos de los migrantes, como el derecho a la vida, a la integridad humana, a la no tortura, a la no discriminación, entre otros. Sin embargo, a pesar de la importancia del mencionado derecho, en varios casos son las propias autoridades de los Estados receptores las que vulneran el derecho al recurso efectivo. De ese modo, además de negarles el derecho al recurso efectivo se les niega otros derechos desde un inicio, es por ello que es sumamente relevante la protección del derecho al recurso efectivo.

El flujo migratorio es un fenómeno global que ha aumentado con el pasar de los años; ello debido a que numerosas personas tienen el anhelo de vivir una vida digna, al escapar de los problemas que acontecen en sus países. Ahora, a pesar de ello, la movilidad humana ha adquirido diversas características según el territorio en el cual sucede, así como según el sistema regional de derechos humanos que vele por la protección de los derechos de las personas migrantes. Sin embargo, lo común entre ambos sistemas es que los derechos que componen el derecho al recurso efectivo se encuentran relacionados entre ellos,

por lo que un debido proceso solo va a ser posible en cuanto todos estos derechos sean garantizados.

En cuanto a las diferencias, por un lado, el derecho al recurso efectivo se encuentra mejor detallado y desarrollado en el SIDH, hecho que se evidencia en el mismo texto de la CADH y que se encuentra reforzado en la jurisprudencia y doctrina de la región. Por otro lado, el CEDH es mucho más preciso en los criterios que componen al recurso efectivo; de hecho, los mismos tienen un mayor desarrollo en la jurisprudencia y doctrina del SEDH. Sumado a ello, el aspecto que prima en este sistema regional es la idoneidad del recurso en la práctica, así como su característica de efecto suspensivo.

Los Estados, como sujetos de derecho internacional, tienen el poder de establecer controles en sus fronteras; sin embargo, los mismos deben respetar el derecho internacional de los derechos humanos.

Recomendamos que el SEDH, en el marco del TEDH, implemente el derecho a ser oído de forma expresa, a efectos de evitar menores confusiones al momento de resolución de casos; y a la vez complemente su normativa respecto al derecho a apelar. A su vez, recomendamos que el TEDH desarrolle más informes temáticos sobre la interseccionalidad en migración, a fin de tomar en cuenta las realidades de las personas migrantes. Sin perjuicio de estos vacíos, consideramos pertinente la labor que ha tenido la jurisprudencia del TEDH al momento de dar mayor contenido al derecho al recurso efectivo.

Por su parte, en el marco del SIDH, consideramos que es esencial tener los estándares más claros; sin perjuicio de ello, creemos que ha realizado una mejor labor al momento de realizar los lineamientos que conforman al derecho al recurso efectivo.

5. BIBLIOGRAFÍA

ACNUR. (2012). Directrices sobre protección internacional no.9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, HCR/IP/12/09.

<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=518113d54>

Amnistía Internacional. (2022, 12 de octubre). Letonia: personas refugiadas y migrantes, sometidas a detención arbitraria y tortura y obligadas a retornar “voluntariamente” a sus países.

<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2022/10/latvia-refugees-and-migrants-arbitrarily-detained-tortured-and-forced-to-voluntarily-return-to-their-countries/>

Amnistía Internacional. (2022). Informe 2022/2023. La situación de los Derechos Humanos en el Mundo. <https://www.amnesty.org/es/location/europe-and-central-asia/united-kingdom/report-united-kingdom/>

Aparicio, M. (2023). Las devoluciones en caliente y la fría razón de Estado: una mirada a la política de fronteras de la Unión Europea. *Oñati Socio-Legal Series*, 13(3), pp. 936–953. <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1576>

Blouin, C. y Zamora, C. (2019, 17 de diciembre). *La construcción del discurso de la excepcionalidad: las crisis migratorias en la mira*. IDEHPUCP. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/la-construccion-del-discurso-de-la-excepcionalidad-las-crisis-migratorias-en-la-mira/>

CIDH. (2000). Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores migratorios y miembros de su familia, ante la Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser./LV/II.111.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/2181.pdf>

Careaga, G. A. y Batista, X. E. (2017). Migración LGTBI a la Ciudad de México. *El Cotidiano*, (202), 105-113. <https://www.redalyc.org/pdf/325/32550024010.pdf>

CIDH. (2019). Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, apátridas y las víctimas de la trata de personas, Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf>

Consejo de Europa. (2005). Twenty Guidelines on Forced return https://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/MalagaRegConf/20_Guidelines_Forced_Return_en.pdf

Comité de los Derechos del Niño. (2009). Observación General N 12. CRC/C/GC/12. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (19 de agosto de 2014). Opinión Consultiva 21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de migración y/o necesidad de protección

Corte Interamericana de Derechos Humanos (30 de mayo de 2018). Opinión Consultiva 25/18. La institución del asilo y su reconocimiento como de derecho humano en el sistema interamericano de protección.

