

REVISTA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS DO **MERCOSUL**



N. 4

JANEIRO-DEZEMBRO/2014

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Haman Tabosa de Moraes e Córdova

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Fabiano Caetano Prestes

CONSELHO EDITORIAL

Diretor-Geral da Escola Superior da Defensoria Pública da União - Brasil

Fernando Mauro Barbosa de Oliveira Junior

Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación – Argentina

Gabriel Ignacio Anitua

Encargada Cooperación Internacional – Chile

Catalina Sadá Muñoz

Asesor de la Defensoría General – Paraguay

Gustavo Zapata Beaz

Defensor Público General de la República Bolivariana de Venezuela – Venezuela

Ciro Ramon Araujo

2014, 1ª edição

Publicação anual

Distribuição gratuita

DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

SAUN, Quadra 5 – Lote C – Centro Empresarial CNC

Bloco C – 18º andar – Brasília/DF

CEP 70040-250 – Brasília – DF



REVISTA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS DO **MERCOSUL**



n. 4
Janeiro-Dezembro/2014
Brasília, DF

ISSN 2238-149X

R. Defensorias Públs. Mercosul	Brasília	DF	n. 4	p. 1-176	jan./dez. 2014
--------------------------------	----------	----	------	----------	----------------

© 2014 Defensoria Pública- Geral da União.

Todos os direitos reservados. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e que não seja para venda ou qualquer fim comercial.

COORDENAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E INFORMAÇÕES:

Secretário de Assuntos Internacionais

Adriano Cristian Souza Carneiro

Coordenação de Cooperação e Relações Internacionais

Thiago Souza Lima

Tel.: (61) 3319-4364

Site: www.dpu.gov.br/internacional

E-mail: internacional@dpu.gov.br

PROJETO GRÁFICO:

Assessoria de Comunicação Social - ASCOM

Tel.: (61) 3319-4336

E-mail: ascom@dpu.gov.br

Revista das Defensorias Públicas do MERCOSUL / Defensoria Pública da
União. – N. 4 (jan./dez. 2014)- . – Brasília: DPU, 2014.
v. ; 27 cm.

Anual.

Texto em português e espanhol.

ISSN 2238-149X

1. Defensoria Pública. 2. Assistência Jurídica.

I. Defensoria Pública da União. II Título

CDDir 341.413

SUMÁRIO

El Acceso A La Justicia De Los Migrantes En La Argentina. Algunos Apuntes Sobre La Revisión Judicial De Los Actos De Expulsión Decretados Por La Dirección Nacional De Migraciones <i>Dr. Hernán De Llano, Defensor Público Oficial ante los Juzgados Nacionales en lo Penal Tributario</i>	pg 9
El Rol Del Ministerio Público De La Defensa En Materia Migrantes <i>Dres. Néstor Barral, Cristian Barrita y Sergio Moreno, Titulares de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación Argentina</i>	pg 19
Convenção Sobre Os Aspectos Cíveis Do Sequestro Internacional De Crianças De 1980: A Problemática Da Transferência E Da Retenção Ilícita De Crianças Em Outro País Sob A Ótica Da Defesa Do Genitor(A) Que Se Vê Obrigado A Deixar O País De Residência Habitual <i>Edilson Santana Gonçalves Filho</i>	pg 27
Victimización En Grupos De Riesgo - Inmigrantes, Personas Con Discapacidad Y Trabajadoras Del Sexo – Aplicación De Las Buenas Prácticas De La Directiva 2012/29/UE Del Parlamento Europeo Y Del Consejo De La Unión Europea Respecto A Los Derechos De Las Víctimas <i>Viviane Ceolin Dallasta Del Grossi</i>	pg 43
La Expulsión De Extranjeros Como Consecuencia De Una Causa Penal. Análisis De Criterios Nacionales E Internacionales <i>Ignacio Barrientos</i>	pg 57
El Ejercicio De Defensa Especializada Y Los Avances De La Opinión Consultiva 21/14 De La Corte IDH <i>Viviana Castel Higuera, Defensora Nacional (s), Defensoría Penal Pública de Chile</i>	pg 65
Estatuto normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto del tráfico de personas <i>Ernesto Pazmiño Granizo</i>	pg 85
Migraciones, Aspectos Legales Del Trabajo Migrante Y La Construcción De Un Espacio Laboral Integrado En El Mercosur <i>Yolanda Analía Yinde Kloss</i>	pg 109
La Defensa Pública Venezolana Como Institución Garante Del Derecho Constitucional A La Defensa De Los Inmigrantes <i>Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela</i>	pg 115
Boletín de normas del Mercosur relacionadas con la Defensa Pública y el Acceso a la Justicia	

APRESENTAÇÃO

A Revista das Defensorias Públicas do Mercosul chega ao seu quarto número como veículo de extrema relevância no âmbito internacional para difusão de conhecimento e de pesquisas acadêmicas sobre Defensoria Pública.

Ainda assim, não devemos nos contentar com o que já temos. A Revista das Defensorias Públicas do Mercosul precisa avançar em sua qualificação editorial, solidificando sua posição de referência como periódico jurídico nos países do Mercosul.

A participação de todos os membros e associados à Redpo com as suas respectivas valorosas experiências contribui para que o papel imprescindível de nossas instituições possa se tornar conhecido e explorado, não só no meio acadêmico - no qual estudantes de Direito poderão aprofundar seus estudos sobre a assistência jurídica e, inclusive, se tornar defensores públicos por vocação -, mas também por todos aqueles que desejam trabalhar com o direito à assistência jurídica integral e gratuita e o direito ao acesso à Justiça.

A Defensoria Pública da União reafirma seu compromisso com os membros e associados à Redpo no sentido do constante aperfeiçoamento por meio da atividade acadêmica, sendo esta mais uma obra coletiva de contribuição para o fortalecimento do serviço público prestado pelas Defensorias Públicas do Mercosul.

Boa leitura!

Haman Tabosa de Moraes e Córdova

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS MIGRANTES EN LA ARGENTINA. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS DE EXPULSIÓN DECRETADOS POR LA DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES

Dr. Hernán De Llano, Defensor Público Oficial ante los Juzgados Nacionales en lo Penal Tributario

1) El acceso a la justicia como derecho fundamental. El derecho a una revisión judicial amplia y sin obstáculos formales de los actos dictados por la administración.

El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental que consiste en la posibilidad de toda persona de obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas. La Constitución Nacional garantiza en su Artículo 18 el acceso a la justicia de todos sus habitantes. A su vez, a partir de 1994 este principio se vio reforzado con la incorporación a la Constitución de los Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país, que reconocen el derecho de todas las personas a obtener, en condiciones igualitarias, un rápido y amplio acceso a un tribunal de justicia de carácter imparcial e independiente¹.

Los organismos del Sistema Interamericano se han pronunciado reiteradamente en torno al acceso a la justicia, considerándolo uno de los pilares básicos no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática, en el sentido de la Convención².

La Corte IDH ha sintetizado su doctrina en materia de acceso a la justicia señalando que el art. 25 de la CADH “...establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales” y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el art. 25 de la Convención “...no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el art. 25 de la Convención Americana”³.

Profundizando esa doctrina, y en relación con los miembros de grupos vulnerables, en la opinión

1 Cf. arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

2 Entre otros, Corte IDH *Cantos v. Argentina* fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C Nº 97; *Suárez Rosero v. Ecuador*, fondo, sentencia de 12 de noviembre de 1997, serie C, Nº 35; *Caso Palamara Iribarne v. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C Nº 135, párr. 184.

3 Corte IDH, *Caso Cantos v. Argentina*, párr. 52.

consultiva 11, la Corte IDH al analizar si es exigible el agotamiento de los recursos internos cuando se invocan como obstáculos los costos económicos o de carencia de asistencia jurídica, consideró que *“el art. 8 exige asistencia legal solamente cuando ésta es necesaria para que se pueda hablar de debidas garantías y que el Estado que no la provea gratuitamente cuando se trata de un indigente, no podrá argüir luego que dicho proceso existe pero no fue agotado”*⁴.

En un sentido similar, en la opinión consultiva 18, relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, la Corte IDH consideró que *“la negativa a prestar un servicio público gratuito de defensa legal a las personas sin recursos implicaba una vulneración del debido proceso y del derecho a la protección judicial efectiva ya que le impide que se hagan valer los derechos en juicio, y, en el caso de personas migrantes indocumentadas, éstas corren serio riesgo de ser deportadas, expulsadas o privadas de su libertad al acudir a las instancias administrativas o judiciales”*⁵.

