Concurso Interamericano de Derechos Humanos 2009
Academy on Human Rights and Humanitarian Law
American University – Washington College of Law

Caso Rosalie Fournier y Bruno Tamba vs. Tynalandia

Memorándum del Tribunal
(CONFIDENCIAL)

I. Introducción

1. El presente memorando tiene por objeto ofrecer a los jueces y juezas una guía sobre los principales argumentos jurídicos que los equipos podrían utilizar para fundar sus alegatos a favor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Comisión" o "CIDH") o del Estado de Tynalandia. Este documento no pretende ser un análisis exhaustivo de los problemas jurídicos que presenta el caso, ni agota los eventuales argumentos a ser utilizados por los participantes del concurso, quienes podrán presentar argumentos diferentes o complementarios a los aquí señalados.

2. A través del caso hipotético, se pretende que los participantes reflexionen respecto de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos de los migrantes. Particularmente, tomando en cuenta que el crecimiento del fenómeno migratorio en la región ha generado que los países receptores adopten medidas para restringir la entrada de extranjeros y eliminar la migración ilegal. En muchos casos, los derechos de los migrantes son vulnerados a lo largo de su travesía, en el proceso de inserción en la sociedad de destino o durante el retorno a su país de origen. De particular preocupación resulta la escala que parecen haber alcanzado la trata de personas, la xenofobia y la discriminación, la falta de debido proceso, las deportaciones masivas de migrantes indocumentados, la detención prolongada de los migrantes en las mismas circunstancias que criminales comunes, y la separación de sus familias y su comunidad.

3. En ese sentido, el caso hipotético plantea una situación que está afectando a miles de migrantes en el hemisferio y aborda temas como la legalidad en la detención, el derecho a la defensa, la discriminación, la prohibición de injerencias arbitrarias del Estado en la vida privada, entre otros. Este memorando debe ser leído en conjunto con el caso hipotético y las respuestas a las preguntas aclaratorias.

II. Consideraciones generales sobre la responsabilidad internacional de los Estados en relación con su política migratoria

4. En la actualidad, el criterio de responsabilidad internacional de los Estados por violación a los derechos humanos de las personas que habitan en su territorio, nacionales o extranjeros, se encuentra ampliamente reconocido. Sin embargo, la responsabilidad internacional del Estado frente a hechos ocurridos a los individuos dentro de su territorio es una figura del derecho internacional público moderno, ya que originalmente los Estados, al amparo del principio de soberanía, no respondían a ninguna clase de responsabilidad internacional de esta naturaleza.

5. El argumento de la soberanía estatal todavía es frecuentemente utilizado para defender la facultad de los Estados de definir sus políticas y leyes migratorias y, por lo tanto, decidir legalmente acerca de la entrada, permanencia y expulsión de extranjeros en su territorio. En procesos ante la Comisión, Estados han alegado que gozan de autoridad soberana absoluta para detener y retirar a los extranjeros excluibles, y que los individuos que se encuentran en su territorio en violación de la ley no gozan del derecho sustantivo a la libertad ni de derecho procesal alguno en relación con su detención[1]. Asimismo, se ha señalado que un Estado soberano tiene el derecho de excluir de su territorio a extranjeros cuya presencia no redunda en interés del público o es potencialmente nociva para la seguridad pública o amenaza el bienestar económico, social o político de sus ciudadanos[2].

6. La Comisión ha advertido que a los Estados se les ha reconocido históricamente una discreción considerable, de conformidad con el derecho internacional, para controlar el ingreso de extranjeros en sus territorios[3], y que el ejercicio de este control puede constituir un elemento de la obligación del Estado de garantizar la seguridad de su población[4]. Al mismo tiempo, la Comisión ha afirmado que esta discreción debe ser ejercida de conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos. En particular, la Comisión ha sostenido que las protecciones básicas de derechos humanos bajo los instrumentos del sistema interamericano deben ser garantizadas a todas las personas que se encuentran bajo la autoridad y control de los Estados miembros de la OEA y no dependen de su aplicación de acuerdo a factores tales como la ciudadanía de la persona, su nacionalidad o cualquier otro factor, incluida su situación migratoria[5].

7. Por su parte, la Corte Interamericana, al considerar las cuestiones relacionadas con los aspectos jurídicos de la migración, afirmó que: “en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, [con] particular, de los derechos humanos de los trabajadores”[6]. Particularmente, la Corte ha establecido que “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”[7].

---

[1] Véase: CIDH, Informe N° 51-01, Caso 9903 Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Estados Unidos), 4 de abril de 2001, párrafos 174 a 176.

[2] Véase: CIDH, Informe N° 19-02, Petición 12.379 Mario Alfredo Lares-Reyes, Vera Allen Frost y Samuel Segura (Estados Unidos), 27 de febrero de 2002, párrafo 38.

[3] CIDH, Informe N° 51-01, Caso 9903 Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Estados Unidos), 4 de abril de 2001, párrafo 177.

[4] CIDH, Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, (OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev.), 28 de febrero de 2000, párrafos 134-142.

[5] CIDH, Informe N° 51-01, Caso 9903 Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Estados Unidos), 4 de abril de 2001, párrafo 179. Véase también CIDH Informe 109-99, Caso 10.951 Coard y otros (Estados Unidos), 29 de septiembre de 1999, párrafo 37.

[6] Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 169.

[7] Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 172.

8. Al analizar la posible responsabilidad de un Estado en relación con su política y su legislación migratorias debe tenerse presente lo señalado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual señala, al referirse al derecho interno y a la observancia de los tratados, que: "[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". En consecuencia, "el ejercicio de la soberanía no puede justificar, de manera alguna, la violación de los derechos humanos, pues las normas de la Convención Americana constituyen una limitación al ejercicio del poder público por parte de los Estados"[8].

9. Tampoco puede perderse de vista que la Convención Americana establece en su artículo 1(1) la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos por ella, y que al ratificar la Convención los Estados asumen libremente esta obligación. Por ello, el incumplimiento de un Estado, con la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

10. Esa responsabilidad surge del hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado[9]. En consecuencia, "la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos"[10].

III. Consideraciones sobre la aplicabilidad en el sistema interamericano de instrumentos y jurisprudencia no interamericanos.

11. En consistencia con la práctica de la Comisión y la Corte Interamericanas, el presente memorando hará referencia a una variedad de instrumentos y estándares internacionales para interpretar los derechos consagrados en la Convención Americana. Asimismo, considerando que algunas de las materias que aborda el caso hipotético no han sido extensamente desarrolladas por los órganos del sistema interamericano, es probable que los participantes analicen los hechos del caso a la luz de instrumentos internacionales que no hacen parte del propio sistema interamericano, así como también a la luz de las decisiones de otros organismos regionales o internacionales de derechos humanos. Para ello, es necesario que los equipos justifiquen las razones por las que las decisiones o normas que invoquen podrían servir como pauta para integrar la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

12. La facultad de la Corte y la Comisión interamericanas para interpretar de manera integral las normas de protección de los derechos humanos consagradas en los instrumentos interamericanos, deriva del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho artículo dispone que: "[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en

[8] CIDH, Informe N° 49-99, Caso 11.610 Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México), 13 de abril de 1999, párrafo 30.
[9] Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 73.
[10] Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 134.

ella; (b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; (c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y (d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

13. Conforme al artículo 29, no es posible disminuir el estándar de protección alcanzado a nivel internacional o a nivel nacional. Por ello, es posible sostener que esta norma de permite que los órganos de protección interpreten la Convención Americana sin minimizar el estándar de protección alcanzado a nivel nacional, regional o universal.

14. Más aún, la Corte Interamericana ha observado en la Convención Americana una "tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos. En el Preámbulo se reconoce que los principios que sirven de base a ese tratado han sido también consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional. Igualmente, varias disposiciones de la Convención hacen referencia a otras convenciones internacionales o al derecho internacional, sin restringirlas al ámbito regional (artículos 22, 26, 27 y 29, por ejemplo)"[11].

15. La Corte ha considerado que "resultaría impropio hacer distinciones sobre la aplicabilidad del sistema de protección, según que las obligaciones internacionales contraídas por el Estado nazcan o no de una fuente regional"[12]. La Corte también ha sostenido que la Convención Americana forma parte de un *corpus juris* internacional de protección de los derechos humanos, el cual debe considerarse al momento de fijar el contenido y el alcance de alguna de las disposiciones de la Convención[13].

16. A la luz de lo anterior, los instrumentos y estándares que no son parte del sistema interamericano pueden ser utilizados al momento de interpretar las disposiciones de la Convención Americana. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que varios expertos consideran necesario que los tratados que se utilicen para interpretar la Convención Americana hayan sido ratificados por el Estado en cuestión. De lo contrario, podría considerase que por vía de la interpretación se están aplicando a un Estado obligaciones establecidas por un tratado que no ha ratificado.

17. Finalmente, es posible que los participantes aleguen que las reglas de interpretación del derecho internacional establecidas por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados exigen que la primera interpretación sea la literal. Así, podría alegarse que si el texto del tratado es claro, no cabe buscar medios alternativos de interpretación.

---

[11] Corte IDH, "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párrafo 41.

[12] Corte IDH, "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párrafo 40.

[13] Corte IDH, Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafos 192 y 194.

IV. Respecto de la Obligación de Respetar los Derechos y el Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

18. Los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señalan:

> 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, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
>
> Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno
>
> Si en 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.

19. El origen mismo de la responsabilidad de un Estado surge de la inobservancia de las obligaciones recogidas en los artículos 1(1) y 2 de la Convención[14]. El artículo 1(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la obligación de respeto y garantía de los derechos que todo Estado signatario tiene. El artículo 2 de este mismo instrumento, por su parte, establece la obligación de los Estados de adecuar su ordenamiento normativo a los derechos que allí se enumeran.

20. El artículo 1(1) impone a los Estados la obligación de respetar y garantizar los derechos. La obligación de respetar implica un límite al ejercicio del poder público, de manera que establecen ciertas esferas del ámbito humano que no se pueden vulnerar ni en las que se puede penetrar. La obligación de garantizar implica el deber de organizar todo el aparato estatal para asegurar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos[15].

21. Por su parte, el deber general del artículo 2 de la Convención implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas

[14] Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 111; Caso de la Masacre de Mapiripán, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrafo 111; y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 140.

[15] Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrafos 165 y siguientes.

conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías[16]. A criterio de la Corte Interamericana, un Estado es responsable por las violaciones a los derechos que hayan sido provocadas por la falta de adopción de medidas eficientes en el ámbito judicial, legislativo y ejecutivo[17].

22. En conjunto, los artículos 1(1) y 2 de la Convención significan que un Estado cuya organización judicial o su legislación procesal no contemple mecanismos de protección de los derechos, debe crearlos y hacerlos accesibles a toda persona sujeta a su jurisdicción. Además, si tales mecanismos existen pero no son eficaces por variadas circunstancias, el Estado está obligado a reformarlos de modo que se constituyan en vehículos eficaces para la satisfacción de esos derechos[18].

23. La Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva 18, aclaró que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas[19].

24. También corresponde aclarar que, para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención[20], u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones[21].

25. En su análisis del caso hipotético, los participantes tendrán que argumentar acerca de si el Estado de Tynalandia, por acción u omisión, lesionó alguno de los derechos establecidos en la Convención Americana a favor de Rosalie Fournier o su hijo, Bruno Tamba, incumpliendo así con las obligaciones generales impuestas por el artículo 1(1) del mismo instrumento. Asimismo, los participantes deberán considerar si la legislación de Tynalandia, incluyendo la Ley 24.326, resulta, en sí misma, violatoria del artículo 2 de la Convención conforme al cual los Estados están obligados a adoptar las normas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana, pero además están obligados a no promulgar leyes contrarias a la Convención.

V. Consideraciones sobre los Derechos que se alegan violados

[16] Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrafo 109; Corte IDH, Caso Lori Berenson Mejía, Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párrafo 219; Corte IDH, Caso Instituto de Reeducación del Menor, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párrafo 206 y Corte IDH, Caso "Cinco Pensionistas", Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párrafo 165.

[17] Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrafo 166.

[18] CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, 16 de abril de 2001, párrafo 89.

[19] Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, punto resolutivo 6.

[20] Corte IDH, Caso 19 Comerciantes, Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párrafo 141; Caso Juan Humberto Sánchez, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C No. 99, párrafo 44; y Caso Cantos, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C No. 97, párrafo 28.

[21] Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrafo 110; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 112.

26. En esta sección del memorando se analizará cada uno de los derechos cuya violación fue alegada por la Comisión ante la Corte Interamericana en relación con la situación de Rosalie Fournier y Bruno Tamba en el Estado de Tynalandia. Luego de enunciar el contenido de cada uno de los derechos alegados conforme a las disposiciones de la Convención Americana, se intentará proveer a los jueces de una guía sobre los estándares que la Comisión y la Corte Interamericanas han establecido respecto de cada uno de esos derechos. A partir de esos estándares, se intentará delinear cuáles son los posibles argumentos que la Comisión y el Estado podrán elaborar en sus respectivos alegatos.

a. Derecho a la Libertad Personal

27. El Derecho a la Libertad Personal está consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

> 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
> 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
> 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
> 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
> 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
> 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
> 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

28. La Corte Interamericana ha afirmado que "[e]l contenido esencial del artículo 7 de la Convención es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia arbitraria o ilegal del Estado y, a su vez, la garantía del derecho de defensa del individuo detenido"[22]. Al analizar el caso hipotético, los equipos deberán poder

[22] Corte IDH, Caso Instituto de Reeducación del Menor, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párrafo 223; Caso Maritza Urrutia, Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103,

diferenciar entre una detención realizada en el marco de un proceso penal y una detención realizada en el marco de un proceso administrativo con miras a la deportación de un individuo, y debatir sobre si las garantías contenidas en el artículo 7 de la Convención son igualmente aplicables a ambos tipos de detención.