Consejo de Europa. (2022) Guide on article 13 of European Convention of Human Rights. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_13_eng#:~:text=%E2%80%9CEveryone%20whose%20rights%20and%20freedoms,acting%20in%20an%20official%20capacity.%E2%80%9D

Comisión Europea. (s/f). Migración y Asuntos de Interior. https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area_es?etrans=es

Cortes, C. (2017). Tendencias de la migración intrarregional en Centroamérica. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. 107 – 123. <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/9131>

Dávila Pérez, M. E. (2015). El derecho a un recurso efectivo. Una aproximación teórico-conceptual. *Revista De Derecho De La UNED (RDUNED)*, (17), 225–250. <https://doi.org/10.5944/rduned.17.2015.16300>

Del Valle, A. (2020). Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras: Propuestas conceptuales sobre “extraterritorialidad”, “desterritorialidad” y “externalización” de controles y flujos migratorios. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, (2), 145-210. <https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim/article/view/6877>

Favilli, C. (2019). The standard of fundamental rights protection in the field of asylum: The case of the right to an effective remedy between EU law and the Italian Constitution. *Review of European Administrative Law*, 12(2), 167–183. <https://doi-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.7590/187479819X15840066091295>

Hernández, A. (2020). *Expulsiones colectivas. Análisis de la sentencia del TEDH en el caso N.D. y N.T. contra España* [Tesis de maestría, Universidad Carlos III de Madrid]. Archivo Abierto Institucional de la Universidad Carlos III de Madrid. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/30531#preview>

Inter-American Development Bank. (2021). Migration flows in Latin America and the Caribbean. <https://publications.iadb.org/publications/english/viewer/Migration-Flows-in-Latin-America-and-the-Caribbean-Statistics-on-Permits-for-Migrants.pdf>

López, L. (2017). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y “le mouvement nécessaire des choses”. *Teoría y Realidad Constitucional*, (39), 163-188. <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/19151>

ONU. (2018). Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2018. Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, ante la Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/73/195.

ONU. (2021). Informe sobre las formas de hacer frente a los efectos en los derechos humanos de las devoluciones en caliente de migrantes en tierra y en el mar*, ante la Asamblea General de Naciones Unidas, A/HRC/47/30.

Paone, M. (2022, 15 de junio). Qué es el acuerdo entre Reino Unido y Ruanda para la deportación de solicitantes de asilo. *El Diario*. https://www.eldiario.es/desalambre/acuerdo-reino-unido-ruanda-deportacion-solicitantes-asilo_1_9086569.html

Rangel, M.P. y Cruz-Manjarrez, A. (2020). "La verdad no me gustaría regresar a ese lugar de donde salí, muchos malos recuerdos, muchas cosas feas". *Violencia de género y migración forzada en personas homosexuales de Centroamérica a México*. *GénEroos*, 28, 9-32. <https://research-ebSCO-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/c/d6owsy/details/lvay746x7n>

Ruiz, J. (2022). *Asylum detention under the European Convention on Human Rights*. Universidad de Deusto. <http://www.deusto-publicaciones.es/index.php/main/libro/1319/es>

SICREMI. (2017). *Migración internacional en las Américas*. <http://www.oas.org/documents/spa/press/SICREMI-2017-espanol-web-FINAL.pdf>

Tassinari, F. (2020). La tutela del derecho fundamental a un recurso efectivo a la luz de la directiva 2013/32/UE: reflexiones sobre el asunto N.D. y N.T. vs España. *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, (24), 327–345. <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/417>

TEDH et al. (2020). *Manual de Derecho Europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/handbook_asylum_spa

Salmón, E. y Blanco, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (1.^a ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú. https://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_publicaciones/el-derecho-al-debido-proceso-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/

Steiner, C. y Fuchs, M.C. (Eds). (2019). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (2.^a ed.). Konrad Adenauer Stiftung. <https://www.kas.de/documents/271408/4530743/Comentario+a+la+Convenci%C3%B3n+Americana+de+Derechos+Humanos.pdf/80dbaf95-954f-97f7-0d13-f98b339b03e4?version=1.0&t=1578608967105>

Unión Europea. (s/f). *Lenguas*. https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/languages_es#:~:text=el%20alem%C3%A1n%2C%20el%20b%C3%BAlgaro%2C%20el,el%20rumano%20y%20el%20sueco.

Jurisprudencia

Barbari Duarte y otros vs Uruguay, fondo, reparaciones y costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 13 de octubre de 2011).

Caso del Tribunal Constitucional vs Perú, fondo, reparaciones y costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de enero de 2001).

Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de julio de 2004)

Familia Pacheco Tineo vs Estado Plurinacional de Bolivia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de diciembre de 2013).

Gebremedhin c. Francia, no 25389/05 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de abril de 2007).

Hirsi Jamaa y otros c. Italia, no 27765/09 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 23 de febrero de 2012).

Klass vs Alemania, no 5029/71 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 6 de setiembre de 1978).

Richard Lee Goldstein vs Suecia, no 46636/99 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 12 de setiembre de 2000).

M.S.S. c. Bélgica y Grecia, no 30696/09 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de enero de 2011).

Moustahi vs. Francia, no 9347/14 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 de junio de 2020).

N.D. y N.T. contra España, 8675/15, 8697/15 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 13 de febrero de 2020).

Popov v. Francia, nos. 39472/07, 39474/07 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 19 de enero de 2012).

Vélez Looz vs Panamá, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de noviembre de 2010).

Normativa

Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados partes del Mercosur, firmado el 06 de diciembre de 2002.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada el 1 de diciembre de 2000.

Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado el 4 de noviembre de 1950.

Declaración Universal de Derechos humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948.

Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32013L0032>

Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32013L0033>