Más recientemente, la Corte Interamericana en el caso *“Barbani Duarte v. Uruguay”* definió por primera vez estándares específicos en materia de revisión jurisdiccional de actos administrativos, basándose en los estándares previamente desarrollados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, destacando que *“no hay una revisión judicial si el órgano judicial está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por circunstancias fácticas o jurídicas realizadas por el órgano administrativo que hubieran sido decisivas en la resolución del caso”*⁶. En el citado caso, el tribunal internacional consideró que al evaluar la efectividad de los recursos incoados en la jurisdicción contencioso administrativa nacional, la Corte debe observar si las decisiones tomadas en aquélla han contribuido efectivamente a poner fin a una situación violatoria de derechos, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido el derecho a la jurisdicción y al acceso a la justicia, destacando que *“[S]i las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha [...] existe agravio constitucional originado en privación de justicia, pues ésta se configura toda vez que un particular, no obstante hallarse protegido por la garantía del art. 18, queda sin juez a quien reclamar la tutela de su derecho, sea que ello ocurra porque declinen su intervención todos los jueces en conflicto, o en virtud de la derogación de las normas que creaban los tribunales competentes para entender en la causa, o [...] a raíz de preceptos legales que lisa y llanamente excluyen la debida intervención judicial”*⁷...

Respecto de la compatibilidad del establecimiento de instancias administrativas previas con el

4 Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (art. 46.1, 46 a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 27.

5 CIDH, *“El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”*, párr. 54.

6 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Snetencia de 26 de junio de 2012 Serie C Nº 243, párr. 204.

7 CSJN, *“Fernández Arias”* Fallos: 247:646.

derecho de acceso a la justicia, la Corte Suprema ha convalidado la creación de órganos y procedimientos administrativos que tengan como fin *“hacer más efectiva y expedita la protección de los intereses públicos”*, sosteniendo que *no constituye una violación al derecho de defensa en juicio la exigencia de agotar la vía administrativa previo al acceso a tribunales de justicia, en la medida en que el habitante conserve la posibilidad de concurrir ante un organismo jurisdiccional con el fin de que se revise la decisión adoptada por el tribunal administrativo⁸, siempre que el justiciable haya tenido suficiente oportunidad de plantear sus cuestionamientos”*.

2) Los migrantes y el acceso a la justicia en el ordenamiento jurídico argentino. La asistencia jurídica gratuita consagrada en el art. 86 de la Ley de Migraciones.

Es habitual que los migrantes se enfrenten a numerosos impedimentos para acceder a los mecanismos de acceso a la justicia. Aparecen así barreras de carácter económico que no sólo dificultan la posibilidad de contar con abogados especializados por la imposibilidad de hacer frente a costosos honorarios, sino también el acceso mismo a los procedimientos por la disyuntiva que presenta para el trabajador migrante acudir a su lugar de trabajo o efectuar un seguimiento regular del proceso que lo involucra. También se erigen obstáculos de carácter cultural que se traducen en el desconocimiento de la ley o del idioma del lugar en el que viven.

En este sentido, la entrada en vigencia de la ley 25.871 que derogó la ley de migraciones de la última dictadura militar, significó un gran avance en el reconocimiento de los derechos de los migrantes, consagrando un catálogo de garantías en los procesos de expulsión. Así, entre otros derechos, se estableció el de la asistencia letrada en todo el proceso de expulsión, el derecho a un intérprete en caso de no hablar el idioma del país, el derecho a la información sobre la asistencia consular, el derecho a contar con una decisión fundada, el derecho a recurrir la orden de expulsión, entre otros.

En particular, el derecho a la asistencia jurídica gratuita para personas que carezcan de medios económicos, fue plasmado en el art. 86 de la Ley de Migraciones y se determinó, con la sanción del Decreto Reglamentario N° 616/10, que el organismo encargado de brindar esa asistencia era el Ministerio Público de la Defensa. Según la norma citada (conforme al texto de la reglamentación), exteriorizada la voluntad recursiva del migrante, la Dirección Nacional de Migraciones debe dar

8 CSJN, “Karam” Fallos: 310:360; “Enrique Schuster SAIC”, Fallos: 310:2159.

9 CSJN “Farmacia Benjamín Matienzo”, Fallos: 304:1242; “Cas TV SA”, Fallos: 305:1878.

inmediata intervención a la Defensoría Pública disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que se efectivice esa intervención o el migrante reciba la asistencia jurídica necesaria para salvaguarda de sus intereses.

Sin dudas que la materialización del derecho a contar con asistencia legal gratuita y efectiva configuró uno de los puntos más altos en el señalado avance en materia de garantías que significó la sanción de la nueva ley. Justamente, porque ese servicio especializado que se traduce en un equipo de abogados involucrados en el caso concreto, permite que las personas no necesiten dedicar una parte significativa de su tiempo en darle seguimiento, a la vez que asegura el conocimiento por parte de los migrantes de las diversas alternativas o soluciones a sus problemas jurídicos concretos.

No debe soslayarse que, de acuerdo a la Convención Americana y otros instrumentos internacionales, el derecho al acceso a la justicia concierne a la violación de todo derecho fundamental, y no sólo aquellos relacionados con la investigación en materia penal. Esto significa que la existencia de formas de asistencia legal adecuada a las necesidades de los grupos vulnerables debe extenderse a todas las áreas en las que peligre la vigencia de un derecho fundamental –político, civil, económico, social o cultural⁻¹⁰.

3) Los alcances de la orden de extrañamiento en la Ley de Migraciones.

El art. 29 de la ley 25.871 establece una serie de causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional, agrupándose en aquellas vinculadas a la comisión de delitos (en el país o en el extranjero)¹¹; las relacionadas con el incumplimiento de requisitos de radicación previstos por la ley¹²; con la existencia de medidas restrictivas

10 Andreu-Guzmán, Federico y Courtis, Christian *“Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”*, publicado por el Ministerio Público de la Defensa de la Argentina. Señalan los autores que es en este sentido que deben leerse las Reglas 30 y 31, referidas a la asistencia técnico-jurídica de calidad, especializada y gratuita.

11 Art. 29, inc. a) La presentación ante la autoridad de documentación nacional o extranjera material o ideológicamente falsa o adulterada; inc. c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más; inc. d) Haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por el Tribunal Penal Internacional; inc. e) Tener antecedentes por actividades terroristas o por pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la ley 23.077, de Defensa de la Democracia; inc. f) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el Territorio Nacional; g) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio; inc. h) Promover la prostitución, lucrar con ello; haber sido condenado o tener antecedentes, en la Argentina o en el exterior por haber promovido la prostitución; por lucrar con ella o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas.

de ingreso al país¹³; y las relativas al ingreso al país eludiendo el control migratorio¹⁴.

Constatada alguna de las causales allí establecidas, la autoridad migratoria se encuentra habilitada para cancelar la residencia cualquiera fuese la antigüedad, categoría o causa de la admisión y disponer la posterior expulsión¹⁵. Contra esa decisión, el migrante que no desee ser expulsado cuenta con un abanico recursivo tanto en el ámbito administrativo como judicial, regulado en el Capítulo I de la Ley de Migraciones que, asimismo, recepta la señalada posibilidad de contar con asistencia jurídica gratuita a tales fines.

4) La revisión judicial de los actos de expulsión de migrantes dictados por la Dirección Nacional de Migraciones. Claro oscuros en la jurisprudencia de la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal.

La entrada en vigencia de la reglamentación de la Ley de Migraciones, en lo que atañe a la actuación de la defensa pública en la asistencia jurídica gratuita de los migrantes, se tradujo en un significativo incremento de los casos judicializados mediante la vía recursiva prevista en el art. 84 de la citada ley. Si bien las decisiones jurisdiccionales de fondo hasta el momento han sido escasas en proporción al universo de casos radicados en el fuero Contencioso Administrativo Federal, pueden visualizarse ya criterios que permiten verificar algunas tendencias en torno al acceso a la justicia de los migrantes

A) La ausencia de defensa efectiva en el procedimiento administrativo y su impacto en la revisión judicial del art. 84 de la ley 25.871. A propósito de la falta de agotamiento de la vía administrativa.

A.1) Criterios favorables a una interpretación amplia del acceso a la justicia:

12 Art. 29, inc. j) Constatarse la existencia de alguno de los impedimentos de radiación establecido en la presente ley; Inc. k) El incumplimiento de los requisitos exigidos por la presente ley.

