



Asamblea General

Distr. general
26 de julio de 2018

Original: español

Septuagésimo tercer período de sesiones

Tema 74 b) del programa provisional*

Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales

Derechos humanos de los migrantes

Nota del Secretario General

El Secretario General tiene el honor de transmitir a la Asamblea General el informe de Felipe González Morales, Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, de conformidad con la resolución 34/21 del Consejo de Derechos Humanos.

A/73/50.

18-11918 (S) 260718 310718



Se ruega reciclar



Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes

Resumen

En el presente informe se reseñan las principales actividades realizadas por el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes desde la presentación de su informe anterior a la Asamblea General. El informe contiene un estudio sobre el acceso efectivo a la justicia de las personas migrantes, que incluye el derecho a la información e interpretación, la asistencia jurídica y representación legal, la asistencia consular y acceso a recursos y reparación. El estudio analiza los obstáculos a los que se enfrentan las personas migrantes en su acceso a la justicia y destaca la necesidad de fomentar la creación de barreras cortafuegos para garantizar este derecho. El estudio contiene recomendaciones para que los Estados garanticen el acceso efectivo a la justicia de las personas migrantes, incluyendo aquellas con necesidades particulares de protección.

I. Introducción

1. El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes presenta este informe a la Asamblea General en cumplimiento de lo dispuesto en la resolución 34/21 del Consejo de Derechos Humanos.

II. Actividades¹

2. El 11 de mayo de 2018 el Relator Especial dictó una Conferencia sobre Políticas Migratorias y Derechos Humanos en la Universidad Autónoma de Madrid. El 17 de mayo fue orador principal en una Conferencia sobre Trata y Corrupción en la Universidad Carlos III de Madrid.

3. Del 4 al 8 de junio de 2018, el Relator Especial participó en la reunión anual de los procedimientos especiales celebrada en Ginebra. El 13 de junio participó en el panel “Human mobility in times of populism”, realizado en la American University, Washington D.C.

4. El 20 de junio de 2018, el Relator Especial presentó su primer informe temático al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/38/41) sobre el regreso y la reintegración de las personas migrantes. El 22 de junio participó como orador en el evento paralelo organizado por la organización no gubernamental CIVICUS sobre retroceso del espacio cívico en la Unión Europea y criminalización de la asistencia a personas migrantes.

5. Del 9 al 13 de julio de 2018 asistió a la última ronda de negociaciones sobre el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular celebrada en Nueva York.

6. El 18 de julio de 2018 participó en una conferencia sobre el 40º aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con una ponencia en el panel sobre “Desafíos globales contemporáneos para los sistemas de protección de derechos humanos,” realizada en San José de Costa Rica.

III. Acceso efectivo a la justicia de las personas migrantes

A. Introducción

7. El acceso efectivo a la justicia es el derecho que tiene toda persona, sin discriminación, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y de restitución de los derechos. El acceso a la justicia cumple una doble función, al ser un derecho fundamental inherente a toda persona y un principio que establece obligaciones para los Estados, particularmente el garantizar que toda persona pueda acudir ante los tribunales a reclamar que se protejan sus derechos. Los Estados, en aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, tienen la obligación de garantizar los derechos humanos de todas las personas que estén bajo su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad o situación migratoria, entre los cuales se encuentra el derecho de acceso a la justicia y a un debido proceso².

¹ Para las actividades entre agosto de 2017 y abril de 2018, véase A/HRC/38/41.

² Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

8. En las siguientes secciones se analizan los derechos y aspectos esenciales que comprenden el acceso efectivo a la justicia, tales como el derecho a la asistencia jurídica y representación legal, el derecho a la información y a intérprete, el derecho a la asistencia consular, y la autoridad competente a la que se tiene acceso, así como recursos y reparación. Todas estas garantías de un debido proceso corresponden a todas las personas migrantes, independientemente de su estatus migratorio, para reclamar sus derechos en procedimientos migratorios o de solicitud de asilo, en caso de detención o expulsión, explotación laboral y cualquier otra violación de sus derechos humanos.

9. El estudio contó con la contribución de diversas organizaciones de la sociedad civil, así como de equipos de abogadas y abogados de la Universidad Diego Portales (Santiago de Chile) y la Universidad Carlos III de Madrid.

B. Asistencia jurídica y representación legal

10. La representación legal de las personas deriva del concepto de debido proceso, ambos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los artículos 7, 8 y 11 establecen que todas las personas son iguales ante la ley y que tienen derecho a igual protección de la ley. Asimismo, se establece que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales” (art. 8). Del artículo 10 se desprende que para ello es necesario contar con asistencia jurídica y representación legal especializada, así como gratuita para quienes no pueden acceder a ella. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que la persona migrante en situación regular solo podrá ser expulsada en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley, por lo que esta podrá exponer las razones que la asistan en contra de su expulsión y hacerse representar ante la autoridad competente (art. 13). Añade que “[t]oda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial” (art. 14). El Relator Especial subraya que las personas migrantes gozan de un derecho a contar con asistencia jurídica técnica, la cual debe ser proveída por el Estado gratuitamente a aquellas personas que no puedan pagarla, haciendo verdaderamente operativo el derecho a un debido proceso.

11. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establece que el derecho a juicio imparcial comprende el derecho a ser defendido (art. 7). Asimismo, la Unión Africana adoptó los principios y directrices del derecho al juicio imparcial y asistencia legal que determinan el derecho al igualitario acceso a abogados y la asistencia jurídica gratuita, y en su marco de políticas migratorias para África y su plan de acción de 2018-2027 pone énfasis en fortalecer la asistencia legal para migrantes víctimas de tráfico, crimen organizado y trata de personas. Adicionalmente, se establece el derecho de ser defendido en casos administrativos, por lo que la asistencia legal gratuita también debe ser garantizada en procedimientos migratorios³.

12. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluye la obligación de establecer un sistema efectivo de acceso a la justicia, lo que abarca el derecho a tener la posibilidad de ser aconsejado, defendido y representado. Además,

³ En cuanto a jurisprudencia en la región africana, véase 224/98 *Media Rights Agenda v. Nigeria*, 14th Annual Activity Report [Compilation 1994–2001, Institute for Human Rights and Development in Africa, Banjul, 2002, págs. 286 a 300], en la cual la Comisión Africana aplicó la observación general núm. 13 (1984) del Comité de Derechos Humanos sobre administración de justicia, referida a la asistencia legal.

se refiere a la asistencia jurídica gratuita para quienes no dispongan de recursos suficientes. La jurisprudencia europea ha establecido que el Estado debe garantizar el acceso a justicia *de iure* y *de facto*, de modo que si no ofrece un sistema de asistencia jurídica gratuita debe informar a la persona demandante acerca de organizaciones que la ofrezcan⁴.

13. Respecto del procedimiento de asilo, la Unión Europea ha resuelto que los Estados parte deben facilitar consejo sobre el procedimiento, así como los derechos y obligaciones de los solicitantes, en su propio idioma. Sin embargo, la asistencia legal gratuita ha sido limitada a las personas solicitantes cuyas solicitudes tuvieron respuesta negativa⁵. De acuerdo a informes de la sociedad civil, los derechos como la asistencia legal gratuita, información y traducción no han sido ni son en la actualidad plenamente garantizados en Alemania⁶, Francia⁷, Grecia⁸, Hungría⁹ ni Italia¹⁰.