29. Sobre la aplicabilidad de las garantías contenidas en el artículo 7 de la Convención a la detención de migrantes con miras a su deportación, la Comisión ha establecido que cualquier privación de la libertad de un individuo debe ser informada por las normas prescritas en el artículo 7 de la Convención, y sus normas no se limitan a las detenciones que involucran la investigación y sanción de delitos, sino que se extienden también a otras esferas en las que el Estado puede administrar su autoridad, como por ejemplo la detención de individuos con el propósito de controlar la entrada y residencia de extranjeros en sus territorios, o por razones vinculadas a su salud física o mental, y durante las ocupaciones regidas por el derecho internacional humanitario que podrían requerir internar a la población civil como medida de seguridad o por razones imperativas de seguridad[23].

30. Luego de determinar la aplicabilidad al caso de las garantías contenidas en el artículo 7 de la Convención, cada equipo deberá alegar si en virtud de los hechos del caso hipotético alguna de las garantías ha sido violada por parte del Estado. Por ello, a continuación se analizará el contenido específico de dichas garantías a la luz de la Convención Americana y otras normas aplicables.

31. Los incisos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención Americana se refieren a la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. “Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales - puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”[24].

32. La ilegalidad de una detención está determinada por su imposición fuera de los supuestos de hecho regulados por la ley. Por otra parte, la arbitrariedad de dicha detención está determinada por su imposición fuera de los parámetros de necesidad y proporcionalidad. Según la Corte Interamericana, la detención se torna arbitraria cuando se impone “por causas y métodos que —aun calificados de legales— puedan reputarse incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales por ser, entre otras cosas,

---

párrafo 66; Caso Bulacio, Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrafo 129; y Caso Juan Humberto Sánchez, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C No. 99, párrafos 82-83.

[23] CIDH, Informe N° 51-01, Caso 9903 Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Estados Unidos), 4 de abril de 2001, párrafo 210.

[24] Corte IDH, Caso Gangaram Panday, Sentencia del 21 de enero de 1994, Serie C No. 16, párrafo 47.

irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad"[25]. Asimismo, la Corte ha resuelto que "la detención podrá tornarse arbitraria si en su curso se producen hechos atribuibles al Estado que sean incompatibles con el respeto a los derechos humanos del detenido"[26].

33. Por su parte, "los incisos 4, 5 y 6 del artículo 7 de la Convención Americana establecen obligaciones de carácter positivo que imponen exigencias específicas tanto a los agentes del Estado como a terceros que actúen con la tolerancia o anuencia de éste y sean responsables de la detención"[27].

34. El inciso 4 del artículo 7 "contempla un mecanismo para evitar conductas ilegales o arbitrarias desde el acto mismo de privación de libertad y garantiza la defensa del detenido. Tanto éste como quienes ejercen representación o custodia legal de él tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de la detención y acerca de los derechos que tiene el detenido"[28]. Cuando una persona es privada de su libertad, y con anterioridad a que rinda su primera declaración ante una autoridad, debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado[29].

35. El inciso 5 del artículo 7 hace referencia a la necesidad de control judicial y dispone que toda detención de una persona debe ser sometida sin demora a revisión judicial, como medio de control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales. En ese sentido, quien es privado de la libertad sin control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez[30]. El control judicial inmediato permite al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia.

36. Las normas internacionales no indican plazos concretos para que el detenido comparezca sin demora ante el juez tras la detención, sino que los plazos deberán determinarse caso por caso. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que si bien el vocablo "inmediatamente" debe ser interpretado conforme a las

---

[25] Corte IDH, Caso Gangaram Panday, Sentencia del 21 de enero de 1994, Serie C No. 16, párrafo 47; Véase también: Caso Acosta Calderón, Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párrafo 52 (d).
[26] Corte IDH, Caso López Álvarez, Sentencia del 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, párrafo 66.
[27] Corte IDH, Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrafo 108; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafo 91; Caso Maritza Urrutia, Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párrafo 71; y Caso Juan Humberto Sánchez, Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párrafo 81.
[28] Corte IDH, Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrafo 109; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafo 92; Caso Maritza Urrutia, Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párrafo 72; y Caso Juan Humberto Sánchez, Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párrafo 82. En igual sentido, Caso Bulacio, Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrafo 128.
[29] Corte IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafo 93; y Caso Bulacio, Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrafo 130.
[30] Corte IDH, Caso Acosta Calderón, Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párrafo 77; Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrafo 115; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafo 95; y Caso Maritza Urrutia, Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párrafo 72, párrafo 73; y, en igual sentido, Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Brogan y otros, Sentencia de 29 de noviembre de 1988, Serie A no. 145-B, párrafos 58-59 y 61-62.

características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención[31].

37. Por otro lado, el inciso 5 del artículo 7 de la Convención también establece que la persona detenida tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Al respecto, la Corte Interamericana ha observado que la prisión preventiva "no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos"[32].

38. El inciso 6 de artículo 7 de la Convención está relacionado con el artículo 25 del mismo instrumento, y hace referencia a la necesidad de que exista un recurso efectivo para el control judicial. En otras palabras, este inciso establece el derecho al recurso de hábeas corpus, cuyo objeto es la verificación judicial de la legalidad de la privación de la libertad. Respecto de este recurso, la Corte ha establecido que no basta con la existencia formal del recurso, sino que éste debe tener efectividad.

39. Cabe señalar que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares[33] contiene también un catálogo amplio y detallado de derechos humanos para los trabajadores migratorios y sus familias, y particularmente en sus artículos 16 y 17 garantiza el derecho a la libertad y seguridad personales de los trabajadores migratorios. El inciso 4 del artículo 16 de dicho instrumento señala que los trabajadores migratorios y sus familiares no serán sometidos, individual ni colectivamente, a detención o prisión arbitrarias y que no serán privados de su libertad, salvo por los motivos y de conformidad con los procedimientos que la ley establezca. Añade el inciso 5 del artículo 16 que los trabajadores migratorios que sean detenidos deben ser informados en el momento de la detención, de ser posible en un idioma que comprendan, de los motivos de esta detención, y se les notificarán prontamente, en un idioma que comprendan, las acusaciones que se les haya formulado. De conformidad con esta Convención Internacional, también tendrán derecho a que las autoridades consulares de su Estado de origen sean informadas sin demora de su detención o prisión y de los motivos de esa medida. Asimismo, se establece el derecho a comunicarse con esas autoridades (artículo 16, inciso 7).

40. Por su parte, el inciso 6 del artículo 16 de la citada Convención Internacional establece el derecho de los trabajadores migratorios que sean detenidos a causa de una infracción penal a ser llevados sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, así como el derecho a ser juzgados en un plazo razonable o a ser puestos en libertad. Según lo dispuesto en el

[31] Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Brogan y otros, Sentencia de 29 de noviembre de 1988, Serie A no. 145-B, párrafos 58-59 y 61-62; y Corte IDH, Caso Maritza Urrutia, Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párrafo 73; Caso Juan Humberto Sánchez, Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párrafo 84; y Caso Bámaca Velásquez Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párrafo 140.

[32] Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor", Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrafo 229; y Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párrafo 77.

[33] ONU, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, en vigencia desde el 1 de julio de 2003.

inciso 8 de dicho artículo, en el ejercicio de este recurso, los trabajadores migrantes recibirán la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete cuando no pudieren entender o hablar el idioma utilizado.

41. De acuerdo a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. El artículo 17 de dicho instrumento internacional dispone que los trabajadores migratorios acusados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y sometidos a un régimen distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas. Se aclara también que si su detención se debe a la violación de las disposiciones sobre migración será alojado, en la medida de lo posible, en locales distintos de los destinados a las personas condenadas o a las personas detenidas que esperen ser juzgadas.

A. ALEGATOS DE LA COMISIÓN

42. Los alegatos de la Comisión podrían centrarse en el argumento de que, aún cuando la detención de Rosalie Fournier se enmarca en un procedimiento de deportación y no en un procedimiento penal, dicha detención debe cumplir con los requisitos establecidos por el artículo 7 de la Convención Americana. Así, la Comisión Interamericana señaló ya en un caso relativo a la detención de migrantes que el derecho a la libertad personal "se aplica a todos los individuos que estén bajo la autoridad y el control del Estado y debe ser otorgado a todas las personas sin distinción"[34].

43. La Comisión podría alegar que, si bien los Estados tienen la facultad de garantizar su seguridad y de mantener el orden público, no pueden hacerlo sin límites, sino que la persecución de tal finalidad está condicionada por el respeto de los derechos fundamentales de las personas sometidas a su jurisdicción. La Comisión podría señalar que la detención de Rosalie Fournier se llevó a cabo luego de haber sido víctima de caracterizaciones raciales (racial profiling) por su condición de afrodescendiente, pues ella no fue encontrada cometiendo un delito en flagrante. Así, la Comisión podría alegar que es posible que el supuesto robo del computador haya sido sólo una pantalla para poder interrogar y detener a los afrodescendientes que trabajaban en el hotel, y esto podría tornar a la detención en arbitraria pues se habría vulnerado el derecho fundamental de Rosalie Fournier a no ser discriminada en razón de su raza.

44. A criterio de la Corte Interamericana, a menos que se demuestre que una persona fue detenida *in flagrante delicto*, debe demostrarse que el arresto fue efectuado mediante orden de autoridad judicial competente[35]. En virtud de ello, la Comisión podría agregar que el arresto de Rosalie Fournier no se llevó a cabo en virtud de una orden judicial pertinente, y que el arresto de un individuo sin una orden requiere justificación

[34] CIDH, Informe N° 51-01, Caso 9903 Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Estados Unidos), 4 de abril de 2001, párrafo 209.
[35] Corte IDH, Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Ser. C Nº 35, párrafos 43 y 44.

legal y fáctica, que no ha sido presentada por el Estado, por lo que se habría violado lo dispuesto en el artículo 7(2) de la Convención.

45. La Comisión podría añadir que no existía peligro de que Rosalie Fournier se fugara u obstaculizara la investigación, puesto que desde el inicio del proceso se comprobó su entera colaboración con las autoridades. En ese sentido, podría señalar que no existía un motivo válido para mantenerla detenida a la espera de la audiencia ante el Juez de Migración y que existían medidas menos restrictivas que pudieron ser adoptadas con el fin de asegurar que Rosalie Fournier se presente al juicio.

46. La Comisión puede señalar también que la detención de Rosalie Fournier no se sometió de manera inmediata a la revisión de un juez, sino que transcurrieron cerca de seis meses hasta que se llevó a cabo la audiencia ante el Juzgado 3° de Migración de Tynalandia. La falta de un control judicial inmediato podría constituir una violación del artículo 7 de la Convención. Particularmente, Rosalie Fournier debió haber sido llevada ante un juez cuando se inició su proceso de deportación, para que el juez decida si su detención era razonable y justificada. Rosalie Fournier tenía derecho a que un juez determine si existía un peligro de fuga o una amenaza a la seguridad de la comunidad, y en caso de que la respuesta sea negativa a ambas cuestiones, tenía derecho a estar en libertad hasta que se lleve a cabo una audiencia sobre los méritos de su caso.

B. ALEGATOS DEL ESTADO

47. Por su parte, el Estado podría alegar que tiene la facultad e incluso la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público en su territorio, y para ello puede detener a las personas que se encuentren en Tynalandia en contra de lo establecido por su legislación. Así, el Estado puede rescatar que incluso la Comisión Interamericana ha sostenido que en el procedimiento de regular el acceso a sus territorios, los Estados pueden en algunas circunstancias someter a los extranjeros a una detención administrativa pero únicamente si esa detención se basa en fundamentos y procedimientos establecidos por la ley, que no sean arbitrarios y siempre y cuando se disponga de supervisión y control judiciales sin demora[36].

48. El Estado de Tynalandia podría argumentar que, conforme a los estándares internacionales, la privación de la libertad se realizó con estricta sujeción a los procedimientos fijados en la ley interna. Al respecto, puede observar que la Ley 24.326 determina la deportación obligatoria de los extranjeros que hayan cometido delitos federales agravados. Así, la detención se impuso de acuerdo a los supuestos regulados por la Ley, que estaba vigente desde el año 1994 y por lo tanto era previsible para aquellos que, como Rosalie Fournier, conocían que se encontraban en el país sin permiso para residir o trabajar en él, y a pesar de haber cometido crímenes que están prescritos por dicha Ley.

49. El Estado puede agregar que la privación de libertad de Rosalie Fournier no fue, *per se* arbitraria, puesto que tenía como finalidad evitar que evadiera la eventual

[36] CIDH Informe 109-99, Caso 10.951 Coard y otros (Estados Unidos), 29 de septiembre de 1999, párrafo 45; Informe N° 51-01, Caso 9903 Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Estados Unidos), 4 de abril de 2001, párrafo 212; Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, (OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev.), 28 de febrero de 2000, párrafo 137.

decisión de ser objeto de deportación. Así, podría argumentar que es razonable y proporcional detener a una persona que conoce que se enfrentará a un proceso de deportación obligatoria, sobre todo con el objeto de asegurar su comparecencia a la audiencia, y tomando en cuenta que Rosalie Fournier no tiene documentos para residir en Tynalandia, lo que hace presumir la probabilidad de que evada la justicia.

50. Al respecto, el Estado podría fundamentar su argumento en lo decidido por la Corte en el Caso Suárez Rosero, donde se sostuvo que los motivos legítimos que justifican la imposición de la prisión preventiva están limitados por la necesidad de garantizar que el imputado no eludirá la acción de la justicia[37]. En el mismo sentido, en el caso Tibi la Corte reafirmó que los únicos motivos que justificaban la imposición de la prisión preventiva eran el peligro de fuga y de obstrucción de las investigaciones[38].

51. El Estado podría alegar que la detención se dispuso cuando había sido establecido que Rosalie Fournier se encontraba en el país en violación de la ley, y por tanto puede afirmarse que fue capturada in flagrante delito y no requería de una orden judicial.