13 Art. 29, Inc. b) Tener prohibido el ingreso, haber sido objeto de medidas de expulsión o de prohibición de reingreso, hasta tanto las mismas no hayan sido revocadas o se hubiese cumplido con el plazo impuesto al efecto.

14 Art. 29, Inc. i) Intentar ingresar o haber ingresado al Territorio Nacional eludiendo el control migratorio o por lugar o en horario no habilitados al efecto.

15 Cabe señalar que el último párrafo del art. 29 faculta a la Dirección Nacional de Migraciones –previo dictamen del Ministerio del Interior– a hacer excepción a la orden de extrañamiento cuando se verificaran en el caso razones humanitarias o de reunificación familiar.

Como se señalara más arriba, uno de los principales inconvenientes con que se enfrentan los migrantes a la hora de defender sus derechos ante la decisión estatal de ordenar su extrañamiento, es la falta de asistencia jurídica gratuita y especializada. El migrante, cuando es notificado de esa orden suele expresar de manera escueta su voluntad recursiva. Sin embargo, por carecer de un asesoramiento que le brinde las herramientas para hacer efectivo su derecho de defensa, esas presentaciones no alcanzan a satisfacer los requisitos mínimos de fundamentación. En otros casos, por la movilidad habitacional propia de este colectivo, las notificaciones no llegan a destino y los plazos administrativos vencen irremediabilmente sin que el migrante haya tomado conocimiento de las decisiones que lo afectan.

Esta situación de vulnerabilidad se vio mitigada en la Argentina a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Migraciones y sobre todo, con la sanción a mediados del año 2010 de su reglamentación, que asegura la intervención del Ministerio Público de la Defensa en los procesos administrativos y judiciales que involucren a extranjeros.

No obstante, se han presentado numerosos casos en que la orden de expulsión fue dictada con anterioridad a la vigencia del decreto reglamentario y en los que se verificaron graves limitaciones en el ejercicio del derecho de defensa, pese a que ya regía el art. 86 que garantizaba la defensa jurídica gratuita -aunque sin indicar el modo de canalizar esa asistencia que recién se determinó con aquel decreto- .

En estos casos, los migrantes al ser notificados de la orden de expulsión nunca fueron advertidos de que, conforme a la ley vigente de migraciones, contaban con el derecho a la asistencia jurídica gratuita prevista en el art. 86, circunstancia que en la mayoría de los casos se tradujo no sólo en la pérdida o vencimiento de plazos para interponer los recursos, sino también en la falta de asesoramiento jurídico para encauzar debidamente los reclamos pertinentes.

Esta circunstancia fue denunciada por la defensa pública a través de los recursos presentados ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal, además de cuestionarse la validez de lo actuado en sede administrativa en franca violación del derecho de defensa, obteniéndose algunos resultados positivos en el fuero contencioso administrativo¹⁶.

¹⁶ En líneas generales, los jueces fallaron invocando el derecho a la efectiva revisión judicial del acto administrativo cuestionado, el resguardo de la garantía constitucional de acceso a la justicia y por aplicación del principio "*in dubio pro actione*". Cfr. causa "Escobar Rengel, Herminia c/ EN – Mº Interior RSL 976- DNM – Disp 14488/08 (2.122.921/06) s/ Recurso directo para Juzgados". Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal Nro. 3, Secretaría Nro. 5, resolución del 11/6/12; Causa "García Castro, Jhon Darwin c/ EN – Mº Interior - D.N.M. – Disp. 264/10 (Expte. 2.167.684/06) s/ Recurso directo para Juzgados". Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal Nro. 3, Secretaría Nro. 5, resolución del 3/10/11; Causa "Martínez de Bernal, Blanca Fidelina c/ EN – DNM- Disp. 199.562/09 (expte. 2.239.871/06) s/ Recurso Directo para Juzgados". Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal Nro. 1, Secretaría Nro. 2

Como es sabido, dicha norma es plenamente operativa puesto que está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar y/o actuar inmediatamente sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso. Y si bien es cierto que el art. 86 in fine reza “...las reglamentaciones a la presente que en su caso se dicten, deberán resguardar el ejercicio del Derecho Constitucional de Defensa”, el mismo hace referencia al piso o marco que debe tener la reglamentación, que no es otro que el resguardo del mentado Derecho Constitucional de Defensa.

En función de ello, se planteó desde la defensoría que al no haberse permitido en tiempo oportuno el debido ejercicio del derecho de defensa -esto es, mediante la asistencia jurídica gratuita y/o asistencia de la defensa oficial-, se habrían producido en todos estos casos severas violaciones a garantías constitucionales y administrativas ampliamente reconocidas, por el accionar negligente de la Dirección Nacional de Migraciones al no informar a los migrantes que por ley contaban con la posibilidad de recurrir a la asistencia técnica gratuita del Ministerio Público de la Defensa.

A.2) Decisiones judiciales que configuran una clara restricción a la tutela judicial efectiva. El formalismo del derecho administrativo vs. los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Desde la otra orilla, y con una visión puramente formalista del derecho administrativo que ciertamente desconoce los estándares internacionales en materia de acceso a la justicia, se han verificado criterios que no habilitan la revisión judicial por obstáculos formales. Se trata de casos como los señalados en el punto anterior, en que al migrante se le han vencido los plazos por haber carecido de asistencia jurídica en el ámbito administrativo. Al adjudicarle la autoridad administrativa a esos trámites la calidad de denuncia de ilegitimidad¹⁷ para los casos en que los plazos han vencido y, en consecuencia, no se ha agotado la vía administrativa, algunos tribunales del fuero contencioso administrativo federal no habilitan la instancia judicial, con el consiguiente perjuicio para el migrante.

En efecto, esa decisión veda por un aspecto formal cualquier posibilidad de revisión jurisdiccional de lo actuado por Migraciones. Lo gravoso de esta circunstancia se revela en su máxima expresión cuando se advierte que el no agotamiento de la vía administrativa es una consecuencia directa del accionar negligente del propio poder administrador, que no garantiza la operatividad del derecho de defensa desde la entrada en vigencia de la Ley de Migraciones.

¹⁷ Vía recursiva del art. 1, inc. e), apartado 6) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549.

B) La correcta interpretación desde el prisma de la tutela judicial efectiva.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido destacando que en materia contencioso administrativa y en especial, cuando se discute el acceso a la justicia, el principio rector es el de *in dubio pro actione*, a fin de no menoscabar el derecho de defensa¹⁸, y que la exigencia de reclamación administrativa previa tiene por objeto sustraer a los entes estatales de la instancia judicial, en una medida compatible con la integridad de los derechos, evitando juicios innecesarios, y constituye una facultad que por no afectar el orden público puede ser renunciable, por lo que resulta un excesivo rigorismo formal la denegación del acceso a la instancia judicial por la omisión de cumplimiento de un recaudo que en el caso concreto resulta inoperante¹⁹.

Esta es, por otra parte, la hermenéutica que en materia de acceso a la justicia y en especial, del art. 25 de la Convención Americana, ha efectuado la Comisión Interamericana con relación al argumento del agotamiento de la vía administrativa, cuando en el caso “*Narciso Palacios c/Argentina*”, consideró que el derecho a la tutela judicial efectiva allí garantizado, “*impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares*” y que “*las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio pro actione, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción*”²⁰.

Por lo demás, no debe soslayarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el citado caso “*Barbani Duarte y otros c. Uruguay*”, ha desarrollado por primera vez estándares específicos en materia de revisión jurisdiccional de actos administrativos, basándose en los estándares previamente desarrollados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, destacando que “*no hay una revisión judicial si el órgano judicial está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por circunstancias fácticas o jurídicas realizadas por el órgano administrativo que hubieran sido decisivas en la resolución del caso*”²¹. En el citado caso, el tribunal internacional consideró que al evaluar la efectividad de los recursos incoados en la jurisdicción contencioso administrativa nacional, la Corte debe observar si las decisiones tomadas en aquélla han contribuido efectivamente a poner fin a una situación violatoria de derechos, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención.

18 Fallos 312:1017; 312:1307; 313:83, entre otros.

19 Fallos 312:1307 y sus citas.

20 CIDH Informe N° 105/99. Caso 10.194 “*Narciso Palacios c/Argentina*”, 29/09/99, considerando 61.

21 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012 Serie C N° 243, párr. 204.

Los estándares señalados en el párrafo anterior siguen la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que señala que las garantías de los Arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos no son exclusivamente imperativas para los procesos penales y, por el contrario, son plenamente aplicables a cualquier procedimiento, incluido así el procedimiento administrativo sancionador²².