14. La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de protección judicial, que salvaguarda el derecho a la representación legal (art. 25), lo que se realiza mediante la asistencia jurídica letrada de manera eficiente y equitativa para quienes lo necesiten. El artículo 8 de la Convención Americana dispone que todas las personas inculpadas tienen derecho a defenderse personalmente o de ser asistidas por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que “[e]l debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independiente de su estatus migratorio”¹¹.

15. El Relator Especial destaca el rol fundamental de las organizaciones no gubernamentales, clínicas jurídicas universitarias y estudios de abogados *pro bono*, entre otros, en la representación legal de personas en movilidad internacional. Sin embargo, recuerda que ello no releva de responsabilidad al Estado, que es quien tiene la obligación de proveer asistencia y representación legal gratuita.

16. La garantía del acceso a la justicia y su relación con el debido proceso es especialmente relevante en casos de desplazamiento forzado y en la determinación de la calidad de refugiado. El riesgo de una persona de ser devuelta al lugar donde su vida o su libertad se encuentran amenazadas implica que los Estados deben tener especial consideración de estas garantías, en particular el principio de no devolución,

⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*.

⁵ Directiva 2013/32/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición), art. 39.

⁶ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Monthly migration report*, diciembre de 2017.

⁷ Asylum Information Database (Aida), Francia (2017), disponible en www.asylumineurope.org/reports/country/france/asylum-procedure/guarantees-vulnerable-groups-asylum-seekers/age-assessment.

⁸ Grecia, Aitima, *Asylum seekers on hold: Aspects of the asylum procedure in Greece*, abril de 2017; véase también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*.

⁹ Aida, Hungría (2017), disponible en www.asylumineurope.org/reports/country/hungary/asylum-procedure/procedures/regular-procedure#footnote19_nj2htk4.

¹⁰ Centro operativo per il diritto all’asilo, *Diritto di asilo. Regole ed eccezioni nella prassi della Pubblica Amministrazione: Il monitoraggio di Coda sul territorio di Roma*, octubre de 2015, pág. 24; Aida, *Country Report Italy*, 34.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-18 del 17 de septiembre de 2003 sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 121; véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, fallo de 24 de octubre de 2012.

para evitar la violación de sus derechos humanos. Aunque la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 no establece expresamente un derecho al debido proceso en los procesos de reconocimiento de la calidad de refugiado, son aplicables los estándares internacionales de derechos humanos en materia de garantías procedimentales.

C. Derecho a información e intérprete

17. El derecho a la información es fundamental para poder ejercer otros derechos como el acceso a la justicia. Organizaciones no gubernamentales y organizaciones internacionales proporcionan información y conciencian a las personas migrantes sobre su derecho de acceso a la justicia mediante la producción y diseminación de materiales explicativos de normas de protección de migrantes. Entre estas iniciativas destaca la plataforma digital “Contratados.org,” creada por el Centro de los Derechos del Migrante para aumentar la transparencia en la contratación de personas migrantes. El Centro también desarrolla programas de liderazgo para empoderar a las personas trabajadoras migrantes en sus reclamos de justicia, a través de líderes de comunidades constituidos en comités de defensa del migrante. Asimismo, organizaciones como el Centro asesoran y conectan a las personas migrantes con redes de organizaciones no gubernamentales, abogados y funcionarios públicos para apoyo legal¹². A menudo las personas migrantes tampoco son debidamente informadas de aspectos relacionados con el procesamiento de sus datos y tienen dificultades para entender la información que reciben¹³.

18. Para el efectivo acceso a la justicia de las personas migrantes, es primordial que los Estados pongan a disposición los recursos económicos y humanos necesarios para proveerles información en un idioma que puedan comprender cabalmente sobre los procedimientos y las garantías procesales que pueden incoar frente a la vulneración de sus derechos humanos. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares reconoce el derecho de las personas migrantes a ser asistidas gratuitamente por intérprete en caso de detención (art. 16) o de ser acusadas de haber cometido un delito (art. 18). El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer también recomienda a los Estados que eliminen los obstáculos lingüísticos proporcionando servicios independientes de interpretación y traducción profesional cuando sea necesario a fin de garantizar la plena comprensión de los procesos judiciales¹⁴. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos se ha referido a la obligación de los Estados de asegurar que las personas que buscan protección internacional tengan acceso a intérprete como garantía de un debido proceso y respeto al principio de no devolución¹⁵.

19. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado la obligación de proporcionar un traductor “a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento”¹⁶. También ha señalado que los Estados deben respetar las garantías procedimentales mínimas acordes a los principios de interés superior del niño y su

¹² Contribución del Centro de los Derechos del Migrante.

¹³ Contribución de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹⁴ Véase la recomendación general núm. 33 (2015) sobre el acceso de las mujeres a la justicia.

¹⁵ Véase CCPR/C/MLT/CO/2.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párr. 120.

protección integral, las cuales incluyen que se provea de un intérprete en caso de ser necesario y que este sea un personal altamente capacitado para tratar con niños¹⁷.

20. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que, en casos de retención de personas migrantes, estas tienen derecho a que se les transmita la información en un idioma que permita comprender las razones de la detención, el procedimiento y las garantías procesales que puede accionar¹⁸. Según datos de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la policía proporciona interpretación gratuita a las personas migrantes en la mayoría (26) de los Estados de la Unión. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en su Resolución sobre el derecho a recurrir y a un debido proceso ha establecido que el mismo incluye el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete¹⁹.

D. Derecho a asistencia consular

21. La asistencia consular también es esencial para hacer efectivo el acceso a la justicia de las personas migrantes. Ella resulta especialmente acuciante cuando se trata de personas privadas de libertad, indistintamente de que lo sean en virtud de motivos penales o migratorios, ya que a menudo incide de manera decisiva en el respeto a las garantías procesales. La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares establece que “si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva” (art. 36, apdo. b)). La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares lo consagra en su artículo 16, párrafo 7. La asistencia consular también es muy importante en el ámbito laboral, ya que con frecuencia las personas migrantes son víctimas de graves abusos en materia laboral, pudiendo alcanzar la trata y explotación. De allí la relevancia de que los Estados proporcionen asistencia consular al respecto, mediante la creación de agregadurías laborales u otros mecanismos.

22. El derecho a la asistencia consular constituye primordialmente un derecho de la persona migrante y solo condicionadamente del Estado de origen, ya que la persona puede preferir no contactar a su Estado por temor de persecución u otras razones. La obligación del Estado receptor incluye el informar sin dilación a la persona migrante detenida bajo su jurisdicción acerca de su derecho a ser asistida por funcionarios consulares del país de la que es nacional y de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares de su país, así como a recibir de forma efectiva la asistencia consular. Así lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, declarando que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares crea derechos individuales que pueden ser exigidos por el nacional del Estado que envía y que implican un imperativo para el Estado receptor, por lo cual la obligación trasciende al ámbito de las relaciones entre Estados y se refiere a la protección de un derecho humano²⁰. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-21/4 de 19 de agosto de 2014 sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

¹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Saadi v. Italy*.

¹⁹ Disponible en www.achpr.org/sessions/11th/resolutions/4/.

²⁰ Corte Internacional de Justicia, casos *The Vienna Convention on Consular Relations* (Paraguay vs. Estados Unidos de América), providencia de 9 de abril de 1998; *LaGrand* (Alemania vs.