52. En caso de que el Estado no utilice ese argumento, podría afirmar que la detención de Rosalie Fournier no se llevó a cabo para procesarla por un delito penal, sino que fue una detención de carácter administrativo, para resolver su situación migratoria. Así, la detención no tenía como fin ejercer el poder punitivo del Estado para procesarla penalmente, sino definir si correspondía legalizar su situación migratoria o deportarla a su país de origen. El Estado podría alegar que esta detención es consistente con lo señalado por la Comisión cuando señaló que "los inmigrantes indocumentados son, en el peor de los casos, infractores a normas administrativas. No son a nuestro entender, ni criminales ni sospechosos de cometer delitos. Dada su condición, estas personas deben ser retenidas en recintos de detención y no en prisiones comunes"[39].

53. Tynalandia puede enfatizar que Rosalie Fournier no estuvo detenida junto a presos comunes, sino en un centro para migrantes, en atención a lo establecido por las garantías básicas de derechos humanos. Así, conforme a los hechos, Rosalie Fournier fue detenida en el Centro Gándara, que es un centro destinado exclusivamente a la detención de migrantes, y por lo tanto no estuvo detenida junto a personas procesadas o condenadas por crímenes comunes. En virtud de ello, el Estado podría alegar que la detención de Rosalie Fournier puede ser considerada excepcional y preventiva --no punitiva-- por naturaleza.

54. El Estado puede señalar en su defensa que, en cuanto Rosalie Fournier llegó a la Comisaría el 27 de mayo de 2003, se le informó que estaba detenida de conformidad con la aplicación de la Ley 24.326, que podía ser aplicada en su contra. Asimismo, a su llegada a la Comisaría le informaron que podría realizar las llamadas que requiera para comunicarse con sus familiares, empleadores u otros. Al iniciar su entrevista con el oficial de migración, se le informó de las razones de su detención así

[37] Corte IDH, Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Ser. C Nº 35, párrafo 77.
[38] Corte IDH, Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrafo 180.
[39] CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, 16 de abril de 2001, párrafo 110.

como de sus derechos como detenida, incluyendo el derecho a llamar a un abogado o notificar a su consulado.

55. El Estado puede afirmar que, en cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 7, la detención de Rosalie Fournier se llevó a cabo únicamente hasta poder realizar una audiencia judicial, garantizando así la revisión judicial de su detención. Tynalandia puede señalar también que su legislación prevé recursos, como el hábeas corpus, que son efectivos para determinar la legalidad de una detención. Sin embargo, Rosalie Fournier no hizo uso de dichos recursos.

56. El Estado puede sostener que la detención no se prolongó de manera excesiva sino que se aseguró que sea lo más breve posible. Transcurrieron únicamente seis meses entre la fecha de detención de Rosalie Fournier y la audiencia ante el Juzgado 3° de Migración de Tynalandia, y éste tardó menos de un mes en emitir su sentencia definitiva. En ese sentido, el Estado podría afirmar que se garantizó el derecho de la señora Fournier a ser juzgada dentro de un plazo razonable, más aún tomando en cuenta que son miles los migrantes que se encuentran detenidos en Tynalandia a la espera de una decisión sobre su deportación.

57. Tynalandia podría sostener, como lo han hecho otros Estados en procesos ante la Comisión[40], que la Convención Americana no limita la extensión, propósito o modalidades de la detención en casos de inmigración, y que en la República de Tynalandia los inmigrantes tienen plena capacidad para impugnar sus detenciones en procedimientos administrativos y judiciales.

b. Derecho a las Garantías y Protección Judiciales

58. El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho a las garantías procesales en los siguientes términos:

Artículo 8. Garantías Judiciales

> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
>
> 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
> a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
> b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

[40] Véase: CIDH: Informe Nº 19-02, Petición 12.379 Mario Alfredo Lares-Reyes, Vera Allen Frost y Samuel Segura (Estados Unidos), 27 de febrero de 2002.

c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

59. Para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales es preciso que se observen todos los requisitos que sirven para hacer valer un derecho, es decir, deben cumplirse ciertas condiciones para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial[41]. Por ello, el artículo 8 hace referencia a una serie de garantías, entre ellas: el derecho a una audiencia ante un tribunal competente, independiente e imparcial previamente establecido por ley; el derecho a un tiempo y a medios adecuados para la preparación de la defensa; el derecho a un proceso en un plazo razonable; el derecho a que se respeten ciertas garantías procesales, como son la presunción de inocencia, el derecho a defenderse personalmente o con la asistencia de un asesor letrado de su elección, y a comunicarse libre y privadamente con este y el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete.

60. Al analizar el caso hipotético, los equipos deberán ser capaces de analizar las diferencias que existen entre los procedimientos penales y los procedimientos administrativos, y distinguir los procesos administrativos comunes de aquellos procesos administrativos que tienen una naturaleza sancionatoria. A la luz de este debate, los

[41] Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafo 108; Caso Lori Berenson Mejía, Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párrafo 132; Caso Herrera Ulloa, Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrafo 147; Caso Maritza Urrutia, Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párrafo 118; Caso Myrna Mack Chang, Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párrafo 202; Caso Juan Humberto Sánchez, Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párrafo 124; Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párrafo 147; Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párrafo 62; El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrafo 118; en igual sentido, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párrafo 28.

equipos deberán determinar si las garantías contenidas en el artículo 8 de la Convención son aplicables a los procedimientos descritos en el caso hipotético.

61. Sobre la aplicabilidad de las garantías del artículo 8 a los distintos tipos de procesos, la Corte Interamericana ha señalado que "el artículo 8 de la Convención Americana se aplica al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos"[42]. La Corte ha aclarado que, conforme al artículo 8(1), el debido proceso incide sobre la determinación de derechos y obligaciones civiles, laborales, fiscales o de cualquier otro carácter, y no sólo debe aplicarse en el proceso penal[43]. A mayor abundancia, la Corte ha señalado que "las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a los procesos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el Estado, o bien, que estén bajo la supervisión del mismo"[44].

62. Según la Corte, "[e]s un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas"[45]. En virtud de ello, "la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos"[46].

63. Aún cuando la jurisprudencia del sistema interamericano indica que las garantías contenidas en el artículo 8 de la Convención Americana pueden aplicarse no solamente a procedimientos de naturaleza penal sino también a procedimientos de naturaleza administrativa o de otra índole, el alcance de la aplicación de las garantías del artículo 8 a los distintos tipos de procedimientos continúa siendo materia de debate y tanto la Comisión como la Corte han ido precisando la medida en la que dichas garantías son aplicables a los distintos tipos de casos bajo su consideración. En ese sentido, los equipos deberán debatir sobre el alcance de la aplicación del artículo 8, a la luz de las circunstancias del caso hipotético. Para ello, a continuación se analizará el contenido específico de las garantías procesales contenidas en el artículo 8, particularmente de aquellas que podrían ser pertinentes para el examen del presente caso.

64. El artículo 8(1) hace referencia al juez natural. Al respecto, la Corte ha establecido que el debido proceso implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial y que toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el

[42] Corte IDH, Caso Yatama, Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrafo 147.
[43] Corte IDH Caso Ivcher Bronstein, Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrafo 103; Caso Baena Ricardo y otros, Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrafo 125; y Caso del Tribunal Constitucional, Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párrafo 70.
[44] Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 117.
[45] Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros, Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrafo 127.
[46] Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 134.

conocimiento y la resolución del caso que se le somete[47]. Sobre este tema, la Comisión ha especificado que "las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios policiales o administrativos no especializados. […] Es compatible con el derecho internacional de los derechos humanos que estas decisiones se confíen a funcionarios administrativos. En ese caso, sin embargo, tales funcionarios deben reunir las características de imparcialidad y responsabilidad[48].

65. El artículo 8(1) se refiere también a la razonabilidad del plazo del proceso. Sobre este punto, la Corte ha establecido que "para examinar la razonabilidad de[l] proceso según los términos del artículo 8(1) de la Convención, la Corte toma en cuenta tres elementos: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales"[49]. Por su parte, la Comisión no siempre ha aplicado estos tres elementos para el análisis de la razonabilidad del plazo en todos los procesos, considerando que algunos de estos elementos no son necesariamente aplicables a ciertos procedimientos. Por ejemplo, para aquellos procedimientos penales relacionados con un delito de acción pública, la falta de actividad procesal del interesado no podría ser un elemento para excusar una demora irrazonable por parte del Estado.

66. El artículo 8(2)(a) establece el derecho del inculpado a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete. Esto por cuanto "las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana suponen que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos"[50]. Sobre la necesidad de interpretación, la Corte ha considerado que está relacionada con la necesidad de reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Según la Corte, "la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. […] Por ello se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los inculpados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquéllos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal"[51]. La Comisión también ha tenido

[47] Caso Lori Berenson Mejía, Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párrafo 144; Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párrafo 131; Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párrafo 20; y El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párrafo 30.

[48] CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, 16 de abril de 2001, párrafo 99(a).

[49] Corte IDH, Caso Acosta Calderón, Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129 párrafo 105; y Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafo 65.

[50] Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional, Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párrafo 81; Caso Durand y Ugarte, Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párrafo 129.

[51] Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de

oportunidad de expresarse sobre el asunto, señalando que "debe garantizarse que el inmigrante, cualquiera sea su status, entienda el procedimiento al que está sujeto, incluidos los derechos procesales que le asisten. A tal fin, de ser necesario, deben ofrecerse servicios de traducción e interpretación en el idioma que la persona entienda"[52].

67. El artículo 8(2)(b) "ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Sin esta garantía, se vería conculcado el derecho de aquél a preparar debidamente su defensa"[53].

68. El artículo 8(2)(c) se refiere a la posibilidad de que las víctimas o sus familiares cuenten con el tiempo y los medios adecuados para ejercer su defensa. Sobre este punto, la Comisión Interamericana ha especificado que "el trabajador migratorio debe tener y gozar efectivamente del derecho a ser escuchado para alegar lo que estime correspondiente y así defender su derecho a no ser deportado. Este derecho a una audiencia debe extenderse a su capacidad para conocer y contradecir la prueba que se ofrezca en su contra, y para ofrecer y producir pruebas pertinentes, así como la oportunidad razonable para hacerlo"[54].

69. Como complemento a lo señalado en el artículo 8(2)(c), los artículos 8(2)(d) y (e) garantizan la asistencia letrada privada o estatal en los procesos judiciales. La Corte Interamericana ha señalado que la Convención garantiza el derecho de asistencia legal en procesos penales y ha encontrado que la falta de un abogado defensor constituye una violación a las garantías judiciales[55]. Al mismo tiempo, a criterio de la Corte, "se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real"[56]. A criterio de la CIDH, "debe garantizarse a la persona presuntamente deportable la posibilidad de ser representado por abogados de su elección, o bien de personas idóneas en la materia. Tal vez no sea exigible que el Estado provea defensa profesional gratuita, como en materia penal; pero

---

agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 97; y El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrafo 120. En igual sentido, Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párrafo 146; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 121.

[52] CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, 16 de abril de 2001, párrafo 99(c).

[53] Corte IDH, Caso Acosta Calderón, Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párrafo 118; y Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrafo 187.

[54] CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, 16 de abril de 2001, párrafo 99(b).

[55] Corte IDH, Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrafo 194.

[56] Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 126.

al menos debiera ofrecerse representación gratuita a los indigentes. Asimismo, la información mencionada en el punto anterior debe incluir, para todos los interesados, alguna forma de asesoría especializada sobre los derechos que asisten al inmigrante"[57].

70. También como complemento del derecho a la defensa, el artículo 8(2)(d) y (e) garantiza al extranjero detenido el derecho a la asistencia consular con el fin de procurar la asistencia reconocida en el artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Cabe aclarar que ni la Comisión ni la Corte tienen competencia para dictaminar sobre la responsabilidad de un Estado respecto de las violaciones a la Convención de Viena sobre Relaciones consulares en sí, únicamente pueden considerar la medida en que un Estado parte ha dado pleno efecto a los requisitos del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares con el propósito de evaluar el cumplimiento de ese Estado con las garantías judiciales del debido proceso de conformidad con el artículo 8 de la Convención[58].

71. Sobre el derecho a la protección consular, la Corte Interamericana ha señalado que "el extranjero detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado". La Corte Interamericana ha interpretado que la notificación para establecer el sentido que corresponde dar al concepto "sin dilación" contenido en la Convención de Viena, se debe considerar la finalidad a la que sirve la notificación que se hace al inculpado. Siendo que dicha notificación tiene como propósito que el extranjero disponga de una defensa eficaz, la notificación debe realizarse al momento de privarlo de la libertad y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad[59].

72. La Corte ha aclarado que el cónsul "podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión"[60]. Así las cosas, la notificación consular es una garantía mínima para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo. Por ello, la Corte ha encontrado que la inobservancia de este derecho vicia de nulidad el procedimiento penal respectivo y constituye una violación del artículo 8 de la Convención[61].

---

[57] CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, 16 de abril de 2001, párrafo 99(d)

[58] CIDH, Informe Nº 52/02, Petición 11.753 Ramón Martínez Villareal (Estados Unidos), 10 de octubre de 2002, párrafo 77.

[59] Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrafo 106.

[60] Corte IDH, Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrafo 112. Caso Bulacio, párrafo 130; El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrafo. 86.

[61] Corte IDH, Caso Acosta Calderón, Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párrafo 125; Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrafo 195; El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrafo 122.

73. El artículo 8(2)(h) garantiza el derecho a la doble instancia. Sobre este punto, la Corte ha aclarado que, "independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice una examen integral de la decisión recurrida"[62].

74. En relación con las garantías judiciales, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares también dispone, en su artículo 18, que los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia. Al igual que la Convención Americana, dicho instrumento internacional señala que los trabajadores migratorios tendrán derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. Añade que tendrán derecho a las garantías mínimas, tales como la presunción de inocencia; ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y las causas de la acusación formulada en su contra; disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y comunicarse con un defensor de su elección; ser juzgado sin dilaciones indebidas; hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija; a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciera de medios suficientes para pagar; a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal, entre otras. El artículo 23 de dicha Convención Internacional también hace referencia a su derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, en particular, en caso de expulsión.