De esa forma, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha despejado cualquier discusión interpretativa sobre los alcances de las garantías de los Arts. 8 y 25 de la CADH, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, ampliando el marco de tutela individual al condicionar la juridicidad de las sanciones administrativas al respeto inexcusable del derecho de defensa y debido proceso legal.

Al respecto, se señala que las obligaciones asumidas por los Estados abarcan diversos espectros, desde la negativa, de no impedir u obstaculizar el acceso a tales garantías, hasta la fundamentalmente positiva, de organizar y desarrollar con eficiencia el aparato institucional público que permita que los justiciables puedan acceder a los mismos. Dentro de este marco, del derecho de acceso a la justicia se desprende una obligación que requiere la acción positiva del Estado de *“remover las barreras y obstáculos normativos, sociales, culturales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia”*²³.

²² Corte IDH, Caso del “Tribunal Constitucional del Perú vs. Perú”, del 31/01/01; Caso “Baena, Ricardo y otros vs. Panamá”, del 02/02/01.

²³ CIDH, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”

EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA EN MATERIA MIGRANTES

Dres. Néstor Barral, Cristian Barrita y Sergio Moreno, Titulares de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación Argentina

“Todos somos extranjeros, salvo en nuestro propio país”

Gabriel Chausovsky

La República Argentina actual es posible gracias a las contribuciones que las distintas etnias que poblaron la nación, enriquecieron en la cultura y aportaron diversidad en las estructuras demográficas, económicas y culturales de nuestro país. Desde 1850 Argentina acomodó un escenario favorable para que miles de personas provenientes de Europa vieran atractiva la posibilidad de migrar a una América del Sur caracterizada, entonces, por un período de apertura a las migraciones internacionales.

Desde la migración de ultramar hasta la migración limítrofe contemporánea, el desarrollo de actividades productivas, la introducción de hábitos, costumbres y creencias posibilitaron la creación de comunidades multiétnicas y la construcción de una identidad nacional colectiva.

La política migratoria en Argentina se caracterizó por un período de apertura con el objetivo de recibir a personas procedentes de Europa; a partir de fines del siglo XIX y hasta mediados de la década de 1960 la penetración e influencia de los movimientos migratorios contribuyeron a la conformación de la sociedad argentina. Históricamente la Argentina ha estado marcada por las migraciones internacionales, con un perfil –en un principio– receptor de la migración de ultramar combinado en las últimas décadas con flujos continentales ya sean estos regionales o extra-regionales.

A partir de mediados del siglo XX la composición poblacional migrante empezó a modificarse tanto por su origen cómo por la política pública al respecto.

Se ha dicho que: *“la Constitución Argentina es una de las más generosas del mundo a la hora de reconocer derechos al no nacional. Esta solución puede gustar o no a los espíritus más o menos nacionalistas, pero la amplitud del artículo 20 no deja margen de dudas. Si alguna vez, en algún lugar de la tierra se creó una comunidad sobre la base de la igualdad de derechos civiles de la extranjería con los naturales, ese lugar fue la Argentina de 1851 a 1930; muy pocos pueblos de la tierra acogen sin reticencia alguna al extranjero, como el argentino de ayer y de hoy... Señalo que esta igualdad, a diferencia de lo que sucede en otros países, no está sujeta a la reciprocidad diplomática ni legislativa; tampoco cabe distinguir*

*según se trate o no de derechos fundamentales, inherentes o no a la dignidad humana”.*¹

No obstante ello, Argentina, como muchos países de la región, aplicó la perspectiva migratoria limitada a una función de control de fronteras, con énfasis en la seguridad nacional a través de una legislación restrictiva de los derechos de los migrantes.²

No fue hasta el año 2004 que la ley de migraciones 25.871 modifica la política migratoria vigente hasta ese momento en el país. Un breve resumen de la legislación migratoria en la República Argentina, nos permite darnos cuenta del avance en materia de protección de los derechos de las personas migrantes que esta ley trajo consigo. En 1902 fue dictada la ley 4144 facultando al Poder Ejecutivo a: 1) expulsar a todo extranjero condenado o perseguido por Tribunal extranjero por crímenes comunes; 2) expulsar a todo extranjero “cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público”; 3) impedir la entrada de extranjeros que se encuentren en esas condiciones; y 4) detenerlo preventivamente. Esta ley fue derogada por la ley 14445 en el año 1958, más tarde el decreto ley 18235, publicado en el año 1969, recrea la ley 4144 estableciendo similares supuestos que aquella con relación a los extranjeros residentes permanentes, el art.1 inc. c) dice: “cuando realizare en la República actividad que afecte la paz social, la seguridad nacional o el orden público”. Esta es una facultad del Poder Ejecutivo Nacional, *sin recurso alguno*, completada con el poder de detención de la persona a expulsar. La ley 20.509 (27/5/73) dispuso la pérdida de eficacia de esta norma. El decreto ley 22.439 “ley Videla” (publicado el 27/3/81) vuelve a las andadas, y en el artículo 95 otorga la facultad al Ministerio del Interior, con un único recurso administrativo ante el Poder Ejecutivo, de expulsar extranjeros “cualquiera sea su situación de residencia”; en el inc. b) se menciona que recae esta facultad respecto de quien realizare en el país o en el exterior -este añadido universaliza la cuestión- actividad que afecte la paz social, la seguridad nacional o el orden público.³

Recién a fines del año 2003, a dos décadas del retorno de la Democracia y gracias a la incesante lucha de organizaciones de migrantes y de derechos humanos, el Congreso Nacional derogó la “Ley Videla” y sancionó una nueva ley de Migraciones.

Esta legislación, largamente esperada, se presenta como oportunidad para superar viejas políticas migratorias de recorte de derechos y persecución de migrantes.⁴

La normativa vigente introduce importantes cambios en cuanto al reconocimiento de Derechos a

1 S.T.J. Mendoza, voto de la Dra. A. Kemelmajer de Carlucci, in re “Sanhueza, Fernando F.”, 25/3/96, en L.L.1996-C-525.

2 Cels, “Migrantes” Buenos Aires, 2013.

3 Gabriel B. Chausovsky. “El Estado y la Expulsión de Extranjeros”. Publicado: En Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, editada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1997, p.169 y s.s.

4 Diego Morales y Verónica Asurey. “La nueva ley de migraciones y las cuestiones de derecho penal y procesal penal. Una bienvenida sin sombrero”

las personas migrantes, consagra el derecho a Migrar como un derecho humano y obliga al Estado a establecer mecanismos de regularización migratoria; “*derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad*”⁵

Así cómo enseñan los Dres. Pablo Ceriani y Diego Morales en el informe FIDH⁶ “*No sólo se trata de una declaración de principios. Mediante esta disposición el Estado se obliga a interpretar la migración como un derecho (esencial), y por lo tanto compromete a que tanto su política general como sus actos en cada caso, ante cada persona migrante, se ajusten al tratamiento que se debe dar a un derecho fundamental. Al ser un derecho humano, entonces se aplican al derecho a migrar todos los principios de derechos humanos (no discriminación, pro-homine, razonabilidad, no regresividad, etc.)*”

En este marco de transformación hacia un estado de derecho que garantice, no sólo derechos sino también formas posibles de hacerlos efectivos, y facilite el acceso a la justicia de todos los habitantes de la República en pie de igualdad, la Defensoría General de la Nación incorpora en su órbita de actuación la asistencia jurídica gratuita de todas las personas migrantes, creando la “Comisión del Migrante”.

La creación de la “Comisión del Migrante” en el año 2008, no sólo resulta concordante con los cambios legislativos vigentes, sino que constituye un adelanto a nivel regional en el ámbito del MERCOSUR en el reconocimiento de derechos universalmente reconocidos.

El rol del Ministerio Público de la Defensa

En consonancia con el cometido institucional de *promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso a la justicia de los sectores más discriminados*⁷, la “**Comisión del Migrante**” nace destinada a *promover actividades orientadas a la defensa y protección de los derechos de las personas extranjeras que se encontraren en el territorio nacional*.

Desde este ámbito se proporcionan servicios de información, derivación y asistencia jurídica (patrocinio) en aquellas cuestiones que se diriman ante la Dirección Nacional de Migraciones.