Derechos Humanos²¹ Por su parte, los tratados de la Unión Europea contemplan la posibilidad de que un nacional de un Estado miembro que se encuentre en un país distinto al de su origen y que no cuente con representación diplomática, pueda acogerse a la protección consular de un Estado miembro de la Unión Europea y que el trato que reciba debe ser el mismo que el que recibiría un nacional de ese Estado²².

23. En la práctica, las personas migrantes se enfrentan a menudo con la incapacidad de sus misiones en el extranjero para ayudarlas. Las embajadas carecen con frecuencia de mecanismos efectivos de comunicación, no ofrecen apoyo suficiente para asegurar asistencia legal gratuita y no suelen implicarse en casos de detención. Más aun, usualmente no son informadas de la detención de sus nacionales, por lo que actúan con retraso y las personas migrantes recurren a la ayuda de organizaciones no gubernamentales. Aunque algunas misiones ofrecen asesoría legal en litigios, la práctica no es habitual ni lo suficientemente efectiva y completa²³.

E. Autoridades competentes

24. El tipo de autoridad a la que se tiene acceso en las relaciones migratorias con el Estado incide directamente en el ejercicio del acceso efectivo a la justicia. En situaciones de denegación de entrada, solicitudes de refugio y deportación, en algunos Estados el acceso es confiado solamente a una autoridad administrativa. En otras, a una autoridad administrativa y a una judicial por la vía de los recursos procesales. Algunos Estados contemplan además la posibilidad de dirigirse directamente ante una autoridad judicial. Por ejemplo, la regulación al respecto en los Estados Unidos de América presenta características peculiares, dado que los jueces de inmigración no pertenecen al Poder Judicial sino que dependen de la Fiscalía General. En ciertos casos se puede elevar un recurso ante la Corte Federal de Apelaciones, que forma parte del Poder Judicial.

25. Los recursos administrativos que contemplan algunos Estados consideran la revisión de la decisión por el superior jerárquico, generalmente por el Ministerio de Justicia o por un órgano colegiado conformado por representantes del Poder Ejecutivo. Extraordinariamente, algunos países cuentan con el apoyo directo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) o de expertos académicos. Cuando la reconsideración de la decisión administrativa está a cargo de autoridades adscritas al Poder Ejecutivo —especialmente del Ministerio del Interior, al vincularse directamente a temas de orden y seguridad y, por ende, a la criminalización— puede ponerse en riesgo el derecho humano a un recurso efectivo conforme a las normas internacionales de derechos humanos²⁴, porque impide un análisis imparcial de la situación de la persona extranjera.

Estados Unidos de América), fallo de 27 de junio de 2001; *Avena and Other Mexican Nationals* (México vs. Estados Unidos de América), fallo de 31 de marzo de 2004.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal; caso *Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010; y caso *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, sentencia de 28 de agosto de 2014.

²² Artículo 23 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

²³ Contribución de Migrant Forum Asia.

²⁴ Artículo 2, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 25, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, la observación general núm. 15 (1986) del Comité de Derechos Humanos sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, indica: “Se debe dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar

26. En la Unión Europea, la Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular establece un conjunto mínimo común de garantías jurídicas sobre decisiones relativas al retorno de migrantes en situación irregular, las cuales no son respetadas por todos sus Estados miembros. Prescribe, entre otros, que las decisiones sobre retorno, prohibición de entrada y expulsión sean dictadas por escrito y motivadas en aspectos de hecho y derecho, señalando las vías recursivas. Asimismo, al consagrar el derecho efectivo a interponer recurso ante un órgano jurisdiccional, una autoridad administrativa u otro órgano competente, exige que el organismo revisor esté compuesto por miembros imparciales y con garantías de independencia, cuestión que resulta de difícil cumplimiento cuando la revisión es solo administrativa.

27. Esta directiva europea sobre retorno también ha sido criticada porque la suspensión de la decisión de expulsión es establecida solo como una posibilidad y no como una obligación. Ello ha permitido que una persona sea expulsada inmediatamente después de ser notificada de la decisión²⁵. En el caso de la Directiva 2005/85/CE sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, existe una mayor exigencia, en tanto establece el deber de contemplar el derecho a la revisión judicial de las decisiones administrativas de refugio.

28. Los tres procedimientos migratorios observados cuentan con reglamentación diferente. Existe una mayor regulación de los procedimientos de refugio y expulsión, y una menor de la denegación de entrada, que generalmente corresponde a las autoridades migratorias fronterizas dependientes del Poder Ejecutivo. A menudo la regulación resulta confusa y requiere del análisis de otros cuerpos normativos para determinar si son susceptibles de recurso y en qué términos, dificultando el ejercicio adecuado de los derechos, cuestión que se agrava cuando se trata de legislaciones en un idioma diferente al nativo.

29. En los países que no contemplan un reclamo de la decisión administrativa ante una autoridad judicial, en algunos casos, las decisiones de denegación de acceso y expulsión no están contenidas en un acto administrativo y solo son comunicadas verbalmente por el representante de la autoridad migratoria al extranjero, lo que produce una falta de certeza sobre las motivaciones del acto, afectando el derecho de defensa.

30. Respecto de los países que contemplan la posibilidad de impugnar la decisión administrativa ante el Poder Judicial, en algunos de ellos la notificación de denegación de entrada se hace oralmente y no es susceptible de recurso alguno, lo que es una excepción a la regla general de acto administrativo fundado que contempla la mayoría de los países, que posibilita el adecuado ejercicio del derecho de defensa. Otros países contemplan acceso directo al Poder Judicial sin un recurso administrativo previo. En estos casos, la persona migrante accede a tribunales de lo contencioso-administrativo, a veces con doble instancia y posibilidad de casación. Algunos sistemas prevén la posibilidad de acceder a la alta corte. Italia contempla

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 solo pueden dejar de aplicarse por ‘razones imperiosas de seguridad nacional’” (párr. 10).

²⁵ Véase Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso *Dem ‘Yanenko*.

una sección especializada sobre inmigración, protección internacional y libre circulación de ciudadanos, de creación reciente.

31. El acceso a una revisión judicial de la detención de migrantes y solicitantes de asilo también se ve impedida por la eliminación de garantías procesales como la revisión judicial de oficio de las órdenes de detención y las escasas probabilidades de recurrir de manera exitosa contra las mismas mientras la persona afectada se encuentra en un centro de detención previo a la devolución²⁶.

32. En los últimos años algunos Estados han adoptado reformas que afectan a la independencia y efectividad de los órganos de revisión de las decisiones de denegación de asilo. Por ejemplo, en Grecia, tras la adopción del acuerdo entre la Unión Europea y Turquía de 18 de marzo de 2016, la composición del órgano de revisión fue modificada, afectando a la forma en que deciden los recursos de inadmisibilidad con base al concepto de “tercer país seguro”. Asimismo, derogaciones de las reglas generales de procedimientos administrativos también se dan en las instancias de revisión de solicitudes de asilo, en detrimento de las personas solicitantes. En particular, varios países han limitado el número de instancias de revisión disponibles para las personas demandantes de asilo con el fin de agilizar los procedimientos²⁷.