75. Por su parte, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra el derecho a la protección judicial:

> Artículo 25. Protección Judicial
>
> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
>
> 2. Los Estados partes se comprometen:
>
> a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
> b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
> c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

[62] Corte IDH, Caso Herrera Ulloa, Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrafo 165.

76. La Corte Interamericana ha señalado que el artículo 25(1) de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales. Según la Corte, este artículo establece también, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley[63].

77. Según el Tribunal Interamericano, el artículo 25(1) incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. "Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial"[64].

78. Sobre la aplicabilidad del artículo 25 de la Convención Americana a los hechos descritos en el caso hipotético, la Comisión Interamericana ha establecido que los procesos de deportación de extranjeros, independientemente de que se trate de migrantes documentados o indocumentados, deben ofrecer recursos efectivos que permitan a la persona que va a ser deportada solicitar que se protejan sus derechos[65].

79. En concordancia con lo dispuesto por el artículo 25 de la Convención Americana, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en su artículo 22, dispone que, salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión.

---

[63] Corte IDH, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No 9, párrafo 23.

[64] Corte IDH, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No 9, párrafo 24.

[65] CIDH, Tercer Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, 16 de abril 2002, párrafo 77.

80. La CIDH ha aclarado que es lícito que se adopten decisiones de deportación en la esfera administrativa. Pero en todos los casos debe haber posibilidad de revisión judicial de las decisiones, ya sea por vía de recursos en lo contencioso-administrativo o por vía de amparo o habeas corpus. Según la Comisión, no es necesario que cada decisión administrativa de deportación deba ser examinada *de novo* por la justicia, pero sí que los jueces se reserven un mínimo de control de legalidad y de razonabilidad de las decisiones del poder administrador, para satisfacer el deber de garantía del artículo 1(1) y el derecho a un recurso rápido y eficaz previsto en el artículo 25 de la Convención Americana[66].

A. ALEGATOS DE LA COMISIÓN

81. La Comisión Interamericana puede observar que ya se ha pronunciado sobre la aplicación de las garantías procesales a los procesos de deportación de migrantes. Al respecto, la CIDH ha señalado que "la determinación de estatus del trabajador migratorio tiene consecuencias para su posibilidad de sobrevivir, de trabajar en condiciones dignas, y de alimentar y educar a su familia. Se afectan también su derecho a la vida familiar y a la protección especial de sus hijos menores. En algunos casos, el procedimiento puede tener efectos sobre su libertad personal mientras dura el trámite de deportación. Por ello, el valor en juego en estos trámites es similar al de la libertad, o por lo menos más cercano a ella que lo que puede verse afectado por el resultado de otros procedimientos administrativos o aun judiciales. En consecuencia, el proceso que es debido debe satisfacer un piso mínimo bastante completo de garantías"[67].

82. Sobre las garantías específicas que habrían sido vulneradas, la Comisión podría alegar que el Estado incumplió su obligación de otorgar a Rosalie Fournier un abogado de oficio así como también la asistencia gratuita de un traductor o intérprete. La Comisión puede señalar que al menos en dos ocasiones Rosalie Fournier rindió testimonios ante autoridades del Estado de Tynalandia sin contar con un abogado que la represente o asesore. Asimismo, la Comisión puede alegar que se vulneró el derecho de Rosalie Fournier a ser asistida gratuitamente por un traductor o intérprete, conforme lo establece el artículo 8(2)(a) de la Convención, particularmente porque la única ocasión en la que Rosalie Fournier contó con un intérprete fue durante la audiencia ante el Juez de Migración. Sin embargo, desde el momento de su detención, durante sus primeras declaraciones ante las autoridades, y a lo largo del proceso para determinar su deportación, Rosalie Fournier no fue informada en su propio idioma sobre el procedimiento al que estaba sujeta, ni sobre los derechos procesales que le asisten.

83. Por otro lado, la Comisión podría considerar que el Estado de Tynalandia estaba obligado a notificar al consulado de Evaristo respecto de la detención de Rosalie Fournier, y al no hacerlo limitó las posibilidades de defensa con las que hubiese podido contar en este proceso. Si bien el contenido de este derecho se refiere más bien a la obligación de notificar al individuo detenido de su derecho a la asistencia consular y no necesariamente establece la obligación de notificar directamente al consulado respectivo, la Comisión podría intentar fundamentar esta posición recordando que la

[66] CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, 16 de abril de 2001, párrafo 99(e).
[67] CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, 16 de abril de 2001, párrafo 98.

Corte Interamericana ha considerado que "la norma que consagra la comunicación consular tiene un doble propósito: reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia"[68]. De la misma manera, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que el artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena crea obligaciones del Estado receptor hacia el Estado que envía así como también hacia la persona detenida[69]. En ese sentido, la Comisión podría señalar que Tynalandia faltó a su obligación de garantizar el derecho del Estado de Evaristo de asistir a sus nacionales a través de sus funcionarios consulares, y alegar que la inobservancia de este deber internacional vició de nulidad todo el procedimiento llevado a cabo contra Rosalie Fournier.

84. Más aún, la Comisión puede alegar que el derecho a la defensa de Rosalie Fournier fue vulnerado porque no se le otorgó una oportunidad real para defender su derecho a no ser deportada. Así, si bien se realizó una audiencia ante el Juez de Migración, la Ley 24.326 no admite defensa alguna ni permite a los jueces ponderar los distintos intereses en juego en relación con los casos de indocumentados que han sido convictos de un delito agravado. Así, Rosalie Fournier no tuvo una oportunidad efectiva para defenderse y comprobar que su presencia en Tynalandia no constituye una amenaza a la seguridad pública, que ella fue víctima de tráfico de personas, que el delito de prostitución lo cometió hace 20 años, y que a partir de ese momento ella ha sido un buen miembro de la sociedad, que tiene motivos familiares y personales de peso para permanecer en Tynalandia, que la deportación implicaría su separación permanente de su hijo de 14 años y que ya no posee vínculo alguno con Evaristo.

85. Sobre el derecho a la doble instancia y a la protección judicial, la Comisión puede argumentar que, si bien la decisión fue adoptada por un Juez de Migración, la Ley 24.326 no le ofrece a éste un margen suficiente de discreción para balancear los distintos derechos que podrían ser afectados en virtud de la decisión de deportación. Tampoco la Ley le ofrece discreción alguna a la Corte de Apelaciones, y los recursos de este tipo suelen ser rechazados *in limine* por parte de dicha Corte, por lo que este recurso no resulta en una posibilidad real de revisar íntegramente la sentencia del Juez de Migración. En ese sentido, la Comisión puede alegar que estos recursos judiciales resultan ilusorios, y por lo tanto no pueden considerarse efectivos, y constituyen una violación a lo dispuesto en los artículos 8(2)(h) y 25 de la Convención Americana.

B. ALEGATOS DEL ESTADO

86. Sobre la aplicación de las garantías procesales a los procedimientos para la determinación del estatus de los inmigrantes y a las medidas de deportación que apliquen las autoridades de un Estado en ejecución de su política migratoria, el Estado podría observar que incluso la Comisión Interamericana ha considerado que cuando se trata de procesos de deportación de migrantes resulta necesario hacer un análisis sobre el *quantum* de garantías procesales y su relación con el valor o derecho en juego en cada caso. Así, según la CIDH, lo que arriesgan los trabajadores migratorios es mucho, pero no es igual a la libertad personal y la posibilidad de perderla por varios años, que

[68] Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrafo 80.
[69] Corte Internacional de Justicia, LaGrand, 2001 ICJ Reports 466, párrafos 77 y 128.

es lo que está en juego en el proceso penal. Por ello, la misma Comisión ha considerado que no se aplican a la deportación o exclusión todas las garantías de un juicio justo en materia penal[70].

87. Respecto de las garantías específicas contenidas en el artículo 8, el Estado puede alegar que garantizó en todo momento la posibilidad de Rosalie Fournier de ser representada por un abogado de su elección, y que no está obligado a proveerle defensa gratuita, puesto que no se trata de un procedimiento penal. El Estado puede señalar que nada en la Convención dispone que el Estado deba proporcionar asesoría jurídica gratuita a todos los extranjeros susceptibles de deportación, y sin embargo el Estado le refirió a la señora Fournier una serie de servicios gratuitos disponibles para casos como el suyo, servicios de los que la Rosalie Fournier hizo uso a lo largo de todo su proceso de deportación. Así, la señora Fournier contó con representación legal durante el procedimiento y durante la audiencia ante el Juez de Migración, por lo que el Estado podría señalar que la Comisión no se encuentra en posición de alegar violaciones del derecho de la señora Fournier a disponer de un abogado defensor.

88. El Estado podría alegar que su deber principal es la protección de sus ciudadanos, y a esos fines está legitimado a decidir que ciertas categorías de delitos *per se* constituyen una amenaza a la seguridad y el bienestar de la comunidad, sin que ello signifique que el Estado haya fallado en su deber de admitir defensas contra las consecuencias legales de haber cometido dicho delito.

89. En cuanto a la posibilidad de contar con un intérprete, el Estado puede alegar que Rosalie Fournier ha residido en Tynalandia por más de dos décadas, accediendo a trabajos y servicios de distinta índole, e incluso comunicándose con su hijo en castellano, por lo que puede presumirse su comprensión de dicho idioma. Aún así, durante la audiencia celebrada el 28 de noviembre de 2003 ante el Juez de Migración, el Estado proveyó a Rosalie Fournier de un intérprete para asegurarse de que pueda acceder plenamente a su derecho de defensa y comprender los cargos en su contra. El Estado puede alegar que no estaba obligado a proveer de un intérprete para las entrevistas entre Rosalie Fournier y su abogado, pues ella tenía plena libertad de escoger un abogado que hable en su propio idioma.

90. Sobre la notificación del derecho a la asistencia consular, el Estado puede alegar que no está obligado a notificar directamente al consulado de Evaristo sobre la detención de Rosalie Fournier, sino que únicamente está obligado a notificar a la detenida de su posibilidad de comunicarse con el consulado, así como a garantizar que tenga todas las facilidades para dicha comunicación. Al respecto, el Estado puede manifestar que el derecho del extranjero detenido a la información consular tiene como titular el individuo y no el Estado que envía. “En efecto, el precepto es inequívoco al expresar que “reconoce” los derechos de información y notificación consular a la persona interesada. En esto, el artículo 36 constituye una notable excepción con respecto a la naturaleza, esencialmente estatal, de los derechos y obligaciones consagrados en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares”[71]. De manera similar, la Corte Internacional de Justicia ha sostenido que el derecho de un individuo a

[70] CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, 16 de abril de 2001, 98.
[71] Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrafo 82.

comunicarse con su consulado en el momento de su detención es un derecho "individual"[72]. Si bien se ha reconocido que el derecho a la notificación consular tiene efectos para el Estado que envía, ello no significa que el contenido del derecho sea la obligación de notificar directamente al consulado, únicamente significa que la falta de notificación al detenido de su derecho a la asistencia consular puede tener consecuencias para el ejercicio de los deberes del Estado que envía[73]. El Estado de Tynalandia puede observar que la mañana del 28 de mayo de 2003, el oficial de migración que la entrevistó en la Comisaría le informó sobre su derecho a comunicarse con el consulado, y que por tanto satisfizo el requisito establecido por el artículo 8 de la Convención Americana en concordancia con el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. El Estado puede señalar que notificar al consulado sin la autorización o voluntad del detenido, pudo haber constituido una vulneración a sus derechos, por lo que únicamente está obligado a ofrecer al detenido la oportunidad de contar con protección consular. Al respecto, también se ha pronunciado la Corte Interamericana, señalando que el derecho a la notificación consular está condicionado, únicamente, a la voluntad del individuo interesado[74].

91. El Estado puede argumentar además que el proceso de deportación se llevó a cabo ante un juez imparcial y establecido previamente por la Ley, y que el proceso tuvo una duración razonable.

92. En cuanto al derecho a la protección judicial contenido en el artículo 25 de la Convención, el Estado puede señalar que se ha garantizado plenamente el acceso de Rosalie Fournier a la justicia, puesto que el 28 de noviembre de 2003 se llevó a cabo una audiencia ante el Juez 3° de Migración de la República de Tynalandia, y durante dicha audiencia participaron con las debidas garantías tanto Rosalie Fournier como su representación legal. Asimismo, se garantizó el derecho a la revisión judicial en tanto la sentencia de 18 de diciembre de 2003 pudo ser revisada a través de un recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Tynalandia, que tiene plena autoridad para revisar *de novo* la decisión. El Estado puede señalar que la existencia de este recurso basta para satisfacer el deber de proveer un recurso efectivo conforme a la Convención Americana.

93. El Estado puede traer a consideración de la Corte la decisión que adoptó la Comisión en un caso presentado contra Canadá en relación con la deportación de una ciudadana de Trinidad y Tobago. Dicho caso fue declarado inadmisible por la Comisión teniendo en cuenta que la peticionaria había tenido varias oportunidades de acudir a las cortes de Canadá, en diversas etapas del procedimiento respectivo, antes de que se concretara la orden definitiva de deportación[75].

c. Principio de Legalidad y de Retroactividad

94. El artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

[72] Corte Internacional de Justicia, LaGrand, 2001 ICJ Reports 466, párrafo 78.
[73] Para un estudio comprensivo sobre el impacto del derecho a la notificación consular y particularmente sobre el derecho a la notificación del derecho a la asistencia consular como un derecho humano, véase: Cerna, Christina: *Impact o n the Right to Consular Notification.* En: The Impact of Human Rights Law on General International Law. Oxford University Press, 2009.
[74] Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrafo 90.
[75] CIDH, Informe Nº 27/93, Petición 11.092 Cheryl Monica Joseph (Canadá), 6 de octubre de 1993.