Entre ellas, particular relevancia exhibe el procedimiento de expulsión de extranjeros. La ley migratoria y su decreto reglamentario establecieron un cambio sustancial. En primer lugar, la orden

⁵ Art. 4, ley 25.871

⁶ Informe realizado entre la FIDH y CELS “ARGENTINA, Avances y Asignaturas Pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en los derechos humanos”. Febrero 2011. Pág.9.

⁷ art. 51, inc e) de la Ley Orgánica del Ministerio Público

de expulsión por razones migratorias sólo podrá disponerse luego de haber intimado a la persona a que regularice su situación. Una vez intimada, se inicia un procedimiento administrativo que, al igual que la instancia judicial, asegura el derecho de defensa, que incluye asistencia jurídica gratuita y, si hiciera falta, un intérprete⁸.

El art. 86 del Decreto reglamentario 616/10 estableció la intervención del Ministerio Público de la Defensa a fin de salvaguardar los intereses de quienes deseen recurrir actos administrativos ante la Dirección Nacional de Migraciones y no cuenten con recursos económicos. A partir del gran impacto que significó la sanción del mencionado Decreto, se incluyó en la competencia de la Comisión la defensa técnica en sede administrativa en los casos regulados por la Resolución DGN. N° 569/11; asimismo, garantiza el derecho de defensa también en sede judicial, disponiendo que todos aquellos casos que versen sobre personas en libertad cuya expulsión devenga de una condena penal, y su legajo tramite ante la Dirección Nacional de Migraciones –delegación Ciudad Autónoma de Buenos Aires–, la defensa en sede administrativa y judicial será ejercida por la Defensoría Pública Oficial ante los Juzgados Federales de Ejecuciones Fiscales Tributarias.

En la citada Resolución se dispuso que en aquellos casos en que la Dirección Nacional de Migraciones confiera intervención al Ministerio Público respecto de: a) detenidos a disposición de la justicia federal en procesos de expulsión; b) detenidos a disposición de la justicia federal que se opongan a una expulsión; c) detenidos cuyo trámite de expulsión devenga de una condena dictada por un Tribunal Provincial y se opongan a su salida del país; y d) en los casos de personas cuya expulsión sea consecuencia de una irregularidad administrativa, la defensa en sede administrativa será ejercida por la “Comisión del Migrante” de esta Defensoría General de la Nación. En los casos b), c) y d), la intervención de la Comisión se circunscribirá a los expedientes administrativos en trámite ante la Dirección Nacional de Migraciones –delegación Ciudad Autónoma de Buenos Aires–.

La mencionada resolución introdujo dos nuevos grupos al ámbito de actuación de la Comisión como ser, el de los detenidos cuyo trámite de expulsión devenga de una condena dictada por un Tribunal Provincial y se opongan a su salida del país y, el de los casos de personas cuya expulsión sea consecuencia de una irregularidad administrativa.

En este orden de ideas, es destacable hacer saber el trabajo realizado por la Comisión del Migrante, la cual intervino desde su creación en casi 3000 casos de expulsión que tramitan ante la Dirección

⁸ Según el artículo 86 de la ley 25.871: “Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete/s si no comprenden o hablan el idioma oficial. Las reglamentaciones a la presente, que en su caso se dicten, deberán resguardar el ejercicio del Derecho Constitucional de defensa. Por su parte, el artículo 86 del decreto reglamentario establece que: La Dirección Nacional de Migraciones, ante el planteo que efectúe un extranjero, dará inmediata intervención al MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que el referido ministerio tome intervención, u otro servicio jurídico lo haga en su remplazo y el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses

Nacional de Migraciones, ya sea producto de una irregularidad administrativa, o bien por haber recaído una condena penal.

De lo expuesto, podemos observar cómo se ha previsto desde el Ministerio Público de la Defensa la protección de los derechos de las personas migrantes y el acceso a la justicia en cada una de las diferentes etapas del proceso de expulsión.

La Comisión, además, se encargó de identificar los mecanismos de aplicación y el funcionamiento en el engranaje normativo, así como diferentes necesidades jurídicas y malas prácticas del sistema anterior para la realización de las previsiones normativas actuales, instando y/o colaborando en la elaboración de distintos cursos de acción a fin de implementar estrategias que habiliten la concreción de los derechos reconocidos a las personas migrantes.

Así, las personas migrantes en situación migratoria regular como los que están en situación irregular, son por igual beneficiarios de las garantías del debido proceso y la protección judicial.

En este sentido, ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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 éstas⁹, por lo que las garantías mínimas del artículo 8 se aplican también a los procesos administrativos¹⁰, incluidos los de expulsión de migrantes¹¹.

En definitiva, se trata de reconocer los mismos derechos y garantías a todas las personas en todos los procesos en los que sean parte. Tal como afirma Ceriani, el hecho de que una persona se encuentre en una situación migratoria irregular no justifica que se vea desposeída de un nivel mínimo de protección, sin perjuicio de que el resultado último en cada caso fuera igualmente la devolución a su país, ello no legitima la eliminación de estos derechos básicos¹².

La situación de vulnerabilidad en la que suelen encontrarse los migrantes y las gravosas consecuencias que acarrea toda expulsión, requieren que el Estado tome en cuenta las particularidades de la situación y garantice sin excepciones que el migrante cuente con **asistencia técnica de calidad**

9 Cf. Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, voto razonado juez García Ramírez, párr. 8 y *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panama*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrs. 106 y 124.

10 Cf. Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 105 y *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69; CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 7 de septiembre de 2007, párr. 99; TEDH, *Campbell y Fell vs. Reino Unido*, Sentencia del 28 de junio de 1984, Serie A No. 80, párr. 68; *Deweert vs. Bélgica*, Sentencia del 27 de febrero de 1980, Serie A No. 35, párr. 49.

11 Cf. CIDH, *Informe 64/08*, Caso 11.691, Admisibilidad, *Raghda Habbal e Hijo vs. Argentina*, 25 de julio de 2008, párr. 54; *Informe 56/06*, Caso 8/03, Admisibilidad, *Wayne Smith vs. Estados Unidos*, OEA/Ser.L/V/II.127 Doc. 4 rev. 1 (2007), párr. 51 e *Informe 49/99*, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star y otros vs. México*, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 724 (1998), párr. 71.

12 Ceriani Cernadas, P., "Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos", *supra* nota 3, pág. 202.

para que pueda gozar de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios. En este sentido, la Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de desarrollar aún más el estándar de cumplimiento en el caso *Vélez Loor vs. Panamá* que tuvo como víctima a una persona migrante; en este caso, la Corte ha despejado toda duda respecto de cómo debe garantizarse este derecho en casos en los que está en juego la expulsión de un migrante: “*en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un **servicio público gratuito** de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso*”¹³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 16, señaló que “*Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. 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*”¹⁴

En el ordenamiento local, como hemos visto, la recepción de esta garantía -artículo 86 de la nueva ley de migraciones- consagra expresamente el derecho a contar con un abogado provisto por el Estado “*en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino*”. La reglamentación del artículo establece que la Dirección Nacional de Migraciones, ante el planteo que efectúe un extranjero, dará inmediata intervención al Ministerio Público de la Defensa, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que el referido Ministerio tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses.¹⁵

Gordillo señala que “La violación de la garantía de la defensa es para nosotros uno de los principales vicios en que puede incurrirse en el procedimiento administrativo y también uno de los vicios más importantes del acto administrativo. Por lo tanto, estimamos que a menos que la transgresión de que se trate sea de poca trascendencia, la indefensión del particular cometida por la administración debe sancionarse siempre con la nulidad del procedimiento. Ese es el criterio de

13 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. *supra* nota 36, párr. 146

14 Pablo Ceriani Cernadas, Ricardo Fava y Diego Morales. “*Políticas Migratorias, el Derecho a la Igualdad y el principio de no discriminación. Una aproximación desde al Jurisprudencia del sistema interamericano de Derechos Humanos*”, publicado en “*Políticas Migratorias y Derechos Humanos*”, Editorial Universidad de Lanús, en prensa

15 Ley 25.871 (B.O. 21/1/2004), artículo 61.

los tribunales administrativos internacionales”¹⁶.

Conclusión

Como hemos podido observar, el recorrido en el reconocimiento de los derechos de las personas migrantes ha sido largo y dificultoso, mas aquellas luchas han posibilitado que hoy todos los habitantes de la República se les reconozcan derechos, se prevean recursos administrativos y judiciales con control judicial contra la Administración y esté garantizado el acceso a la justicia. El camino no está agotado. Desde la práctica diaria hemos notado que la discrecionalidad de la Administración no siempre opera a favor de las personas migrantes por ello es importante que desde los diferentes ámbitos de actuación, continuemos trabajando intensamente para que el reconocimiento de derechos no quede sólo en la letra de la ley.