F. Barreras cortafuegos

33. Las barreras cortafuegos consisten en la separación real y estricta entre el control migratorio y otros servicios públicos e implican que las autoridades migratorias no puedan acceder a la información acerca del estatus migratorio de las personas que acuden a los servicios públicos y que las instituciones encargadas de la prestación de estos no tengan la obligación de indagar ni de compartir la información acerca del estatus migratorio de los usuarios²⁸. Entre estas últimas se hallan las instituciones prestadoras de servicios en materia de educación, sanidad, seguridad y asistencia social, protección laboral, policía y sistema judicial. Al ser el único mecanismo que permite que las personas migrantes ejerzan y disfruten de sus derechos humanos sin temor a ser denunciadas a las autoridades migratorias, las barreras cortafuegos constituyen una consecuencia ineludible de las obligaciones que tienen los Estados de proteger frente a la discriminación a todas las personas bajo su jurisdicción, de acuerdo a las normas y estándares internacionales de derechos humanos²⁹.

34. El establecimiento de barreras cortafuegos es fundamental para garantizar el acceso de las personas migrantes a la justicia, ya que una de las causas de su dificultad para acceder a un recurso efectivo ante los tribunales es su temor a que en el procedimiento se revele su estatus migratorio y, en su caso, ser detenidas y posteriormente deportadas³⁰. En este sentido, las barreras cortafuegos permiten que

²⁶ University of Texas School of Law Human Rights and Immigration Clinics, *Locking up Justice*.

²⁷ Contribución de la Comisión Internacional de Juristas (CIJ)/Consejo Europeo sobre Refugiados y Exiliados (ECRE).

²⁸ Crépeau, François y Bethany Hastie, “The Case for ‘Firewall’ Protections for Irregular Migrants: Safeguarding Fundamental Rights”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 17 (2015), pág. 165.

²⁹ Consejo de Europa, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), *General Policy Recommendation No. 16 on Safeguarding Irregularly Present Migrants from Discrimination, adopted on 16 March 2016*, CRI (2016)16.

³⁰ A/HRC/26/35, párrs. 19, 57, 100 y 103.

quienes están en situación migratoria irregular y temen ser descubiertos y expulsados, o que se encuentran en situaciones jurídicas precarias y temen quedar en situación irregular, puedan efectivamente denunciar los delitos de los que son víctimas o testigos, conseguir asistencia letrada y acudir a los tribunales en defensa de sus derechos, lo cual, además, permite luchar contra la impunidad³¹.

35. El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares ha afirmado que el establecimiento de barreras cortafuegos para proteger a tales trabajadores en su interacción con las autoridades públicas constituye una de las medidas que deberían adoptar los Estados³². Asimismo, en la observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional se señala que “[l]os Estados partes deben establecer un ‘cortafuegos’ y prohibir el intercambio y la utilización a efectos de aplicación de las leyes de inmigración de los datos personales reunidos para otros fines, como la protección, la reparación, el registro civil y el acceso a servicios”³³.

36. En materia de protección laboral, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha señalado que la existencia de barreras cortafuegos entre las autoridades encargadas de las inspecciones laborales y las autoridades migratorias es necesaria para asegurar que las personas trabajadoras migrantes que sufren abusos tengan acceso a recursos y reparaciones efectivas, incluyendo la compensación económica³⁴.

37. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) también ha recomendado que los Estados incluyan garantías explícitas para la protección de los datos personales en los acuerdos de intercambio de información concluidos entre los Estados y entre organismos de un mismo Estado. Estas garantías deberían incluir el establecimiento de barreras cortafuegos entre las autoridades migratorias y los servicios públicos³⁵.

1. Leyes, políticas y prácticas que fomentan las barreras cortafuegos

38. A pesar de que el contexto mundial actual, caracterizado primordialmente por el enfoque de seguridad y criminalización de la inmigración irregular, es más bien contrario a la existencia de barreras cortafuegos entre los servicios públicos y las autoridades migratorias, es posible identificar ciertas buenas prácticas, las cuales suelen darse preferentemente a nivel local y regional³⁶. Es precisamente en estos niveles donde se presta una mayor cantidad de servicios públicos, además de que no

³¹ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Apprehension of migrants in an irregular situation*, 2013.

³² A/69/48, para.16.

³³ Párr. 17. A nivel regional europeo, véase también Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Apprehension of migrants in an irregular situation*, 2013 y ECRI, *General Policy Recommendation No. 16*, 2016, pág. 15.

³⁴ OIT, Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Promover una migración equitativa: Estudio General sobre los instrumentos de los trabajadores migrantes*, informe III (1B), 2016, párrs. 480 a 482.

³⁵ ACNUDH, *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales*. Véase también A/HRC/37/34/Add.1.

³⁶ Por ejemplo, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *Más allá de las fronteras*, 2017, pág. 26: “En ciudades como Ginebra, Munich y Seúl, la solución ha sido establecer unos ‘cortafuegos’ que impiden que las autoridades migratorias y los proveedores de los servicios compartan información”.

suelen contar con competencias en materia de control migratorio y aplicación de la legislación migratoria. Destacan al respecto las medidas destinadas a fomentar o asegurar el acceso de las personas migrantes a los servicios públicos y su participación en la comunidad, así como las leyes y prácticas que prohíben explícitamente la transferencia de información y suprimen la obligación de denunciar la situación migratoria irregular de una persona³⁷.

39. Las leyes y prácticas que prohíben de forma clara la transferencia de información y suprimen la obligación de denunciar la situación migratoria irregular de una persona permiten que los empleados públicos tengan seguridad jurídica en el ejercicio de sus funciones y contribuyen a reducir el miedo de las personas migrantes a acceder a los servicios públicos. Este tipo de medidas se ha adoptado en algunos Estados europeos, particularmente con relación a los servicios de salud y educación. Por ejemplo, en Grecia e Italia, donde no existían prohibiciones de denunciar, la sociedad civil se ha movilizado para proteger a las personas migrantes. Algunos municipios y entidades regionales, particularmente de los Estados Unidos, han adoptado leyes para negarse expresamente a colaborar con las autoridades migratorias³⁸. Este es el caso de las llamadas “ciudades santuario”, donde la ciudad o jurisdicción se convierte en un refugio para las familias migrantes. Al no aplicar las leyes migratorias o compartir información con las autoridades migratorias, se permite que las familias accedan a los servicios públicos sin miedo de sufrir perjuicios. Aunque las ciudades santuarios no ofrecen una protección total, dado que las autoridades migratorias pueden acceder a las mismas, la legislación aprobada por cada estado para proteger a sus residentes puede ofrecer una gran ayuda a las personas inmigrantes con necesidades urgentes de servicios públicos³⁹.

2. Leyes, políticas y prácticas que restringen o impiden las barreras cortafuegos

40. Los controles de identidad para detectar a las personas migrantes en situación irregular de manera supuestamente aleatoria están bastante extendidos en el Canadá, los Estados Unidos y Europa. A menudo se realizan en controles rutinarios de tráfico o en lugares públicos, como medios de transporte, escuelas o centros de salud, dificultando las barreras cortafuegos entre dichos servicios y las autoridades migratorias. Asimismo, se ha denunciado que estos controles son discriminatorios, ya que se centran en determinadas nacionalidades o grupos étnicos⁴⁰.