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

> Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

95. Respecto de este artículo, la Corte Interamericana ha manifestado que: "[e]n un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo"[76]. Al analizar el caso, los equipos deberán debatir si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia administrativa además de serlo, evidentemente, a la penal.

96. Sobre la aplicabilidad del artículo 9 a procedimientos administrativos, Corte Interamericana ha señalado que los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a la materia penal. Sin embargo, la Corte consideró preciso tomar en cuenta que "las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva"[77].

97. La Corte Interamericana ha señalado incluso que, "de conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado no debe ejercer su poder punitivo aplicando de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas del delito. Asimismo, este principio implica que una persona no pueda ser penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible"[78].

---

[76] Corte IDH, Caso Lori Berenson Mejía, Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párrafo 126; Caso de la Cruz Flores, Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párrafo 80; y Caso Ricardo Canese, Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrafo 177.
[77] Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros, Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrafo 106.
[78] Corte IDH, Caso Ricardo Canese, Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrafo 175. Véase también: Caso Baena Ricardo y otros, Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrafo 106; y Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párrafo 120.

98. Cabe señalar que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en su artículo 17(7) señala que ningún trabajador migratorio o familiar suyo podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto mediante sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal del Estado interesado. El artículo 19 del mismo instrumento internacional añade que ningún trabajador migratorio será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión.

A. ALEGATOS DE LA COMISIÓN

99. La Comisión puede señalar que ya se ha pronunciado en otros casos respecto de la aplicación retroactiva de leyes de migración, encontrando que las normas del debido proceso contenidas en los instrumentos del sistema pueden aplicarse, no sólo a procesos de carácter penal, sino también a procesos que no revisten ese carácter, para determinar los derechos y obligaciones civiles, laborales o de otra naturaleza, incluidos los procesos no penales contra no ciudadanos[79].

100. La Comisión puede añadir que, si bien no se trata de un proceso penal, la deportación, que tiene por efecto remover al migrante de sus lazos familiares y comunitarios, es un ejemplo del ejercicio del poder punitivo del Estado, y por ello le resultan aplicables los principios de legalidad e irretroactividad.

101. Luego de aclarar que el artículo 9 puede ser aplicable a los hechos descritos en el caso, la Comisión podría alegar que la legislación de Tynalandia resulta violatoria de las disposiciones de dicho artículo puesto que asigna consecuencias específicas a aquellos que han sido convictos en el pasado por delitos cuya calificación está siendo modificada en virtud de la Ley. Así, en virtud de la aplicación de la Ley 24.326, promulgada en 1994, se decidió la deportación de Rosalie Fournier en el año 2003 a causa de un delito que ella cometió a principios de 1982 y por el que ya había cumplido la sanción que le fuera impuesta en ese entonces por el Juez. Al respecto, Comisión puede alegar que la aplicación retroactiva de la Ley 24.326 con el efecto de imponer la deportación obligatoria de aquellos inmigrantes que hayan cometido delitos que posteriormente han sido calificados como delitos agravados, resulta violatoria del artículo 9 de la Convención.

102. La Comisión podría agregar que las leyes retroactivas son contrarias a la seguridad jurídica, puesto que no permiten que los individuos basen sus expectativas en las leyes vigentes si están expuestos a que esas leyes cambien en cualquier momento y se apliquen con carácter retroactivo. En ese sentido, la Comisión podría realizar un alegato sobre los efectos crueles en la vida de las personas, de una decisión de deportación adoptada con carácter retroactivo. Por ejemplo, si Rosalie Fournier hubiese sido deportada en 1982, es decir, al momento de los hechos en virtud de los cuales se la deportó en el año 2003, ella no hubiese formado una familia y no hubiese fortalecido vínculos con su comunidad durante aproximadamente 20 años. Así, al aplicar retroactivamente la Ley 24.326, Rosalie Fournier está siendo esencialmente castigada

[79] CIDH, Informe N° 56-06, Petición 08-03 Wayne Smith (Estados Unidos), 20 de julio de 2006, párrafo 51. CIDH, Informe N° 49-99, Caso 11.610 Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México), 13 de abril de 1999, párrafos 46 y 65-70.

por un acto que cometió dos décadas atrás, y que a pesar de haber cumplido en su momento con la sanción dispuesta, hoy ese acto está trayendo consecuencias no sólo a ella sino también a su hijo y sus allegados.

B. ALEGATOS DEL ESTADO

103. En cuanto a la aplicación del artículo 9 a los hechos descritos ene l presente caso, el Estado podría sostener que no existen pruebas de que el artículo 9 de la Convención Americana hubiese sido concebido para ser aplicado a la detención y deportación en casos de inmigración, sino que se aplica únicamente a casos penales. Al respecto, el Estado podría notar que la misma Comisión ha establecido que "la deportación en un contexto de inmigración no constituye un castigo por delitos pasados sino más bien una consecuencia civil de la carencia del derecho de un extranjero a permanecer en [el Estado] y de su incumplimiento de las leyes internas"[80].

104. El Estado puede argumentar que, si la deportación constituyera un castigo o una sanción, entonces ciertas garantías deben aplicarse, puesto que sería como aplicar una segunda pena a un delito que ya pagó. Sin embargo, si se considera que la deportación es sólo una consecuencia legal de la falta de derecho de Rosalie Fournier a permanecer legalmente en Tynalandia, no sería aplicable el principio de retroactividad de las penas.

105. En consecuencia, el Estado puede alegar que, en el contexto de un procedimiento administrativo de deportación, está facultado para aplicar las leyes migratorias para abordar aquello que ocurrió antes de la promulgación de dicha legislación. El Estado también podría sostener que, al promulgar la Ley 24.326, el órgano legislativo dejó en claro su intención de aplicar la nueva definición de delito agravado a la conducta anterior a la promulgación de la ley, al margen de que la condena fuera anterior o posterior a dicha promulgación.

106. El Estado podría afirmar que, lo contrario, "comprometería la capacidad del Estado de enmendar sus leyes o su política de inmigración ante un cambio en las condiciones económicas y sociales del mundo"[81].

d. Derecho a la Protección de la Honra y de la Dignidad

107. El artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que:

> Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad
>
> 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
> 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

[80] CIDH, Informe N° 56-06, Petición 08-03 Wayne Smith (Estados Unidos), 20 de julio de 2006, párrafo 41.
[81] Así lo han alegado otros Estados ante la Comisión. Al respecto, véase: CIDH, Informe N° 56-06, Petición 08-03 Wayne Smith (Estados Unidos), 20 de julio de 2006.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

108. Una disposición similar se encuentra en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, cuyo artículo 14 dispone que "[n]ingún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia u otras comunicaciones ni a ataques ilegales contra su honor y buen nombre. Todos los trabajadores migratorios tendrán derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

109. Respecto del artículo 11 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana ha señalado que su objetivo principal es proteger a las personas de la acción arbitraria de las autoridades del Estado que infrinja su esfera privada, y ha advertido que dicha norma tiene el propósito de asegurar que toda reglamentación (u otra medida) que restrinja este derecho sea congruente con las normas y objetivos de la Convención, y sea razonable en las circunstancias imperantes[82].

110. La Comisión, en consecuencia con lo decidido por la Corte Europea, ha aclarado que las disposiciones del artículo 11 abarcan una serie de factores que hacen a la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales[83]. Según la jurisprudencia de la CIDH, el artículo 11 garantiza una esfera que nadie puede invadir, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo.

111. El inciso 2 del artículo 11 de la Convención prohíbe específicamente la interferencia "arbitraria o abusiva" de ese derecho. La disposición indica que, además de la condición de legalidad, que se debe observar siempre que se imponga una restricción a los derechos consagrados en la Convención, el Estado tiene la obligación especial de prevenir interferencias "arbitrarias o abusivas". Al respecto, la Comisión ha estimado que la idea de "interferencia arbitraria" se refiere a elementos de injusticia, imposibilidad de predecir, y falta de razonabilidad y proporcionalidad de las injerencias del Estado en la vida privada[84]. Según la Comisión, "la garantía contra la arbitrariedad tiene el propósito de asegurar que toda reglamentación (u otra medida) de este tipo sea congruente con las normas y objetivos de la Convención, y sea razonable en las circunstancias imperantes"[85].

112. La Corte Interamericana, en el marco de la Opinión Consultiva 17, estimó que el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño. La Corte añadió que el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, y que cuando se analiza la separación del niño de su familia debe tomarse en especial consideración

[82] CIDH, Informe Nº 4/01, Caso 11.625 María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), párrafo 47.
[83] CIDH, Informe Nº 4/01, Caso 11.625 María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), párrafo 46. Véase también, entre otros, Corte Europea de Derechos Humanos, Gaskin v. Reino Unido, Ser. A No. 169; Niemetz v. Alemania, Ser. A No. 251-B, párrafo 29.
[84] CIDH, CIDH, Informe Nº 38/96, Caso 10.506 X & Y (Argentina), 15 de octubre de 1996, párrafos 91 y 92.
[85] CIDH, Informe Nº 4/01, Caso 11.625 María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), párrafo 47.

lo dispuesto por el artículo 11(2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [86].

113. La Corte ha aclarado que un proceso judicial no constituye, por sí mismo, una afectación ilegítima del honor o de la dignidad de la persona. El proceso sirve al objetivo de resolver una controversia, aunque ello pudiera acarrear, indirectamente, molestias para quienes se hallan sujetos al enjuiciamiento. De sostenerse lo contrario, según la Corte, quedaría excluida de plano la solución de los litigios por la vía contenciosa[87].

114. De lo anterior puede concluirse que, si bien en el derecho a la vida privada, como otros derechos, no es absoluto, toda restricción o limitación que se imponga al ejercicio por una persona de su vida privada debe estar prescrita por ley y tiene que ser necesaria para la seguridad de todos y de acuerdo con las justas exigencias de una sociedad democrática, y su aplicación debe ser proporcionada y pormenorizadamente adaptada al objetivo legítimo que la hace necesaria[88].

A. ALEGATOS DE LA COMISIÓN

115. A la luz de las consideraciones anteriores, la Comisión podría señalar que, en primer lugar, la detención de Rosalie Fournier durante seis meses antes de la audiencia ante el juez fue violatoria del artículo 11 de la Convención, tomando en cuenta que existían medios menos restrictivos que el Estado pudo utilizar para garantizar su presencia en el juicio sin tener que separarla de su hijo interferir así en su vida privada.

116. En segundo lugar, la Comisión podría alegar que el hecho de que los policías que investigaban el robo de computadores le hayan preguntado sobre su situación migratoria en Tynalandia cuando ello no era parte del objeto de la investigación, podría también constituir una injerencia arbitraria en su vida privada.

117. En tercer lugar, la Comisión podría señalar que concebir a la prostitución como un delito y, más aún, elevarlo a la categoría de delito federal agravado, implica una intromisión arbitraria en la vida privada de la mujer, puesto que limita su derecho a mantener relaciones sexuales voluntarias con quien consideren oportuno, sean comerciales o no. La Comisión podría alegar que prescribir la prostitución como un delito no es conforme con el resto de obligaciones contenidas en la Convención Americana. Si bien no existen pronunciamientos al respecto en el marco del sistema interamericano, a fines de fundamentar esta posición los equipos podrían hacer referencia a los estándares internacionales desarrollados en el contexto del derecho al trabajo, así como también en el contexto del derecho a la salud de las mujeres, donde se ha reconocido los daños asociados con la criminalización del trabajo sexual así como la necesidad de descriminalizar esa práctica[89]. La Comisión podría además subrayar

[86] Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 71.
[87] Corte IDH, Caso Cesti Hurtado. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párrafo 177. También véase Caso Bueno Álves, párrafo 122.
[88] Véase, CIDH, Informe N° 38-96, Caso X & Y (Argentina), 15 de octubre de 1996, párrafo 71.

[89] Los guidelines internacionales de Naciones Unidas sobre HIV/Sida sugieren que las leyes penales deben descriminalizar el trabajo sexual que no involucre victimización, y regular las condiciones de seguridad para

que, si bien el artículo 6 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer establece la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer, ello no puede ser interpretado en el sentido de que la prostitución deba ser asimilada a un crimen. La Comisión puede resaltar que no es lo mismo hablar de prostitución que hablar de prostitución forzada, dado que la primera es un intercambio libre y consentido de relaciones sexuales, mientras que la prostitución forzada es una práctica ilegal. Asimismo, la Comisión puede referir que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha considerado que la pobreza y la falta de empleo lleva a que muchas mujeres deban prostituirse, lo que las vuelve especialmente vulnerables a la violencia ya que su estatus, que en algunos casos es ilegal, tiende a marginarlas. Por ello, el Comité ha recomendado que los Estados adopten medidas preventivas, incluyendo normas penales, para proteger a las mujeres que se han involucrado en la prostitución. No obstante, no se ha recomendado que los Estados adopten medidas para sancionarlas[90]. Cabe señalar que la prohibición de la prostitución puede llegar a ser aún más grave en los casos de migrantes, en el sentido de que el miedo a la deportación impide que quienes se dedican al trabajo sexual puedan denunciar casos de violencia o malos tratos.

118. Finalmente, la Comisión podría resaltar que el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada incluye la protección de los lazos de una persona con su comunidad y con su sociedad más allá de las relaciones familiares. Al respecto, la Comisión podría alegar que Rosalie Fournier llevaba más tiempo viviendo en Tynalandia de lo que vivió en Evaristo, y que por lo tanto es ahí donde ha desarrollado fuertes lazos comunitarios, incluso con la comunidad de evaristanos que residen en Tynalandia, con quienes ha formado no sólo un grupo de danza sino una profunda amistad.

119. En ese sentido, la Comisión podría alegar que, el hecho de que la Ley 24.326 prescriba la deportación como una medida obligatoria aplicable a todos los casos en que una persona haya cometido un delito agravado, impide al juzgador balancear la necesidad de proporcionalidad entre esa medida y los intereses afectados, entre ellos el derecho de la señora Fournier a desarollar sus vínculos comunitarios y profesionales en Tynalandia. La CIDH podría añadir que la falta de consideración hacia estas relaciones resulta más grave mientras más se alarga la estadía de una persona en el país receptor, en este caso Tynalandia.