16 Gordillo, Agustín ‘Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II: Defensa del Usuario y del Administrado’; 9ª Edición; Editorial Fundación de Derecho Administrativo, pág. IX-24; Buenos Aires 2009

CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS DE 1980: A PROBLEMÁTICA DA TRANSFERÊNCIA E DA RETENÇÃO ILÍCITA DE CRIANÇAS EM OUTRO PAÍS SOB A ÓTICA DA DEFESA DO GENITOR(A) QUE SE VÊ OBRIGADO A DEIXAR O PAÍS DE RESIDÊNCIA HABITUAL

Edilson Santana Gonçalves Filho¹

RESUMO: O trabalho objetiva analisar as disposições da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção da Haia, de 1980), sob a ótica da defesa do genitor(a) que se vê obrigado a deixar o país de residência habitual da criança, partindo da análise de caso concreto. Para tanto, o estudo funda-se na análise dos dispositivos da Convenção, à luz de decisões das Cortes brasileiras e internacionais, doutrina e ordenamento jurídico interno, cotejada pelos aspectos fáticos que envolvem a situação. Analisar-se-á, especialmente, as hipóteses nas quais a autoridade judicial pode denegar o pedido de retorno da criança para o país de origem.

Palavras-chave: Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças. Convenção da Haia de 1980. Sequestro internacional de menores. Residência habitual. Melhor interesse da criança.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo parte da análise das disposições da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção da Haia, de 1980), sob a ótica da defesa do genitor(a) que se vê obrigado a deixar o país de residência habitual da criança, partindo da análise de caso concreto.

Na situação a ser analisada a Defensoria Pública da União teve ciência dos fatos quando recebeu ofício de representante da Procuradoria da República, cientificando da existência de **cooperação jurídica internacional em matéria penal**, na qual a senhora D.O.P.² do Nascimento era acusada de sequestro internacional de criança no Estado da Suíça, em razão de ter vindo, com o filho, para o Brasil, e não haver, até então, retornado. O genitor permaneceu em território suíço.

1 Defensor Público Federal titular do Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva da DPU/Manaus, unidade na qual exerce atualmente a função de Defensor Público Chefe. Membro do Grupo de Trabalho Nacional da Defensoria Pública da União voltado às demandas relacionadas a migrações e refúgio. Foi Defensor Público do Estado do Maranhão. Especialista em Direito Processual.

2 A fim de preservar a intimidade das partes, omitimos suas identificações.

Após contato com D.O.P., a mesma foi acompanhada e prestou depoimento na referida Procuradoria.

Ciente dos fatos, a Defensoria Pública da União oficiou a Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF), junto à Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH), a qual detém atribuição, no Brasil, para atuar em casos envolvendo a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, e promulgada pelo Decreto 3.413 de 2000.

Em resposta descobriu-se que já haver procedimento administrativo (**de natureza não penal, portanto**) em fase final de tramitação³, visando o retorno da criança, quando então se requereu vista do mesmo e reabertura do prazo para apresentação de defesa.

Nada obstante, o caso foi enviado pela ACAF para a Advocacia Geral da União - AGU, a fim de ajuizar a demanda, ora em curso.

Vale esclarecer: recebido um pedido de cooperação jurídica internacional pela ACAF com base na Convenção da Haia de 1980, esta inicia os procedimentos administrativos de tramitação do mesmo. Dentre as providências tomadas no âmbito deste órgão, estão a confirmação da localização da criança e a análise do cumprimento, pelo Estado Requerente, dos requisitos administrativos para admissão do pedido de cooperação jurídica internacional fundado na Convenção.

Recebida a solicitação, a Autoridade Central deve tentar uma solução amigável. Não sendo possível, encaminhará o caso à Advocacia Geral da União - AGU, com o fito de ajuizar ação visando o retorno da criança.

Nesse ponto, note que como a Autoridade Central Brasileira não detém personalidade jurídica, uma vez que é órgão integrante da estrutura da Administração Pública Federal Direta, compete à União representar seus interesses em juízo, sendo que a AGU é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente.

Assim, no Brasil, caso haja dificuldade para o retorno da criança em termos amigáveis, a Autoridade Central Federal brasileira encaminhará o caso à Advocacia-Geral da união (AGU), para que esta tome as medidas judiciais cabíveis visando promover a devida ação judicial.

Importa-nos saber, ainda, que a senhora D.O.P. é cidadã brasileira nata, tendo nascido em território pátrio, onde viveu por praticamente toda a sua vida.

Em Dezembro de 2009 D.O.P. casou com o senhor G.A.B., quando se mudou para a cidade de Genebra, na Suíça, passando a residir na casa da mãe de G.A.B.

Antes de ir para a Suíça o senhor G.A.B. houvera informado para sua sogra (genitora de D.O.P.)

³ Importa esclarecer que, inicialmente, a assistida recebeu telefonema de representante da ACAF, o qual lhe informou da necessidade de comparecer à oitiva em procedimento de cooperação penal, não ficando claro a existência de outro procedimento (administrativo), versando sobre matéria civil (Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis de 1980) e visando o retorno da criança.

que teria excelente condição financeira, como forma de tranquilizar a mãe da requerida, quanto a sua capacidade de sustento da família em território estrangeiro.

Porém, ao chegar à Suíça D.O.P. se deparou com realidade diferente. Durante o período no qual residiu em apartamento da sogra sofria maus tratos e humilhações; com seu comportamento a sogra causava constantes discórdias entre o casal. Aquela (a sogra, mãe de G.A.B.) exigia que D.O.P. realizasse todas as tarefas domésticas para o grupo familiar, que era composto, contando com ela, seu marido e seu filho, por oito pessoas.

Em suma, D.O.P. era explorada e forçada a prestar serviços domésticos para a família da G.A.B., até que se recusou a tal, quando então se iniciaram os conflitos/hostilidades.

Ainda quando descobriu que estava grávida D.O.P. continuou sendo vítima de humilhações. Relatou que dormia no chão, em um cobertor e chegou a sofrer tentativas de agressões físicas por parte da mãe de seu então marido em duas oportunidades. Tanto é que, após uma confusão entre familiares, a requerida e seu esposo foram expulsos do apartamento pela irmã de G.A.B., em pleno tenebroso inverno suíço.

Em abril de 2011 o casal conseguiu, enfim, alugar apartamento próprio. Contudo, mesmo após a saída da casa da sogra as discussões continuaram, desta feita, e na maioria das vezes, motivadas pelo ciúme exagerado que G.A.B. demonstrava.

Nesse tempo a requerida trabalhava como cabeleireira, por meio de atendimentos esporádicos em domicílio, recebendo o valor mensal de cerca de **duzentos francos suíços**, além de uma ajuda de custo familiar do governo suíço, que girava em torno de **cinco mil e trezentos francos suíços**, para custear moradia, alimentação e demais despesas. Vale ressaltar que o dinheiro era depositado diretamente na conta bancária de G.A.B. e a requerida não tinha acesso aos valores.

Em razão das discórdias, **por vezes o marido (G.A.B.) propusera a separação e que a s senhora D.O.P. voltasse para o Brasil**, em função do desgaste da relação do casal.

Destarte, também em algumas oportunidades, restou acordado verbalmente entre o casal que, caso a assistida viesse com o filho, G.A.B. lhe enviaria o dinheiro para o sustento da criança.

Assim, em Outubro de 2013, tendo o convívio se tornado insuportável, a D.O.P. veio com o filho menor para o Brasil.

Ao aqui chegar passou a residir na casa de sua mãe (avó da criança). O único auxílio financeiro enviado por G.A.B. foi no valor de mil e duzentos reais, uma única vez, sendo que na Suíça G.A.B. continuava recebendo a ajuda de custo integral do governo suíço.

Doutra banda, **o pai sempre manteve contato com a criança, além de falar com a avó materna e amigos**, motivo pelo qual não há que se falar em alienação parental. O fato de a criança ter criado vínculos com o novo companheiro de D.O.P. apenas demonstra que o menor encontra-se bem e integrado ao novo ambiente no qual vive. Isso não quer dizer que, por isso, venha a perder ou ter impedido o fortalecimento de vínculos com seu pai biológico.

Interessante ainda verificar que, em conversas com a requerida/assistida, o genitor da criança revelou que gostaria que a mesma retornasse para Suíça, com o intuito principal de continuar recebendo ajuda de custo do governo, o qual, por se tratar de um auxílio familiar, seria cessado em razão de estarem, mãe e filho, vivendo no Brasil.