41. Las obligaciones de denunciar a las personas migrantes en situación irregular existen fundamentalmente en aquellos Estados en los que la entrada o permanencia irregular en el país es un delito. Incluso en aquellos Estados en los que no lo es, ciertas personas, incluyendo funcionarios de la sanidad, personal de escuelas y arrendadores, tienen la obligación de denunciar la situación migratoria irregular de una persona cuando tengan conocimiento de la misma. Lo mismo ocurre con la creación de bases de datos comunes y de obligaciones de compartir la información acerca de las personas migrantes en situación irregular. Un ejemplo de este tipo de prácticas es el programa “*Secure Communities*” de los Estados Unidos, que permite conocer el estatus migratorio de todas las personas arrestadas en el país, para así poder identificar

³⁷ Crépeau y Hastie, “The Case for ‘Firewall’ Protections for Irregular Migrants...”, págs. 176 a 182.

³⁸ *Ibíd.*, págs. 180 a 182.

³⁹ Feinstein, D., J. Flake y D. Vitter, “Sanctuary Cities”. *Congressional Digest*, vol. 94, ed. 7, 2015, pág. 13.

⁴⁰ Crépeau y Hastie, “The Case for ‘Firewall’ Protections for Irregular Migrants...”, págs. 170 a 172.

a aquellas que infringen la legislación migratoria⁴¹. En el Reino Unido, las leyes y políticas que impiden barreras cortafuegos han afectado negativamente al acceso de las personas migrantes en situación irregular a derechos sociales, tales como la sanidad y educación.

42. Por último, las inspecciones y redadas en ciertos lugares con el fin de detectar a las personas migrantes en situación irregular se vuelven especialmente problemáticas cuando se realizan en los centros de trabajo o cerca de los servicios públicos y sociales a las que las personas migrantes tienen derecho o necesidad de acceder⁴².

G. Obstáculos en el acceso efectivo a la justicia

43. La llegada o entrada al territorio de un Estado resulta clave en la realización del acceso a la justicia de las personas migrantes. En los últimos años, en muchos países y regiones del mundo se ha adoptado una serie de medidas —acuerdos de readmisión, excepciones de países seguros, operaciones de expulsión y no admisión, y la creación en territorio nacional de zonas de excepción legal en las que prevalece la presunción de no admisión— que debilitan o impiden el acceso efectivo a la justicia de las personas migrantes. Estas medidas, que tienen por finalidad facilitar la devolución de las personas migrantes de forma expedita, suelen privarlas de su derecho a buscar protección internacional y a que sus casos sean evaluados individualmente con base a garantías procesales, por lo que son incompatibles con el principio de no devolución⁴³.

44. Otro de los recursos que utilizan los Estados para limitar el acceso a la justicia en procedimientos migratorios y de expulsión es la adopción de excepciones basadas en la seguridad nacional, invocándolas para practicar expulsiones, en vez de en procedimientos de extradición sujetos a control judicial. En general, la definición de seguridad nacional, orden público o política pública de las leyes migratorias sobre la cual se basan las expulsiones suele ser extremadamente vaga, lo cual afecta al debido proceso y al principio de no devolución⁴⁴.

45. Las personas solicitantes de asilo se enfrentan a dificultades específicas para acceder a la justicia, tales como procedimientos de asilo expeditivos con menos garantías y limitaciones al recurso de apelación respecto de a denegaciones de asilo. Por ejemplo, en la Unión Europea, los plazos para interponer recurso contra decisiones de denegación de asilo en primera instancia varían de un país a otro y oscilan entre una semana y dos meses en los procedimientos ordinarios. Además, existen procedimientos especiales que se aplican dependiendo del perfil de la persona solicitante, su ruta migratoria y el punto de entrada, con garantías inferiores a los ofrecidos en los procedimientos ordinarios (es decir, plazos inferiores para recurrir contra una decisión negativa de concesión de asilo, aplicación de la detención mientras se resuelve el recurso de apelación, falta de acceso a asistencia legal). En algunos países, las derogaciones de reglas generales aplicables a las personas solicitantes de asilo han sido declaradas inconstitucionales (por ejemplo, por la Corte Constitucional de Austria)⁴⁵.

⁴¹ *Ibíd.*, págs. 172 y 173.

⁴² *Ibíd.*, págs. 173 a 176.

⁴³ Contribución de CIJ/ECRE.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*

46. La suspensión automática de la ejecución de una denegación de asilo en primera instancia y el consiguiente procedimiento de devolución, así como el derecho a permanecer en el país durante el tiempo necesario para presentar recurso de apelación y obtener una decisión sobre el mismo, constituyen una garantía fundamental para las personas solicitantes de asilo. Sin embargo, hay Estados que no la conceden automáticamente, como es el caso de aquellas personas cuya solicitud de asilo ha sido denegada en primera instancia por el procedimiento acelerado⁴⁶.

47. La población migrante trabajadora también se enfrenta a obstáculos en el efectivo acceso a la justicia laboral para reclamar prestaciones laborales, salarios, despidos discriminatorios u hostigamiento sexual, entre otros. Sus principales obstáculos son la falta de información y desconocimiento sobre sus derechos y cómo exigirlos en la vía judicial, la falta de un estatus migratorio regular y el consiguiente temor de acudir a los tribunales de justicia, limitaciones de tipo económico y temporal, la ausencia de asesoría legal gratuita, y la desconfianza en el sistema de justicia. El estatus migratorio marca una diferencia importante en el acceso a la justicia, de modo que quienes están en condición irregular muestran un acceso menor⁴⁷.

48. Las personas migrantes trabajadoras temporales también encuentran barreras en su acceso a la justicia dado que los programas de migración laboral temporal las retornan a sus países de origen, con la consiguiente barrera geográfica para reclamar sus derechos. Una buena práctica de fortalecimiento de la protección de las personas migrantes en materia de contratación es la legislación adoptada por California (Estados Unidos) en 2014, que exige que la parte empleadora solo pueda utilizar agencias de contratación registradas en el estado, prohíbe cobrar cuotas de contratación a las personas trabajadoras, y estipula que a los trabajadores se les den contratos en el momento de la contratación. Todo ello facilita la rendición de cuentas de los empleadores por abusos laborales⁴⁸.

49. Otro abuso al que se enfrentan las personas migrantes es la confiscación de documentos y obstáculos al derecho a un intérprete⁴⁹. También se enfrentan a expulsiones masivas tras redadas de visado, como las efectuadas en Arabia Saudita, los Emiratos Árabes Unidos, Kuwait y Omán. Sin embargo, los Estados de destino no investigan las causas y condiciones que llevaron a las personas migrantes a una situación irregular, ni establecen eventuales responsabilidades de las agencias de patrocinio y contratación⁵⁰.

50. En general, los hombres tienden a interponer más demandas en sede judicial que las mujeres trabajadoras migrantes. Esta brecha de género, que es mayor en zonas rurales, se atribuye principalmente a un menor empoderamiento de las mujeres y poco acceso a información sobre sus derechos, así como a la falta de tiempo, en particular en el caso de las trabajadoras domésticas. El acceso a la justicia laboral de personas migrantes indígenas también es muy limitado, debido generalmente a las limitaciones del idioma y las barreras culturales, así como a la falta de sensibilización y desconocimiento en las instituciones públicas sobre las especificidades de los pueblos

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Contribución de la OIT y el Poder Judicial de Costa Rica.

⁴⁸ Contribución de International Labour Recruitment Working Group.

⁴⁹ Contribución de University of Texas School of Law Human Rights and immigration Clinics, Locking up Justice.

⁵⁰ Contribución de Migrant Forum Asia.

indígenas y la percepción de estos de que el sistema judicial dista mucho de las propias tradiciones para resolución de conflictos⁵¹.