120. En el presente caso, la decisión del Estado de Tynalandia ha privado totalmente a Rosalie Fournier de su conexión con el lugar que ella ahora considera su hogar, lo que se agrava por el hecho de que no se tiene conocimiento de que mantenga algún vínculo familiar o social en Evaristo. De tal forma, el impacto que la decisión del Estado tiene sobre los derechos humanos de Rosalie Fournier debió, por lo menos, ser

---

proteger a los trabajadores sexuales y sus clientes. Véase: UN High Commissioner for Human Rights and UNAIDS, 1998: Guideline 4 (para. 29c).

[90] Véase: Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Observación General 19 (1992), párrafos 13-16 y recomendación N° 24.

considerado con seriedad por el juez. Sin embargo, la Ley 24.326 no le otorga al juez la discrecionalidad suficiente para considerar posibles injerencias arbitrarias en la vida privada de una persona. La Comisión podría alegar que la falta de proporcionalidad entre los efectos de la deportación en la vida privada de de Rosalie Fournier y los motivos para llevar a cabo dicha deportación, tornó a esa decisión de arbitraria.

B. ALEGATOS DEL ESTADO

121. Por su parte, el Estado podría alegar que la injerencia en la vida privada de Rosalie Fournier estuvo adecuadamente justificada en virtud de lo establecido por la Ley 24.326, cuyo propósito es mantener el orden público y la seguridad ciudadana en Tynalandia. Así, el Estado puede argumentar que al dictar la Ley el órgano legislativo ya consideró el balance entre la los efectos que la deportación tiene en una persona, y la necesidad de prohibir la permanencia en Tynalandia de aquellos individuos que han cometido ciertas ofensas criminales, llegando a la conclusión de que el bienestar de la sociedad en general pesa más que la necesidad de ciertos individuos de mantener sus vínculos sociales. Por lo tanto, no hace falta que los jueces repitan este análisis caso por caso.

122. En relación con la posibilidad de aplicar medidas alternativas la detención para no interferir en la vida privada de Rosalie Fournier, el Estado podría alegar que, dado que ella estaba enfrentada a una decisión inminente de deportación, la detención era la única medida razonable para asegurar su presencia en el juicio.

123. Por otro lado, el Estado puede alegar que el derecho a la vida privada no implica que Rosalie Fournier tenga derecho a esconder de las autoridades la ilegalidad de su estado migratorio.

124. El Estado también puede alegar que tiene plena autoridad para definir qué acciones pueden constituir delitos en tanto amenazan contra la seguridad pública de sus ciudadanos, y en ese sentido podría afirmar que la prostitución es una práctica que reviste peligrosidad social y en ocasiones está asociada a otros delitos. El Estado puede añadir que, incluso, está en la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para coadyuvar a la lucha contra la explotación de la prostitución, y que al hacerlo está dando cumplimiento al artículo 6 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer en el que se establece la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer. Asimismo, el Estado podría señalar que la Corte Europea, en el caso de Tremblay ontra Francia, afirmó que la prostitución forzada resulta incompatible con los derechos humanos y la dignidad humana[91]. Asimismo, la Observación General 28 sobre el artículo 3 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (*CCPR/C/21/Rev.1/Add.10; A/55/40, Vol. I, (2000), Annex VI B (p. 133-139*), establece la obligación de los Estados de informar al Comité sobre las medidas adoptadas para eliminar la prostitución forzada.

[91] Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Tremblay v. France, Sentencia de 9 de septiembre de 2007. Cabe resaltar que la CorteEuropea no se pronunció sobre si prostitución en sí misma constituía un trato inhumano o degradante a la luz de lo establecido por el artículo 3 de la Convención Europea.

125. Por lo demás, el Estado podría alegar que, en caso de que se haya producido una verdadera afectación a los lazos comunitarios y sociales de Rosalie Fournier en Tynalandia, dicha afectación no fue producto de una acción u omisión del Estado con ese propósito, sino que fue una consecuencia de los actos de Rosalie Fournier, de los cuales no puede responsabilizarse al Estado.

126. El Estado no puede perder de vista que Rosalie Fournier estuvo en Tynalandia, en contravención de sus leyes, desde junio de 1981 hasta enero de 2004, y por lo tanto el Estado, en cumplimiento de su deber de garantizar el orden y el bienestar de sus ciudadanos, puede alegar que tiene un interés legítimo en expulsarla.

e. Derecho a la Protección a la Familia

127. El Artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que:

> Artículo 17. Protección a la Familia
>
> 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
> 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
> 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
> 4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
> 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

128. La Corte Interamericana ha decidido que, para que se produzca una violación del artículo 17 de la Convención, la afectación de la vida familiar debe producirse en virtud de una acción u omisión específica del Estado con tal fin, y no como consecuencia de, por ejemplo, un proceso penal o la desaparición forzada de una persona[92].

129. A criterio de la Comisión, el artículo 17 "reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. Es un derecho tan básico de la Convención que se considera que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas"[93]. Al mismo tiempo, la CIDH ha reconocido que el derecho a la vida de familia "puede sufrir ciertas limitaciones inherentes al mismo. Hay circunstancias especiales, como el encarcelamiento o el servicio militar que, aunque no suspenden el derecho, inevitablemente afectan su ejercicio y no permiten que se disfrute

[92] Corte IDH, Caso Fermín Ramírez, Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párrafo 121. y Caso Castillo Páez, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párrafos 85-86.
[93] CIDH, Informe N° 38-96, Caso X & Y (Argentina), 15 de octubre de 1996, párrafo 96.

plenamente de él"[94]. Además del encarcelamiento, la deportación podría ser una circunstancia que indudablemente puede afectar el ejercicio de este derecho.

130. Respecto de la detención de las personas y el derecho a la protección de la familia, la Comisión ha considerado que "el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias y de respetar los derechos fundamentales de todas las personas contra las interferencias abusivas y arbitrarias por parte del Estado y sus funcionarios públicos"[95].

131. Asimismo, la Comisión ha sostenido que "el Estado está obligado a facilitar el contacto del recluso con su familia, no obstante las restricciones a las libertades personales que conlleva el encarcelamiento. En este sentido, la Comisión ha reiterado en varias ocasiones que el derecho de visita es un requisito fundamental para asegurar el respeto de la integridad y libertad personal de los internos y, como corolario, el derecho de protección a la familia de todas las partes afectadas. Justamente, en razón de las circunstancias excepcionales que presenta el encarcelamiento, el Estado tiene la obligación de tomar medidas conducentes a garantizar efectivamente el derecho de mantener y desarrollar las relaciones familiares. Por lo tanto, la necesidad de cualquier medida que restrinja este derecho debe ajustarse a los requisitos ordinarios y razonables del encarcelamiento"[96].

132. En relación con las decisiones que implican la deportación de un miembro de la familia, la Comisión Interamericana ha reconocido que los derechos que rigen la protección de la familia pueden ser elementos pertinentes en el contexto de los principios y normas del sistema interamericano de derechos humanos para evaluar la expulsión de no ciudadanos de los Estados miembros de la OEA[97]. A juicio de la Comisión, los Estados indudablemente tienen el derecho y el deber de mantener el orden público a través del control del ingreso, la residencia y la expulsión de extranjeros, no obstante, ese derecho debe equilibrarse en relación al perjuicio que se puede causar a los derechos de las personas involucradas en el caso particular[98].

133. Según la Comisión Interamericana, cuando está en disputa la expulsión de personas que por largo tiempo han tenido la condición de residentes permanentes, el proceso de expulsión debe tomar en cuenta suficientemente el derecho a la vida familiar. Así, la Comisión ha señalado que: "en los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin. La aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso

[94] CIDH, Informe N° 38-96, Caso X & Y (Argentina), 15 de octubre de 1996, párrafo 97.
[95] CIDH, Informe N° 38-96, Caso X & Y (Argentina), 15 de octubre de 1996, párrafo 97.
[96] CIDH, Informe N° 38/96, Caso 10.506 (Argentina), 15 de octubre de 1996, párrafo 98.
[97] Véase, CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, 16 de abril de 2001, párrafos 18-21. Véase también Informe N° 56-06, Petición 08-03 Wayne Smith (Estados Unidos), 20 de julio de 2006, párrafo 50.
[98] CIDH, Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, (OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev.), 28 de febrero de 2000, párrafo 166.

por caso y que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias"[99].

134. La Comisión ha sido enfática en recomendar que los Estados emprendan acciones encaminadas a mejorar "el cumplimiento, en la toma de decisiones en todos los niveles, de la obligación internacional de considerar el principio de reunificación y unidad familiar", así como también "el apego de dichas decisiones al estándar mediante el cual las expulsiones que separan a familias son una medida altamente excepcional que requiere de una justificación sumamente seria para pasar por alto la resultante interferencia en la vida familiar"[100]. La Corte Interamericana se ha pronunciado respecto de la separación de los niños de su familia, señalando que "el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal"[101].

135. La Corte Europea ha establecido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia[102], y ha sostenido también que puede haber situaciones en las cuales el derecho a la asociación familiar pese más que el interés del Estado en deportar a un no ciudadano, aun cuando se considere que este plantea una amenaza para la sociedad y el orden público. En ese sentido, la Corte Europea ha considerado pertinente analizar la proporcionalidad del objetivo de la deportación permanente de un individuo en relación con sus vínculos con el país de origen, el país de destino, y particularmente sus relaciones familiares. Según la Corte Europea, cualquier decisión de un Estado con el fin de mantener el orden público, en caso de que interfiera con un derecho protegido por la Convención, debe ser necesaria en una sociedad democrática, es decir, debe estar justificada por una necesidad social imperante y ser proporcional con el fin legítimo que busca[103].

136. Al balancear los intereses que están en juego en una deportación, la Corte Europea ha decidido en varios casos que los vínculos de un inmigrante con su comunidad son tan fuertes que su expulsión no resulta necesaria en una sociedad democrática, o no es proporcional al fin legítimo perseguido, y por tanto ha declarado una violación al derecho a la vida familiar. Entre los criterios tomados en consideración por la Corte Europea, se encuentran la cantidad de tiempo que ha permanecido el inmigrante en el país receptor, sus vínculos con el país de origen, sus relaciones familiares en el país receptor, los efectos en la familia y la comunidad donde vive[104]. De

[99] CIDH, Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, (OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev.), 28 de febrero de 2000, párrafo 166.

[100] CIDH, Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, (OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev.), 28 de febrero de 2000, párrafo 180 (recomendaciones 2 y 3).

[101] Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 77.

[102] Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Buchberger v. Austria, Sentencia de 20 de diciembre de 2001, párrafo 35; Caso de T y K v. Finlandia, Sentencia de 12 de julio de 2001, párrafo 151; Caso Elsholz v.Alemania, Sentencia de 13 de Julio de 2000, párrafo 43; Caso Bronda v. Italia, Sentencia de 9 de junio de 1998, párrafo 51; y Caso Johansen v. Noruega, Sentencia de 7 de agosto de 1996, párrafo 52.

[103] Corte Europea de Derechos Humanos, caso Mehemi v. Francia, Sentencia de 1997, párrafo 34 y caso Bouchelikia v. Francia, Sentencia de 1998, párrafos 65 y 48.

[104] Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Moustaquim v. Bélgica, Sentencia de 18 de febrero de 1991; Caso Beldjoudi/Teychene v. Francia, Sentencia de 1990; Caso Lamguindaz v. El Reino Unido, Sentencia de 28 de junio de 1993.

hecho, dicha Corte ha encontrado que prevalecen los derechos del inmigrante a que el Estado no interfiera arbitrariamente en su vida, aún en casos en que el inmigrante haya sido convicto por crímenes graves.

137. En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Reconociendo la importancia de considerar la unidad familiar en casos de deportación, el Comité ha encontrado que la deportación ha constituido una violación ilegítima del derecho a la unidad familiar[105]. Este Comité incluso ha determinado que antes de la deportación es necesario que se lleven a cabo audiencias para considerar los lazos familiares[106].

138. Por su parte, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en su artículo 56(3), dispone que, al considerar si se va a expulsar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo, deben tenerse en cuenta consideraciones de carácter humanitario y también el tiempo que la persona de que se trate lleve residiendo en el Estado de empleo.

A. ALEGATOS DE LA COMISIÓN

139. La Comisión podría alegar que el Estado de Tynalandia ha vulnerado el derecho a la protección familiar en dos momentos: en primer lugar, al separar a Rosalie Fournier de su hijo durante la detención y, en segundo lugar, al decidir su deportación y prohibición de regresar a Tynalandia.

140. En relación con la detención, la Comisión puede alegar que Rosalie Fournier no debió haber sido detenida, puesto que existen alternativas a la detención que pudieron aplicarse para garantizar que ella se presente al juicio sin tener que separarla de su familia. Respecto al lugar de detención, la Comisión puede resaltar que el Centro Gándara se encontraba a 13 horas de distancia de la ciudad donde vivía el hijo de Rosalie Fournier, y que al llevarla allá el Estado impidió el contacto natural entre ella y su hijo Bruno Tamba, a quien vio por última vez el 27 de mayo de 2003.

141. En relación con la deportación, la Comisión puede alegar que la decisión de deportar a Rosalie Fournier se adoptó en virtud de una Ley que prescribe la deportación obligatoria de quienes cometen delitos agravados, y por tanto no permitió a las autoridades realizar un análisis respecto de los posibles derechos o intereses afectados por la decisión. Así, la Comisión puede resaltar que el perjuicio que inevitablemente se causaría en la relación familiar de Rosalie Fournier y su hijo, no fue tomado en consideración por las autoridades que decidieron la deportación.