Por fim, à época do ajuizamento de ação visando à busca, apreensão e restituição do menor, esse já se encontrava integrado ao novo meio de vida no Brasil.

2. DA CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

O combate à problemática da transferência e da retenção ilícita de crianças em outro país, violando os direitos de guarda, é objetivo da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção da Haia, de 1980).

A Convenção da(e) Haia fundamenta-se na necessidade de proteger os interesses superiores da criança contra os efeitos prejudiciais que possam resultar da mudança de domicílio ou da retenção ilícita, que ocorrem quando uma criança é levada indevidamente do país onde normalmente vive para outro, normalmente por um dos genitores.

A Convenção prevê expressamente medidas administrativas ou judiciais, voltadas a promover a restituição de crianças ilicitamente transferidas do país de residência habitual para outro país.

Sua aplicação orienta-se, assim, pela necessidade de respeito aos termos de guarda estabelecidos dentro um processo judicial ou decorrentes do convívio da criança com um ou ambos os genitores. Todavia, a Convenção aduz que devem ser observados, também, os princípios relacionados à proteção da criança em geral, em consonância com o Princípio do Maior Interesse da Criança (PORTELA, 2014).

O Superior Tribunal de Justiça destaca que “a referida Convenção tem como escopo a tutela do princípio do melhor interesse da criança, de forma a garantir-lhe o bem estar e a integridade física e emocional de acordo com suas verdadeiras necessidades”⁴.

A propósito, nesse sentido:

Ao estatuir expressamente que ‘a Convenção da Haia, contudente na reprimenda ao sequestro e na determinação de retorno imediato do menor de dezoito anos ilicitamente transferido, revela, de forma equilibrada, grande preocupação com o bem-estar deste,

⁴ Informativo 525 do STJ (setembro de 2013). REsp 1.293.800 – MG.

*assegurando-lhe, sobretudo, o equilíbrio emocional e a integridade física*⁵. ⁶

Destarte, a Convenção, fundamentalmente, determina o retorno de uma criança indevidamente retirada de um país para outro. Contudo, determina que esse retorno só possa ocorrer no **melhor interesse do menor**.

Bem por isso, a Convenção prevê, expressamente, em rol não taxativo, hipóteses nas quais a autoridade judicial pode denegar o pedido de retorno da criança:

Art. 13 - Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:

a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou

b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o e retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.

3. DO GRAVE RISCO DE DANOS DE ORDEM FÍSICA OU PSÍQUICA / SUJEIÇÃO À SITUAÇÃO INTOLERÁVEL (ART. 13, “B”)

Conforme se afirmou acima, o menor já se encontrava integrado ao novo meio em que passou a viver. Assim, uma nova e repentina mudança de domicílio poderia causar malefícios ao seu desenvolvimento⁷.

A fim de avaliar a integração de uma criança ilicitamente transferida ou retida em outro Estado

⁵ Informativo 495 do STJ (abril de 2012). REsp 1.239.777 – PE.

⁶ Insta ressaltar que o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, no Artigo 38, reconhece a força da jurisprudência e doutrina interna, que não podem ser desprezados em casos envolvendo a Convenção da Haia de 1980.

⁷ A criança possuía desde o seu nascimento, um vínculo inseparável com a mãe e contava com apenas três anos de idade. Nesse contexto, a sua devolução sumária ensejaria tratamento desumano, tendo em vista que ocasionaria ruptura da referência familiar que o infante teve acesso durante a sua curta trajetória de vida.

a um novo meio, e, portanto, se sua permanência no Brasil atende aos seus melhores interesses o Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

...o julgador deve considerar uma série de fatores, como o amor e os laços afetivos entre os pais, os familiares e a criança, o lar da criança, a escola, a comunidade, os laços religiosos e a habilidade do guardião de encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro genitor (...) Essas considerações, essencialmente subjetivas são indicadores que conduzem o juiz à descoberta do que lhe parece ser o melhor interesse da criança em cada caso concreto⁸.

Nesse ponto, importa-nos observar que, não obstante a redação do artigo 12 da Convenção fale em **integração do menor** nos casos em que houver decorrido **mais de um ano** entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa⁹, tal aspecto (integração da criança) deve sempre ser considerado.

Isso em razão de que retirar a criança abruptamente do novo ambiente no qual já está integrada (inclusive dos cuidados de sua genitora) pode ocasionar danos de ordem psicológica irremediáveis, fazendo incidir a previsão contida no artigo 13, b, da Convenção¹⁰.

No mesmo sentido:

- Direito processual civil. Busca e apreensão de menor. Pai americano. Mãe brasileira. Criança na companhia da mãe, no Brasil. Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Situação consolidada. **Risco de danos psíquicos e emocionais se houver retorno da criança ao país de origem** (Estados Unidos).

- Não se conhece do recurso especial na parte em que fundamentado em temas não apreciados pelo Tribunal estadual, o qual adotou premissa diversa da pretendida pela parte.

- **Deve-se levar em consideração, em processos de busca e apreensão de menor, a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os contornos constitucionais, no sentido de que os interesses e direitos do menor devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.**

-Este processo não busca definir a guarda do menor; apenas busca decidir a respeito do retorno da criança para a residência de onde foi transferida, no caso, Estado de

8 Informativo 525 do STJ. REsp 1.293.800 – MG.

9 Art. 12. Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retomo imediato da criança. A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

10 Importa-se avaliar, ainda, se a vinda da criança para o Brasil se deu de forma a causar qualquer dano psicológico à mesma. No caso que serve de base para nosso estudo o próprio pai acompanhou a genitora e o menor até o aeroporto, como melhor se esclarecerá abaixo.

Nova Jersey, Estados Unidos da América.

- A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças possui o viés do interesse prevalente do menor, porquanto foi concebida para proteger crianças de condutas ilícitas. - Seguindo a linha de **proteção maior ao interesse da criança**, a Convenção delimitou as hipóteses de retorno ao país de origem, mesmo diante da conduta ilícita do genitor em poder do menor, com exceções como as existentes nos arts. 12 e 13 do referido diploma legal. - Assim, quando for provado, como o foi neste processo, que a **criança já se encontra integrada no seu novo meio, a autoridade judicial ou administrativa respectiva não deve ordenar o retorno da criança (art. 12), bem assim, se existir risco de a criança, em seu retorno, ficar sujeita a danos de ordem psíquica (art. 13, alínea "b")**, como concluiu o acórdão recorrido, tudo isso tomando na mais alta consideração o interesse maior da criança.

- Com tal delineamento fático dado ao processo, a questão se encontra solvida, porquanto é vedado nesta via o revolvimento do conjunto de fatos e provas apresentados pelas partes, tendo em vista que esta Corte toma em consideração os fatos tais como descritos pelo Tribunal de origem. Recurso especial não conhecido, por maioria¹¹.

O Tribunal Regional Federal da 1ª região, por unanimidade, entendeu da mesma

forma:

CIVIL E INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE ASPECTOS CÍVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR NASCIDA NA ARGENTINA. MÃE BRASILEIRA. ALEGADA RETENÇÃO ILÍCITA DA CRIANÇA NO BRASIL. **MENOR EM TENRA IDADE. RESIDÊNCIA**

ESTABELECIDADA EM COMPANHIA DA MÃE, A QUAL DETÉM SUA GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA POR AUTORIDADE JUDICIÁRIA NACIONAL. ADAPTAÇÃO AO DOMICÍLIO BRASILEIRO. SITUAÇÃO FAMILIAR

ESTÁVEL FAVORÁVEL À MENOR NO TERRITÓRIO NACIONAL. RESTITUIÇÃO. NÃO RECOMENDÁVEL. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE A MÃE TER AGIDO COM TORPEZA. PROVIMENTO DA APELAÇÃO DA RÉ. PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO DA UNIÃO.

1. Consoante art. 1º, a Convenção da Haia, de 1980, objetiva: "a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente; b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante".

2. A Convenção define, em seu art. 3º, como transferência ou retenção ilícita de criança: "a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido".

3. À luz do art. 12 da Convenção, desaconselhável a restituição "quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio".