51. Los familiares de personas migrantes desaparecidas en la ruta migratoria también encuentran dificultades en su recurso a la justicia. Por ejemplo, en México, la falta de denuncia y de un mecanismo de respuesta coordinada entre México y los países de origen de las personas migrantes desaparecidas impide una estimación de la magnitud del fenómeno, aunque se cree que es masiva. Las falencias institucionales que impiden el acceso a la justicia y reparación de los familiares son, entre otras, la falta de coordinación entre países de origen, tránsito y destino, la demora en la realización de diligencias de investigación y búsqueda de las personas desaparecidas, y la ausencia de investigaciones transnacionales. En respuesta, los familiares se han organizado en comités familiares de migrantes desaparecidos en El Salvador, Guatemala, Honduras, México y Nicaragua. Los familiares también sufren las consecuencias traumáticas de la falta de diligencia en la identificación forense de sus seres queridos⁵².

52. Las personas migrantes también son víctimas de delitos de odio, por discriminación racial y xenofobia, entre otros. En estos casos, su acceso a la justicia se ve restringida por una falta de denuncias debido al miedo y falta de confianza que profesan hacia la policía⁵³.

53. Las personas migrantes víctimas de trata muestran una profunda falta de confianza en el sistema de justicia, que perciben como corrupto, y tienen miedo a la policía. En consecuencia, buscan ayuda en otras personas migrantes o sus familias. Las agencias de contratación a menudo están involucradas en la trata y explotación, por lo que las víctimas perciben que actúan con impunidad gracias a la corrupción⁵⁴. Además, muchas agencias de contratación operan desde un tercer país con el fin de eludir la jurisdicción laboral del país donde trabajan las personas migrantes⁵⁵. Por ello, las víctimas de trata casi no acuden al sistema de justicia o prefieren aceptar cantidades menores de compensación⁵⁶.

54. Las barreras institucionales también son múltiples. Aunque la identificación de la condición de víctima constituye el primer paso para poder acceder a la justicia, resulta difícil debido a la falta de conocimientos especializados de las autoridades, la falta de concienciación de estos y del público en general, y las deficiencias de las instituciones y servicios que proporcionan asistencia. Como resultado, muchas víctimas de trata son tratadas como personas migrantes indocumentadas y deportadas. La falta de información y conocimientos (por ejemplo, sobre las consecuencias legales de ser consideradas víctimas) por parte de víctimas y autoridades, la falta de asistencia legal accesible (por ejemplo, en zonas rurales o remotas), y la duración y costo de los procedimientos penales también constituyen barreras que dificultan el acceso a la justicia de las personas migrantes víctimas de trata⁵⁷. En África Occidental y Central, una de las principales dificultades de las víctimas rescatadas es la falta de un ambiente y lugar seguro mientras reciben asistencia legal⁵⁸.

⁵¹ Contribución de la OIT y el Poder Judicial de Costa Rica.

⁵² Contribución de la Mesa de Coordinación Transfronteriza Migraciones y Género.

⁵³ Contribución de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁵⁴ Contribución de la OIT y el Poder Judicial de Costa Rica.

⁵⁵ Contribución de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

⁵⁶ Contribución de la OIT y el Poder Judicial de Costa Rica.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ Contribución de la OIM.

55. Asimismo, obtener compensación constituye un gran reto. En general, resulta más fácil obtenerla en la jurisdicción laboral que en la penal por delitos de trata. La jurisdicción laboral es más rápida, permite el pago de compensación directa a la persona migrante, y la sanción de los responsables, así como que lo que se considera explotación es más amplio (por ejemplo, no hay obligación de probar la intención). Sin embargo, en muchos casos los montos disponibles son completamente inadecuados en relación al daño causado, al contrario de lo que se estipula en las leyes contra la trata, que también permiten la compensación por daños inmateriales.

56. Muy pocas víctimas de trata han conseguido compensación en los procedimientos penales, debido a las dificultades de investigar casos transnacionales y a la falta de apoyo suficiente a las víctimas durante el proceso⁵⁹. La lentitud y falta de seguimiento efectivo de los procedimientos por parte de las embajadas, incluso cuando hay sentencias favorables, también dificultan el acceso efectivo a la justicia y reparación por parte de las personas migrantes que retornan a sus países de origen⁶⁰.

57. Según algunos estudios, los factores que facilitarían la salida de las personas migrantes de situaciones de abuso y explotación para acceder a la justicia son la posibilidad real de regularización de su estatus de residencia, la proporción de servicios de apoyo adaptados, posibilidades reales de recibir compensación, y facilitación del acceso y participación de las víctimas en procedimientos penales. En cualquier caso, los Estados no deberían imponer a las personas migrantes víctimas de trata la obligación de cooperar con la justicia a cambio de asistencia⁶¹.

H. Migrantes con necesidades particulares de protección

1. Niñez migrante

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

59. Dentro del marco de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y a otra asistencia adecuada, y el derecho a un juez imparcial (art. 37). El Comité de los Derechos del Niño ha establecido que una de las primeras decisiones del Estado respecto a los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen debe ser el nombramiento de un tutor, asesor y representante legal a la brevedad, pues es el mecanismo más efectivo para proteger el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y garantizar el acceso a la justicia⁶². Además, establece como elemento esencial el contar con “unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ Contribución de Migrant Forum Asia.

⁶¹ Contribución de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁶² Véase la observación general núm. 6 (2005) sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al menor asistencia jurídica”⁶³. Cuando se trata de los niños, niñas y adolescentes, el acceso a la justicia debe entenderse bajo la óptica del interés superior, lo que obliga a remover los obstáculos que tienen para acceder a la justicia como la falta de mecanismos de denuncia asequibles y adaptados, el lenguaje técnico, la desconfianza en las personas adultas, o el no saber escribir o leer, entre muchos otros⁶⁴.

60. El Consejo de Europa ha desarrollado las normas y estándares internacionales sobre la niñez migrante en varios instrumentos, como las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre una justicia adaptada a los menores, de 2010. El *Manual de legislación europea sobre los derechos del niño* también señala la necesidad de adaptar la justicia para los niños, especialmente, si estos son migrantes. En 2017, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recopiló directrices y opiniones de la Agencia, así como testimonios de niños, niñas y adolescentes para construir y fortalecer una justicia adaptada a los niños. En esa línea, los Estados deben realizar esfuerzos por conocer las necesidades especiales de los niños y la percepción que estos tienen de la justicia y la institucionalidad.

61. Los niños migrantes no acompañados se enfrentan a numerosas dificultades a la hora de acceder a la justicia, tales como la falta de acceso a guardianes, asistencia y asesoramiento legal, así como acceso a la información, la falta de procedimientos para la determinación del interés superior del niño, y problemas relacionados con los procedimientos de determinación de edad. El primer paso para poder aplicar leyes y políticas de protección de menores es su identificación como tales. A pesar de estándares establecidos sobre procedimientos justos y apropiados de determinación de la edad, muchos Estados recurren a métodos invasivos (como exámenes médicos o rayos X), cuya fiabilidad es altamente cuestionada. Además, el margen de error de estos métodos apenas se indica en los resultados de los mismos, de modo que impiden la aplicación del beneficio de la duda, por lo que muchos menores migrantes son identificados como adultos y detenidos. Asimismo, no existen medios para impugnar los resultados de estos procedimientos. Bélgica, Francia, Italia, Malta y Suecia son de los pocos países que ofrecen la posibilidad de impugnar la decisión o el resultado de la determinación de edad⁶⁵.