142. La Comisión puede alegar que las razones que justificaron la interferencia en la vida de la familia Fournier no fueron lo suficientemente serias, puesto que se referían a un delito cometido hace más de veinte años, y que por tanto, si hubiese existido la posibilidad de que los jueces pongan en una balanza, por un lado, esas razones y por otro, la afectación a la vida familiar, la deportación de Rosalie Fournier hubiese

[105] ONU, Comité de Derechos Humanos, Caso Winata c. Australia, Sentencia de 26 de julio de 2001, Comunicación N° 930/2000. También Caso Madafferi c. Australia, sentencia de 26 de agosto de 2004.
[106] ONU, Comité de Derechos Humanos, Caso Stewart c. Canada, Sentencia de Noviembre de1996; Caso Canepa v. Canada, Sentencia de 11 de abril de 1997.

resultado a todas luces desproporcional e innecesaria. Al ser desproporcional, la deportación resulta en una interferencia arbitraria en la familia y una violación del artículo 17 de la Convención.

B. ALEGATOS DEL ESTADO

143. En relación con la forma en la que la detención de Rosalie Fournier pudo afectar su derecho a la protección de la familia, el Estado puede alegar que el Centro Gándara es el centro de detención de migrantes más cercano a la ciudad donde se encontraba residiendo Rosalie Fournier, y que no podía detenerla en uno de los centros de detención comunes de la ciudad, pues ello implicaría detenerla junto con procesados o condenados por delitos penales, en contravención de lo establecido por el artículo 7 de la Convención. El Estado puede resaltar que no restringió en ningún momento el derecho de visitas de Rosalie Fournier y que facilitó las comunicaciones telefónicas regulares con su familia.

144. Por lo demás, el Estado podría alegar que, si bien no niega que se haya producido una afectación de la vida familiar de Rosalie Fournier y Bruno Tamba, dicha afectación no fue producto de una acción u omisión del Estado de Tynalandia con ese propósito, sino que fue una consecuencia de los actos de Rosalie Fournier, de los cuales no puede responsabilizarse al Estado. En ese sentido, el Estado podría fundamentar sus alegatos en lo decidido por la Corte Interamericana en los casos de Fermín Ramírez y Castillo Páez[107], donde se estableció que para que se afecte el artículo 17 debe comprobarse que el Estado tuvo la intención de producir esa afectación en la vida familiar.

145. El Estado puede argumentar además que la interferencia en la vida familiar de Rosalie Fournier estuvo adecuadamente justificada en virtud de lo establecido por la Ley 24.326, cuyo propósito es mantener el orden y la seguridad ciudadana en Tynalandia. Así, el Estado puede argumentar que ya el órgano legislativo consideró el balance entre los efectos de la deportación y la gravedad de permitir que continúen en el país individuos que han cometido ciertas ofensas criminales, y por lo tanto no hace falta que los jueces repitan este análisis.

146. El Estado puede alegar, como lo han hecho otros Estados en procedimientos ante la Comisión, que someter su decisión a la necesidad de protección legal en virtud de consideraciones familiares "equivaldría a un 'cheque en blanco' en términos de un supuesto derecho sustantivo de estar en libertad en un país que no es el propio sin tomar en consideración las leyes de inmigración u otra legislación de ese Estado"[108].

147. El Estado no puede perder de vista que Rosalie Fournier estuvo en Tynalandia, en contravención de sus leyes, desde junio de 1981 hasta enero de 2004, y por lo tanto el Estado tiene un interés legítimo en expulsarla.

f. Derechos del Niño

[107] Corte IDH, Caso Fermín Ramírez, Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párrafo 121 y Caso Castillo Páez, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párrafos 85-86.
[108] Véase, CIDH Informe Nº 19/02, Caso 12.379 Mario Alfredo Lares-Reyes, Vera Allen Frost y Samuel Segura (Estados Unidos), 27 de febrero de 2002, párrafo 40.

148. El artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

Artículo 19. Derechos del Niño

> Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

149. A criterio de la Corte Interamericana, los niños, además de los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos, tienen también derechos especiales derivados de su condición. Por ello, la Corte ha entendido que el artículo 19 debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan protección especial[109]. La CIDH ha señalado al respecto que "el reconocimiento del deber de dar protección especial a los niños se basa en la necesidad de proteger todo el conjunto de sus intereses --en los ámbitos social, económico, civil y político"[110].

150. En ese sentido, según la Corte, los Estados tienen el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños bajo su jurisdicción, y "cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades"[111].

151. La Corte ha estimado también que las medidas a las que se refiere el artículo 19 de la Convención Americana "exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños"[112].

152. También debe recordarse que el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) dispone en su artículo 16 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, y que todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, salvo circunstancias excepcionales reconocidas judicialmente.

---

[109] Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor", Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrafo 147; y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 54.

[110] CIDH, Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, (OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev.), 28 de febrero de 2000, párrafo 164.

[111] Corte IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafo 124; Caso Bulacio, Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrafo 134; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 56.

[112] Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor", Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrafo 149.

153. Adicionalmente, el artículo 19 de la Convención Americana está informado por las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas. Así lo ha entendido la Corte Interamericana al señalar que "tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un amplio *corpus juris* internacional de protección de los niños que sirve a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana"[113].

154. La Convención sobre los Derechos del Niño contiene varias disposiciones que son particularmente relevantes para el caso que hoy estamos analizando. Así, establece en su artículo 3 que "[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

155. El artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en consonancia con el artículo 11(2) de la Convención Americana, obliga a los Estados Partes a respetar el derecho del niño a las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, señalando que esas relaciones familiares son parte de su identidad. En consonancia con el artículo 8, el artículo 16 señala expresamente que "[n]ingún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación", estableciendo el derecho de todo niño a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

156. La citada Convención sobre los Derechos del Niño contiene también referencias específicas para los casos de separación del niño de sus padres, y en su artículo 9 establece que "[l]os Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño". El inciso 2 del artículo 9 añade que todo procedimiento entablado para determinar la separación del niño de sus padres debe ofrecer a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. El inciso 3 del artículo 9 señala la obligación de los Estados de respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

157. La Convención sobre los Derechos del Niño se refiere además, en su artículo 10, a la obligación de los Estados de atender "de manera positiva, humanitaria y expeditiva" toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia. Dicho artículo dispone que, con

[113] Corte IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafo 166; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 24; y Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafo 194.

el objetivo de garantizar el derecho a mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos con ambos padres, los Estados respetaran el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país, derecho que sólo puede estar sujeto a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por dicha Convención.

158. Finalmente, resulta pertinente tomar en cuenta que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados deben garantizar 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. Específicamente en cuanto a los procedimientos judiciales o administrativos que lo afecten, señala que se dará al niño la oportunidad de ser escuchado, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

159. La Corte Interamericana ha considerado los procesos judiciales que podrían tener efectos en los derechos de niños y niñas, y al respecto ha establecido que cualquier actuación que afecte a un niño "debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad"[114]. La Corte también ha notado que "las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño"[115].

160. Incluso más allá de los procesos judiciales, la Corte ha llegado a afirmar que "en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia"[116]. La Comisión Interamericana ha coincidido con la necesidad de que el deber de protección especial implica necesariamente que los intereses del niño sean tomados en cuenta en la adopción por parte del Estado de decisiones que lo afecten y que tales decisiones velen por la protección de los intereses del niño[117]. En ese sentido, la CIDH expresado su preocupación particular por la ausencia de oportunidades procesales para que los intereses del niño sean considerados en los procedimientos que involucran la deportación de uno o ambos padres[118].

---

[114] Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafos 112-114.
[115] Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor", Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrafo 209; y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 95
[116] Corte IDH, Opinión Consultiva 17, párrafo 65.
[117] CIDH, Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, (OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev.), 28 de febrero de 2000, párrafo 163.
[118] CIDH, Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, (OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev.), 28 de febrero de 2000, párrafo 159.

161. Específicamente en relación con el respeto de los derechos del niño y el derecho a la vida familiar en procedimientos de deportación, la Comisión ha considerado que los Estados deben emprender acciones adicionales encaminadas a mejorar el cumplimiento, en la toma de decisiones en todos los niveles del proceso, de la obligación de tomar en cuenta los intereses del niño en toda decisión que lo afecte y de garantizar que, en los casos en que el niño sea capaz de expresar sus opiniones, éstas sean tomadas en cuenta[119].

162. Cabe mencionar que, respecto de la situación particularmente vulnerable de los menores separados de su familia, el Comité sobre los Derechos del Niño emitió en el año 2005 una Observación General sobre el "[t]rato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen" (Observación General N° 6). Es posible que los participantes citen esta observación para fundamentar sus alegatos. Sin embargo, es necesario que los jueces tomen en cuenta que dicha observación general restringió su aplicación a los menores no acompañados y separados de su familia que se encuentran fuera de su país de nacionalidad. De tal forma, la Observación General N° 6 no se aplica a los niños que no hayan cruzado una frontera internacional.

A. ALEGATOS DE LA COMISIÓN

163. La Comisión puede alegar que no está comprobado que el interés superior del niño haya sido la consideración primordial de las autoridades migratorias de Tynalandia que decidieron la deportación de Rosalie Fournier y dejaron a Bruno Tamba bajo la custodia de su padre, con quien no había tenido más que una relación esporádica. Más aún, la CIDH puede señalar que no se otorgó a Bruno Tamba, quien a ese entonces tenía 14 años de edad y por tanto estaba en condiciones de formarse un juicio propio, oportunidad alguna en el proceso para participar de él y dar a conocer su opinión. Ni siquiera estuvo prevista una oportunidad procesal para la participación de un órgano apropiado para representar los intereses de Bruno Tamba.

164. La Comisión podría alegar también que la obligatoriedad de aplicar la deportación a las personas que hayan sido convictas de un delito agravado, conforme lo prescribe la Ley 24.326, vulnera directamente el derecho de que toda decisión de separar a un niño de su padre o madre sea adecuadamente considerada en virtud del interés superior del niño. Si bien el Estado hizo referencia en su sentencia al interés superior de Bruno Tamba, no aparece que en virtud de ese interés superior el juez haya estado en la posibilidad de decidir, por ejemplo, que no procede la deportación de Rosalie Fournier. Así, no puede decirse que el interés superior del niño haya sido una consideración lo suficientemente seria y primordial, ya que la Ley 24.326 no permite suficiente discreción a los jueces como para tomar una decisión distinta en virtud del interés del niño.

165. La Comisión puede señalar que la deportación de su madre, al ser una medida desproporcional con el fin buscado, afectó también el derecho de Bruno Tamba a la protección contra las injerencias arbitrarias del Estado en su vida familiar, privándolo para siempre de estar bajo el cuidado de su madre y mantener un contacto diario con ella.

[119] CIDH, Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, (OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev.), 28 de febrero de 2000, párrafo 180.

B. ALEGATOS DEL ESTADO

166. El Estado puede alegar que fue precisamente en aplicación del principio del interés superior del niño que las autoridades judiciales decidieron que era mejor que Bruno Tamba permanezca en Tynalandia bajo el cuidado de su padre, con quien ya había convivido sin incidentes mientras Rosalie Fournier estuvo detenida a la espera de la audiencia ante el Juez de Migración. El Estado puede alegar que en Tynalandia existen mejores condiciones que en Evaristo para otorgarle la mejor protección y asistencia a Bruno Tamba, quien además era ciudadano de Tynalandia, y como tal puede acceder a todos los beneficios de salud, educación y bienestar que el Estado ofrece.

167. El Estado puede alegar que, siendo Bruno Tamba ciudadano de Tynalandia, no podía haberlo expulsado legítimamente a Evaristo junto con su madre. Más aún, hacerlo hubiese implicado separar a Bruno Tamba de su padre, sin que exista una justificación necesaria para hacerlo. En ese sentido, el Estado puede alegar que los intereses del niño Bruno Tamba sí fueron tomados en cuenta e incluso forman parte de la sentencia de 18 de diciembre de 2003.

168. Estado puede alegar que fue en el mejor interés del niño permanecer bajo la custodia de su padre y continuar con su educación en Tynalandia. El Estado puede añadir que respeta el derecho del niño a salir del país en cualquier momento e ir a visitar a su madre en Evaristo.

g. Derecho de Circulación y de Residencia

169. El artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala:

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

> 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
> 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
> 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
> 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
> 5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
> 6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
> 7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes

conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

170. En relación con este artículo, la Corte Interamericana ha sostenido que "la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona"[120]. La Corte también ha coincidido con lo señalado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU[121] en el sentido de que el derecho de circulación y de residencia consiste, *inter alia*, en lo siguiente: "a) el derecho de quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado a circular libremente en ese Estado y escoger su lugar de residencia; y b) el derecho de una persona a ingresar a su país y permanecer en él. El disfrute de este derecho no depende de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar"[122].

171. En cuanto a las restricciones de las que puede ser objeto este derecho, la Corte Interamericana ha decidido que: "el derecho de circulación y de residencia, incluido el derecho a salir del país, pueden ser objeto de restricciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22.3 y 30 de la Convención. Sin embargo, es necesario que dichas restricciones se encuentren expresamente fijadas por ley, y que estén destinadas a prevenir infracciones penales o a proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás, en la medida indispensable en una sociedad democrática"[123]. La Corte ha llamado también la atención respecto de la necesidad de que las restricciones a este derecho guarden proporcionalidad con el fin legítimo perseguido en una sociedad democrática, de manera que se apliquen solamente si no existe otro medio menos restrictivo y durante el tiempo estrictamente necesario para cumplir con su función[124].

172. La Comisión Interamericana ha considerado que el inciso 6 del artículo 22 de la Convención implica que los estados están obligados a legislar sobre las atribuciones de deportación, y que las decisiones así tomadas forman parte de la actividad reglada de la administración pública, y no de su esfera discrecional. La Comisión aclaró que el sentido de "ley" en el artículo 22 no se refiere sólo al aspecto formal de un acto del Poder Legislativo, sino que además, en sentido material, ese acto debe tener un contenido conforme a las normas constitucionales y al estado de derecho, incluyendo conformidad con las obligaciones emanadas de tratados internacionales[125].