62. La barrera idiomática, que impide a los niños mantener una comunicación fluida con los operadores o funcionarios, también es un elemento importante. La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño establece garantías judiciales para los niños refugiados, solicitantes de asilo, desplazados internos y acusados de delitos, señalando entre las obligaciones de los Estados el proveer un intérprete y asistencia letrada, así como explicar el procedimiento en un lenguaje que el niño entienda. Al asegurar estas garantías a los niños, niñas y adolescentes, se permite que logren una comprensión cabal de su situación, de la ayuda que necesitan y de cómo obtenerla; por su parte, el organismo judicial o administrativo puede identificar de forma certera el problema jurídico que envuelve al niño, proveyendo así una atención y asesoría oportuna y eficaz.

63. Organizaciones como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) proporcionan asistencia adaptada a menores migrantes no acompañados mediante información, interpretación, asesoría legal, apoyo social, localización y reunificación familiar. Por ejemplo, en Bulgaria, el UNICEF observó que los niños,

⁶³ Observación general núm. 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores, párr. 92.

⁶⁴ Véase también A/72/164, A/HRC/29/26, A/HRC/25/35 y A/HRC/16/56.

⁶⁵ Contribución de CIJ/ECRE.

niñas y adolescentes migrantes no acompañados eran detenidos por la falta de procedimientos claros de identificación y evaluación del interés superior del niño, intérpretes que trabajaran con la policía, cooperación con el sistema de protección infantil y disponibilidad de servicios sociales. La detención de dichos niños, niñas y adolescentes en Bulgaria disminuyó de manera significativa en 2017 después de que se adoptara una serie de medidas como la creación de establecimientos temporales de asistencia para niños, niñas y adolescentes, la adopción de un mecanismo efectivo para la designación de un guardián así como un procedimiento de determinación del interés superior del niño, mecanismos de remisión, y alojamiento seguro, además de la reforma legal que prohíbe la detención de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y obliga a remitirlos al sistema de protección infantil para la adopción de medidas de protección de menores, en cumplimiento con las normas y estándares internacionales en la materia⁶⁶.

64. Otro elemento crucial en torno al acceso a la justicia es la capacitación de los operadores judiciales o administrativos, y su especialización en materia de infancia. El derecho a un debido proceso no puede ser eficazmente aplicado sin un esfuerzo por comprender la autonomía progresiva del niño, su comprensión del mundo, su lenguaje no verbal, entre otros, lo que requiere de herramientas especiales que permitan descifrarlos. En el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado al respecto⁶⁷ y se ha adoptado el Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad, con especial énfasis en justicia con enfoque de género, de 2014.

2. Mujeres migrantes

65. Las mujeres migrantes, debido a la discriminación sexual y de género que sufren (su empleo en el sector doméstico e informal les proporciona menor visibilidad y protección, sufren discriminación en el acceso a esquemas de reunificación familiar y nacionalidad, y tienden a ser más criminalizadas y detenidas por razón de su situación migratoria que los hombres)⁶⁸, tienen necesidades particulares de protección para asegurar su acceso efectivo a la justicia. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que el acceso a la justicia de las mujeres trabajadoras es limitado, puesto que no siempre se cumplen los requisitos para acceder a asistencia jurídica gratuita, y en algunos países es posible que pierdan su trabajo si denuncian acoso o abusos. Por ello, recomienda la capacitación y concientización de los funcionarios sobre los derechos de las mujeres trabajadoras.

66. En el sistema africano, el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativa a los Derechos de la Mujer en África garantiza el derecho de acceso a la justicia y a la protección igualitaria ante la ley (art. 8), estableciendo que los Estados parte deben asegurar que las mujeres tengan un acceso efectivo a los servicios judiciales y legales, incluyendo la asistencia legal, y a promover iniciativas dirigidas a proporcionarles acceso a servicios legales, incluyendo asesoría legal.

⁶⁶ Contribución del UNICEF Bulgaria.

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opiniones consultivas OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 sobre condición jurídica y derechos humanos del niño, y OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

⁶⁸ Contribución de la OIM. El “Proyecto de Mujeres Migrantes” del Centro de los Derechos del Migrante contribuye a recabar datos sobre las experiencias de las mujeres respecto al acoso y discriminación sexual que sufren (contribución del Centro).

67. Respecto del acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual o de género, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) establece la obligación de los Estados de crear procedimientos legales justos y eficaces en la materia, así como el acceso efectivo a ellos (art. 7). La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a las dilaciones indebidas en las investigaciones y a la ineficacia judicial frente a la violencia de género como obstáculos al acceso a la justicia⁶⁹. Estos obstáculos son extensibles a las mujeres migrantes, puesto que los procesos administrativos relativos a migración son extensos, sumados a la realidad de violencia de género que sufren en sus países de origen, tránsito y destino.

68. En el caso de las mujeres migrantes víctimas de trata, debido al estigma social y a la etiqueta de “víctimas”, a menudo prefieren seguir adelante en vez de acceder a la justicia y correr el riesgo de ser retraumatizadas. Dado el ciclo de estigma social al que están sometidas, cualquiera que sea el camino que una mujer elija, será considerada no solo una víctima sino también una transgresora del código moral de la comunidad, por lo que a menudo prefieren aparentar que nada ha pasado y no buscar ninguna forma de reparación. En consecuencia, una de las dificultades de las organizaciones no gubernamentales y demás actores que asisten a las mujeres migrantes víctimas de trata es convencerlas de que su experiencia constituye una violación de derechos humanos y que les corresponde una reparación⁷⁰.

69. En el caso de las mujeres migrantes trabajadoras domésticas de personal diplomático, el desequilibrio de poder hace que sean muy vulnerables a la explotación y dificulta su acceso a la justicia. En algunos países la colaboración entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y las organizaciones no gubernamentales ha facilitado procesos de mediación. Sin embargo, estos dependen de la voluntad de la parte empleadora y las autoridades suelen ser reacias a establecer mecanismos efectivos de presión. A este respecto, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares ha recomendado a los Estados nombrar a un defensor de los trabajadores domésticos para facilitar su acceso a mecanismos de reparación. Además, alienta a los Estados a adoptar procedimientos judiciales acelerados o con plazos definidos para atender las denuncias presentadas por los trabajadores domésticos migratorios, y a concertar acuerdos bilaterales para que los migrantes que regresan a su país de origen tengan acceso a la justicia en el país de empleo, en particular para denunciar los abusos y reclamar los salarios y prestaciones que no se les hayan pagado⁷¹. Un ejemplo de buena práctica es el convenio bilateral firmado entre Mauritania y Arabia Saudita para la protección de trabajadoras migrantes mauritanas en territorio saudí, que permite a las trabajadoras y a la parte empleadora acudir a las autoridades competentes en caso de disputa laboral⁷².

70. Otro grupo de mujeres migrantes con dificultades particulares para acceder a la justicia son las trabajadoras sexuales, que se ven afectadas no solo por el estigma sino también por la criminalización de su trabajo. Además, a menudo las leyes y políticas contra la trata son utilizadas para detectar personas migrantes indocumentadas, detenerlas y deportarlas, sin opción de asistencia ni compensación⁷³.

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual* de 2009 y 2014.

⁷⁰ Contribución de la OIT/ Poder Judicial de Costa Rica.