---

[120] Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana, Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrafo 110; en igual sentido, Caso Ricardo Canese, Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrafo 115.
[121] O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Comentario general no. 27 de 2 de noviembre de 1999
[122] Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana, Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrafo 110.
[123] Corte IDH, Caso Ricardo Canese, Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrafo 117.
[124] Corte IDH, Caso Ricardo Canese, Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrafo 133.
[125] CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, 16 de abril de 2001, párrafo 97(4).

173. En casos sometidos a su consideración, la Comisión Interamericana ha decidido que se vulnera el derecho garantizado por el artículo 22(6) de la Convención Americana cuando se expulsa a ciudadanos en violación a sus derechos humanos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva[126]. Y en consistencia con dicha decisión ha considerado que el artículo 22 no resguarda a los extranjeros en tanto sean expulsados o extraditados siguiendo el procedimiento legal y las garantías al debido proceso[127].

174. En el mismo sentido tenemos que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en su artículo 22, dispone que cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente, y que los trabajadores migratorios sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley. El artículo 22 de dicho instrumento internacional especifica que la decisión les será comunicada en un idioma que puedan entender. Les será comunicada por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio por otro concepto y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión. Se informará a los interesados de estos derechos antes de que se pronuncie la decisión o, a más tardar, en ese momento.

175. De particular interés sobre el tema resulta también la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Humanos de la ONU[128]. En esta observación el Comité señaló que el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[129] es aplicable a todos los procedimientos que tengan por objeto la salida obligatoria de un extranjero y regula directamente sólo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. Según el Comité, al permitir solamente las expulsiones "en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley", el objetivo de este artículo es claramente impedir las expulsiones arbitrarias. En dicha Observación, el Comité consideró que “se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso. Los principios del artículo 13 relativos a la apelación de la expulsión y al derecho a la revisión del caso por la autoridad competente sólo pueden dejar de aplicarse por razones imperiosas de seguridad nacional. En la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros”.

A. ALEGATOS DE LA COMISIÓN

176. A la luz de lo anterior, la Comisión podría alegar que los objetivos de la Ley 24.326, esto es, responder a la crisis económica y el crecimiento de la inmigración ilegal en Tynalandia, no guardan proporción con las medidas consagradas en la Ley, que resultan demasiado severas para los inmigrantes. La Comisión podría alegar que no resulta legítimo, a la luz de las normas de la Convención, que se deporte a una persona

[126] Véase, CIDH, Informe N° 49-99, Caso 11.610 Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México), 13 de abril de 1999.
[127] CIDH, Informe N° 2/92, Caso 10.289 Sheik Kadir Sahib Tajudeen (Costa Rica), 4 de febrero de 1992
[128] ONU, Comité de los Derechos Humanos: Observación General No. 15, “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”. 27º período de sesiones, (U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 159) (1986).
[129] El artículo 13 dispone: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.”

en virtud de su actividad criminal. Así, la Comisión podría alegar que si bien es posible restringir el derecho establecido por el artículo 22 en virtud de una Ley, la Ley 22.326 no es compatible con las normas de la Convención, puesto que contradice derechos fundamentales garantizados por la Convención, como el derecho a la defensa y la prohibición de irretroactividad de las leyes, entre otros.

177. La Comisión podría también señalar que, dado que la decisión de deportación de Rosalie Fournier se adoptó sin apegarse a todas las garantías del debido proceso, esa decisión resulta violatoria del derecho a la libre circulación contenido por el artículo 22 de la Convención.

178. La Comisión podría alegar que se violó el artículo 22 en tanto al decidirse su deportación no se tomó en cuenta que Rosalie Fournier, en la República de Evaristo, tendría que enfrentarse a condiciones de desigualdad estructural ya que las mujeres recién alcanzaron una igualdad de derecho en el año 1979, pero la igualdad de hecho todavía no existe.

179. La Comisión también podría alegar que el hecho de que la prohibición de regresar a Tynalandia que se impuso a Rosalie Fournier sea una medida permanente y no temporal implica una violación a lo establecido en el artículo 22 de la Convención, puesto que no le permite a Rosalie Fournier intentar regresar de manera legal a Tynalandia, y no prevé un recurso para que su situación sea analizada de forma individual en el futuro. Así, en caso de que las circunstancias en la República de Evaristo cambien, o sus circunstancias personales sean distintas, la aplicación de la Ley 24.326 vulnera su derecho a poder solicitar asilo en Tynalandia, derecho que está establecido en el inciso 7 del artículo 22 de la Convención.

B. ALEGATOS DEL ESTADO

180. El Estado podría alegar que no se ha violado el derecho consagrado en el artículo 22 puesto que los individuos que se encuentren en el país en contravención de las leyes de migración no tienen derecho a la circulación y residencia en él.

181. El Estado puede destacar que la deportación de Rosalie Fournier se realizó en estricto apego a lo establecido en la Ley 24.326, vigente desde marzo de 1994, y respetando además las garantías del debido proceso legal. Rosalie Fournier, al igual que más de un millón de inmigrantes, ha sido deportada en virtud de lo establecido por la Ley 24.326, que está destinada a prevenir la criminalidad y mantener la seguridad y el orden públicos en Tynalandia, fines que pueden ser considerados legítimos en toda sociedad democrática.

182. El Estado podría añadir que no existen suficientes pruebas de que Rosalie Fournier tenga razones legítimas para no poder regresar a la República de Evaristo, que nada indica que sería víctima de persecución en su país de origen y no existe suficiente información para alegar una discriminación hacia todas las mujeres en Evaristo. Por ello, el Estado podría alegar que, al deportar a Rosalie Fournier, quien se encontraba en su territorio en violación de lo establecido por las leyes de Tynalandia, actuó dentro del margen de restricciones posibles al artículo 22, en virtud de su derecho a decidir y legislar respecto de la entrada y salida de extranjeros a su territorio.

h. Derecho a la Igualdad ante la ley

183. El artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala:

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

> Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

184. La Comisión Interamericana ha indicado que el principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y una base fundamental del sistema de protección de los derechos humanos instaurado por la OEA[130]. Sobre la importancia de este derecho, se ha afirmado que la igualdad y la no-discriminación revisten un carácter de principio fundamental que subyace en todo el sistema internacional de los derechos humanos. Su negación implicaría la negación misma de este sistema en su totalidad. Tal es la magnitud de este principio fundamental que una reserva al mismo sería contraria al objeto y fin de los tratados respectivos y por ende inválida[131].

185. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 18 resolvió, entre otros, que: el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; que ha ingresado en el dominio del *jus cogens*; y que acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares[132].

186. Es importante aclarar que, de acuerdo con el criterio de la Corte Interamericana, no existe discriminación "si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana"[133].

187. Cabe resaltar además que el artículo 24 no es la única cláusula de igualdad presente en la Convención Americana, pues el concepto está también incluido en el artículo 1.1 de la Convención[134]. En uno de sus más recientes casos[135], la Corte decidió

---

[130] CIDH, Informe Nº 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de Enero de 2001, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 144 (1997), párrafo36.

[131] Cecilia Medina, Toward a more effective guarantee of the enjoyment of human rights by women in the Inter-American system, en Cook, Human Rights of Women, pág. 268-269 (traducción libre).

[132] Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, puntos resolutivos 3, 4 y 5.

[133] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, 19 de enero de 1984, Serie A Nº 4, Párrafo 57. En el mismo sentido se pronunció la CIDH en el CIDH, Informe N° 51-01, Caso 9903 Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Estados Unidos), 4 de abril de 2001, párrafo 238.

[134] Este artículo dispone: "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, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas

que las alegaciones de los peticionarios respecto a la igualdad ante la Ley no debían ser analizadas bajo el artículo 24 sino bajo el artículo 1.1, e introdujo en su jurisprudencia una diferenciación entre ambos artículos. Según expresó la Corte, la diferencia entre los dos artículos radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley". En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24.

188. En este sentido, la Corte ha señalado que "[e]l artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma". En cambio, el artículo 24 de la Convención "prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley"[136].

189. En relación con la igual protección de la ley a nacionales y extranjeros, la Corte ha decidido que "los Estados […] no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana"[137].

190. La Corte Interamericana ha reconocido la necesidad de distinguir entre las situaciones de desigualdad *de jure* (entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Asimismo, la Corte ha advertido la existencia de prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el

---

o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

[135] Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

[136] Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrafos 53 y 54.

[137] Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 119.

racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra[138].

191. Según la Corte, el hecho de que el principio de la igualdad y no discriminación tenga un carácter fundamental y se aplique con independencia de la situación regular de una persona en un Estado, no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminarlos en base a su situación de regular o irregular, o en base a cualquier otra causa[139].

192. La Comisión Interamericana, por su parte, ha establecido que, tomando en cuenta las obligaciones generales establecidas por el artículo 1(1) de la Convención, los Estados no pueden discriminar en su política migratoria por razones de raza, color, religión, origen nacional o social, opinión política o de otra índole, idioma, estatus económico, nacimiento, sexo o género o preferencia sexual, u otra condición social. Según la CIDH, si bien en materia de política migratoria, discriminar entre ciudadanos y extranjeros, y entre extranjeros con estatus regular y sin él, es permisible, no hay razón alguna que permita exceptuar a la política migratoria de la aplicación del principio de no-discriminación[140].

193. En el mismo sentido la Comisión Interamericana ha reconocido que en las sociedades democráticas se considera apropiado que los Estados otorguen a los extranjeros un tratamiento diferente al que gozan otros dentro de la jurisdicción del Estado, sin embargo, ha aclarado que los Estados deben demostrar que toda distinción de ese tipo es razonable y proporcionada al objetivo que se procura en las circunstancias[141].

194. Tomando en cuenta que los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes, los equipos deberán discutir si, a la luz de los hechos del caso, se verificó o no un trato distinto a Rosalie Fournier en virtud de su calidad de migrante indocumentada respecto de los migrantes documentados o de los nacionales de Tynalandia, o si se verificó o no un trato distinto a Rosalie Fournier en virtud de su condición de mujer afrodescendientes. En caso de que se haya establecido que existió un trato distinto, los equipos deberán analizar si éste fue razonable, objetivo, proporcional, y lesionó o no los derechos humanos[142].

A. ALEGATOS DE LA COMISIÓN

[138] Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafos 112 y 113.
[139] Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 118.
[140] CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, 16 de abril de 2001, párrafo 97(3)
[141] CIDH, Informe N° 51-01, Caso 9903 Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Estados Unidos), 4 de abril de 2001, párrafo 239.
[142] Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 119.

195. Por un lado, la Comisión puede señalar que a partir de la década de los 90 se ha apreciado en Tynalandia un crecimiento de la discriminación hacia los migrantes, particularmente los evaristanos, quienes incluso han sido víctimas de hechos de violencia. La Comisión puede recordar que la Ley 24.326 se creó particularmente con la intención de detener la migración ilegal, y no puede perder de vista que en Tynalandia residen más de dos millones de migrantes evaristanos, la mayoría de ellos en situación irregular, por lo que la Ley indirectamente tiene un efecto mayor en los evaristanos. De acuerdo a los hechos, un 65% de las personas que han sido deportadas en virtud de la aplicación de la Ley 24.326 son evaristanos. Asimismo, la Ley establece la deportación como consecuencia de los actos delictivos que cometan los extranjeros en Tynalandia, mientras que los nacionales de Tynalandia no deben enfrentarse a consecuencias tan severas. En ese sentido, la Comisión puede alegar que el trato diferente hacia los migrantes, quienes enfrentan la deportación como sanción por sus actos delictivos, no resulta razonable ni proporcional con los objetivos del Estado de detener la migración ilegal o salvaguardar el orden público, y además la población evaristana en Tynalandia ha sufrido efectos desproporcionales en la aplicación de la Ley 24.326.

196. Por otro lado, la Comisión puede afirmar que la detención de Rosalie Fournier se llevó a cabo en medio de una situación que estuvo destinada exclusivamente a interrogar a afrodescendientes, por lo que Rosalie Fournier fue objeto de discriminación en razón de su raza por parte de los oficiales a cargo de la investigación del supuesto robo de computadores. Más aún, la Comisión puede alegar que el Estado estuvo en conocimiento de esta situación discriminatoria y sin embargo la toleró. Al respecto, la Comisión puede argumentar que no resulta razonable que la investigación del robo de computadores haya cuestionado meramente a los empleados de origen afrodescendiente, según los testimonios de Rosalie Fournier, y por ello se configuró un trato discriminatorio inadmisible a la luz del artículo 24 de la Convención.

B. ALEGATOS DEL ESTADO

197. En relación con la supuesta discriminación a Rosalie Fournier en virtud de su calidad de migrante indocumentada el Estado puede alegar si bien pudo existir un trato distinto, resulta permisible, en materia de política migratoria, realizar ciertas distinciones entre ciudadanos y extranjeros, así como entre extranjeros que hayan regularizado su situación y extranjeros indocumentados. Más allá de esas diferencias, Tynalandia puede afirmar que su política de Estado no establece diferencias entre los migrantes indocumentados entre sí, sino que les aplica a todos el mismo tratamiento, independientemente de su nacionalidad, sexo, raza, género u otras condiciones. Por ello, el Estado podría alegar que las distinciones que crea la Ley de Tynalandia son razonables, objetivas y proporcionales y no constituyen un tratamiento discriminatorio.

198. Respecto a la supuesta discriminación a Rosalie Fournier en razón de su raza, el Estado puede simplemente argumentar que la Comisión no ha logrado demostrar que en el caso concreto se haya producido un trato discriminatorio. El Estado puede alegar que la investigación sobre el robo del computador no estuvo enfocada únicamente hacia afrodescendientes y que fue en virtud de una investigación legítima sobre un robo que las autoridades estatales tuvieron conocimiento del estado migratorio de Rosalie Fournier, sin que en ningún momento sus características raciales hayan dado pie a que un funcionario estatal cuestione su estado migratorio.