⁷¹ Observación general núm. 1 (2011) sobre los trabajadores domésticos migratorios.

⁷² Contribución de la OIM.

⁷³ Contribución de Global Alliance against Traffic in Women.

IV. Conclusiones y recomendaciones

71. De conformidad con el derecho internacional, los Estados tienen el deber de proteger a las personas migrantes en todas las etapas del proceso migratorio y de proporcionarles acceso a la justicia para obtener reparación por cualquier trato discriminatorio o violación de los derechos humanos de que sean objeto. El acceso efectivo a la justicia incluye como garantías de un debido proceso el derecho a la asistencia jurídica y representación legal, el derecho a la información y a intérprete, el derecho a la asistencia consular, y el acceso a recurso y reparación. Además, las barreras cortafuegos constituyen mecanismos esenciales que permiten que las personas migrantes ejerzan sus derechos humanos sin temor a ser denunciadas a las autoridades migratorias.

72. Sin embargo, en la práctica, las personas migrantes encuentran multitud de obstáculos que limitan o impiden su acceso efectivo a la justicia. Esto es debido, en gran medida, a que las leyes, políticas y prácticas migratorias están enfocadas hacia la seguridad, disuasión y criminalización de la migración irregular, con el consiguiente impacto negativo sobre los derechos humanos de las personas migrantes. La preocupante tendencia a detener a los inmigrantes como instrumento de gestión de las fronteras es un claro ejemplo, que afecta al acceso efectivo a la justicia.

73. En la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, los Estados se comprometieron a combatir la discriminación contra los refugiados y migrantes y tomar medidas para mejorar su integración e inclusión, teniendo en cuenta, entre otros, el acceso a la justicia. El proyecto final del Pacto Mundial sobre Migración acordado por los Estados el 13 de julio de 2018 enumera entre sus principios rectores el respeto al estado de derecho, el debido proceso y el acceso a la justicia como fundamentales para la gestión de la migración. Por consiguiente, los Estados se comprometen a invertir en programas de acceso a la justicia, proporcionar información y orientación jurídica para presentar denuncias en caso de violación de derechos humanos de las personas migrantes, facilitar el acceso a la justicia a víctimas de trata y proporcionarla a todas las personas migrantes sujetas a detención en países de tránsito y destino.

74. Asimismo, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en su meta 16.3, se refiere a la promoción del estado de derecho y a la garantía de la igualdad de acceso a la justicia para todos, incluidos los migrantes. A este respecto, el Relator Especial reitera la relevancia de la elaboración de una agenda 2035 para facilitar la movilidad humana propuesta por su predecesor⁷⁴, que también sirva de referencia para la implementación del Pacto Mundial sobre Migración. En particular, el objetivo 5 de su agenda para facilitar la movilidad humana se refiere a proporcionar a todos los migrantes acceso efectivo a la justicia.

75. Con el fin de proporcionar a todas las personas migrantes acceso efectivo a la justicia, los Estados deben:

a) Garantizar la igualdad de acceso a las personas migrantes y proporcionarles información jurídica fiable, representación letrada competente y asequible, asistencia jurídica eficaz y servicios de traducción e interpretación adecuados; otorgar exenciones del pago de costas judiciales a todas las personas migrantes que no puedan asumirlas; y ofrecerles protección mediante la

⁷⁴ A/72/173.

regularización de su estatus, visado especial u otras medidas de protección destinadas a las víctimas de la trata y el trabajo forzoso;

b) Garantizar y facilitar a todos los migrantes cuyos derechos humanos o laborales se vean vulnerados el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a instituciones judiciales y cuasijudiciales independientes, competentes, imparciales, eficaces y responsables;

c) Garantizar el acceso a abogados, intérpretes y traductores competentes, programas de asistencia jurídica y judicial, organizaciones no gubernamentales, autoridades consulares y procedimientos de asilo a todos los migrantes detenidos, independientemente de su condición y sus circunstancias, así como el monitoreo externo independiente de todos los centros de detención de migrantes;

d) Empoderar a las personas migrantes para que puedan hacer uso de recursos judiciales, y reforzar su capacidad para influenciar los procesos e instituciones de elaboración y aplicación de las leyes;

e) Poner fin a la discriminación y las desigualdades de que son objeto los migrantes en las leyes, políticas y prácticas que rigen el acceso a la justicia;

f) Fortalecer la capacidad de los juzgados, los tribunales, las instituciones nacionales de derechos humanos, las defensorías del pueblo y otros mecanismos de protección de derechos humanos y de solución de controversias para garantizar la rendición de cuentas por las violaciones de los derechos de las personas migrantes;

g) Adoptar medidas efectivas para reducir los delitos y la violencia de que son víctimas las personas migrantes durante su viaje y en los países de destino, y garantizar protección y asistencia eficaces a las víctimas de explotación y abusos;

h) Establecer cortafuegos entre los servicios públicos y los de control de la inmigración para permitir el acceso de todas las personas migrantes a la justicia, sin temor a ser denunciadas, detenidas y expulsadas;

i) Garantizar que las inspecciones laborales se enfoquen en los empleadores que explotan a las personas migrantes trabajadoras, y no en estas;

j) Concertar acuerdos bilaterales para que las personas migrantes que regresan a su país de origen tengan acceso a la justicia en el país de empleo, en particular para denunciar los abusos y reclamar los salarios y prestaciones pendientes.

76. En relación a los niños y niñas migrantes los Estados deben:

a) Adoptar e implementar leyes que prohíban la detención de niños y niñas migrantes por razón de su estatus migratorio o el de su familia y en su lugar adoptar medidas alternativas basadas en la familia y la comunidad;

b) Facilitar el acceso a mecanismos de presentación de quejas y denuncias adaptados a las necesidades de los niños y niñas en caso de vulneración de sus derechos;

c) Proporcionar información —adecuada su edad y adaptada a sus necesidades— sobre sus derechos y la forma de obtener reparación;

d) Prestar la debida atención a las opiniones de los niños y niñas y salvaguardar su privacidad y confidencialidad cuando participen en procesos judiciales, para evitar su victimización o revictimización;

e) **Garantizar el nombramiento a la mayor brevedad de un representante legal gratuito para todos los niños y de un tutor capacitado para atender a los niños no acompañados y separados;**

f) **Adoptar procedimientos efectivos de determinación del interés superior del niño, así como mecanismos de remisión al sistema de protección infantil en su caso;**

g) **Capacitar y formar a los operadores judiciales y administrativos en los derechos humanos y necesidades de los niños y niñas.**

77. Respecto a las mujeres migrantes los Estados deben:

a) **Adoptar estrategias para garantizar el acceso en condiciones de igualdad de la mujer a los mecanismos de justicia;**

b) **Tomar medidas apropiadas para crear un entorno de apoyo que aliente a las mujeres a reclamar sus derechos, denunciar delitos cometidos contra ellas y participar activamente en los procesos penales;**

c) **Tomar medidas eficaces para proteger a las mujeres contra la victimización secundaria en su interacción con las fuerzas del orden y las autoridades judiciales;**

d) **Revisar y supervisar todos los procedimientos judiciales para garantizar que no discriminen directa o indirectamente contra la mujer y eliminar cualquier discriminación contra la mujer en las sanciones;**

e) **Capacitar y concienciar al personal de los sistemas de justicia sobre los derechos humanos de las mujeres y el principio de igualdad.**