11 REsp 900262 / RJ; Ministra NANCY ANDRIGHI; TERCEIRA TURMA; DJ 08/11/2007 p. 226.

4. Diante da constatação no estudo psicológico de que a menor se encontra inteiramente integrada ao meio em que vive e que a mudança de domicílio poderá causar malefícios no seu futuro desenvolvimento -, e do próprio reconhecimento da Autoridade Central Administrativa de que "não seria prudente, portanto, arriscar que ela vivencie uma nova 'ruptura' de vínculos afetivos, especialmente em virtude de sua tenra idade" (três anos à época da avaliação) -, a "interpretação restritiva" dada pelo ilustre Juiz ao art. 12 da Convenção, determinando o imediato regresso à Argentina, quatro anos depois do seu ingresso em solo nacional (hoje conta com seis anos), vai de encontro à finalidade principal da Convenção, que é a proteção do interesse da criança.

5. Decidiu o STJ em caso parecido: "Dessa forma, quando for provado, como o foi neste processo, que a criança já se encontra integrada no seu novo meio, a autoridade judicial ou administrativa respectiva não deve ordenar o retorno da criança (art. 12), bem assim, se existir risco de a criança, em seu retorno, ficar sujeita a danos de ordem psíquica (art. 13, alínea "b"), como concluiu restar provado o acórdão recorrido, tudo isso tomando na mais alta consideração o interesse maior da criança" (REsp 900.262/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ de 08/11/2007).

6. Não é o caso de imputar à mãe a conduta de criar situação fática consolidada, com o fito de burlar o propósito maior da Convenção. Pelos elementos constantes dos autos, não se pode afirmar que a mãe tenha agido com torpeza, locupletando-se ilicitamente. Sendo assim, plenamente aplicável a regra contida no art. 12 da Convenção, segundo o qual não se deve ordenar o retorno da criança, quando já se encontra integrada no seu novo meio.

7. Provimento da apelação da Ré, para reformar a sentença, julgando improcedente o pedido inicial.

8. 8. Prejudicado o recurso adesivo da União, no qual postula condenação da Ré no pagamento das custas com a restituição da menor. (Processo AC 200738000195207; AC - APELAÇÃO CÍVEL – 200738000195207; Relator(a) JUIZ FEDERAL DAVID WILSON DE ABREU PARDO (CONV.); QUINTA TURMA Fonte e-DJF1 DATA:26/11/2010 PAGINA:73).

De mais a mais, a determinação de retorno do infante não se mostra compatível com o sistema de proteção de direitos fundamentais do Brasil¹², tanto em relação à criança (considerando o Princípio do Melhor Interesse), quanto em relação à genitora (que não pode ser obrigada a viver em outro país, submetida a situações de humilhação constantes, para ter consigo seu filho. Aliás, no caso que serve de base para nossa análise D.O.P. foi processada em razão de denúncia realizada na Suíça pelo G.A.B., genitor da criança, de forma que, ao retorna para a Suíça corria, inclusive, o risco de ter sua prisão determinada naquele país).

12 Artigo 20: O retomo da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12° poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

4. DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, já em seu preâmbulo, explicita serem os **interesses da criança** de primordial importância:

Os Estados signatários da presente Convenção, Firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda.

Nos termos de seu artigo 7º, dispõe a Convenção supramencionada competir a Autoridade Central “evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas”.

Nessa esteira, destaca-se o que dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cujo Artigo 227 assevera:

É dever da família, da sociedade, e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dessume-se do art. 227 da CRFB o princípio do **melhor interesse do menor**.

Já asseverou o Superior Tribunal de Justiça que “Nas ações que envolvem interesse da infância e da juventude, não são os direitos dos pais ou responsáveis, no sentido de terem para si a criança, que devem ser observados, mas o interesse do menor”.¹³

Tanto a Constituição Federal quanto a Convenção de Haia não deixam a menor dúvida de qual é o interesse maior defendido: o da criança.

Segundo a doutrina e a jurisprudência, a Convenção sobre os aspectos cíveis do sequestro internacional de crianças tem caráter procedimental.¹⁴ Por isso, as autoridades centrais dos Estados Membros não devem aplicá-la isoladamente, tendo em vista a necessidade de integração com outros tratados de direitos humanos¹⁵ que também impõem aos Estados envolvidos obrigações internacionais.

13 CC 114328 / RS CONFLITO DE COMPETENCIA 2010/0181443-0 DJe 02/03/2011.

14 Esse tem sido o entendimento reiterado da Corte Europeia de Direitos Humanos. Vide, por exemplo: **ŠNEERSONE AND KAMPANELLA v. ITALY**. (Application no. 14737/09). Data de Julgamento: 21/06/2011. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int>>

15 Sobre a complementariedade e a inter-relação entre os instrumentos protetivos, vide: Corte Interamericana de Direitos Humanos. “**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.

Neste sentido, o dever de considerar o melhor interesse da criança é vinculante, tendo em vista a sua previsão expressa na **Convenção sobre os Direitos da Criança**¹⁶:

Artigo 3º - Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, **primordialmente, o melhor interesse da criança.**

Na mesma trilha, o princípio está abrangido no direito de proteção à vida familiar consagrado no art. 8º da Convenção Europeia sobre Direitos e Garantias Fundamentais, no art. 17(4) da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil), dentre outros.

Todos os referidos instrumentos, se interpretados em conjunto com a Convenção de Haia, tratam de um objetivo comum: a proteção ao ser humano, e nesse compasso, prioritariamente, daquele que se encontra em etapa de maturação e desenvolvimento¹⁷.

Portanto, é importante esclarecer que a criança não é um objeto, passível de apreensão. Na verdade, a preocupação deve se voltar com o futuro de um sujeito de direitos, titular do direito à proteção estatal. Por isso, não há possibilidade de se cogitar uma abrupta devolução em detrimento de seu melhor interesse, que, no caso que serve de base para nossa análise, é o de permanecer sob os cuidados de sua genitora.

5. DO DIREITO CONVENCIONAL DE GUARDA (ART. 13, “A”: “*TINHA A SEU CUIDADO A PESSOA DA CRIANÇA NÃO EXERCIA EFETIVAMENTE O DIREITO DE GUARDA...*”)

No caso que serve de base para nossa análise, D.O.P. teve deferida judicialmente a guarda da criança no Brasil, em Sentença por meio da qual se decretou o divórcio do casal, fixando a guarda e o direito de visitas.

É sabido que, nos termos da Convenção da Haia de 1980, a Autoridade Central não poderá fundamentar a recusa do retorno da criança com base em uma decisão relativa à guarda tomada no Estado requerido. Todavia, as autoridades competentes podem (e devem) levar em consideração essa decisão¹⁸.

De mais a mais, cumpre ressaltar que nos termos do artigo 5º da Convenção “o direito de guarda

16 Ratificada pelo Brasil em Setembro de 1990.

17 A respeito da necessidade de integração dos tratados para a proteção especial às crianças enquanto grupo vulnerável, vide: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño: **Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002**. Serie A No. 17.

18 Artigo 17: O simples fato de que uma decisão relativa à guarda tenha sido tomada ou seja passível de reconhecimento no Estado requerido não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança nos termos desta Convenção, mas as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão levar em consideração os motivos dessa decisão na aplicação da presente Convenção.

compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência”.

Na redação da primeira parte da alínea “a” do parágrafo 1º do artigo 13, o texto faz menção, tão-somente, àquele “que tinha a seu cuidado a pessoa da criança”. O dispositivo, portanto, restringe sua incidência aos casos nos quais o titular do direito convencional de guarda for detentor dos cuidados com a pessoa da criança.

No caso que serve de base para nosso estudo a **guarda fática ou principal**, efetivamente, era exercida por D.O.P., que cuidava da criança, a qual pouca atenção recebia do pai e seus demais familiares.

De fato, foi a mãe que sempre teve sob seu cuidado a pessoa da criança. O pai, por sua vez, não exercia efetivamente os cuidados inerentes ao direito de guarda, não obstante residissem, inicialmente, sob o mesmo teto.

Destarte, o “exercício efetivo” como requisito para a configuração da ilicitude da transferência/retenção, para além de tentar garantir o equilíbrio da criança, não desconsidera que frequentemente existem soluções contraditórias pouco aptas a servir de base à proteção da estabilidade da vida de uma criança (MARTINS, 2013).

Assim, forçar o retorno da criança equivaleria a colocá-la em **situação de risco**, posto que não teria quem exercesse os devidos cuidados para consigo, considerando, especialmente, sua tenra idade e as necessidades que somente a genitora, até então, vinha conseguindo desempenhar.

Por fim, é possível ainda se considerar a existência de guarda compartilhada, ao tempo da ida do suposto raptor e da criança para outro país que não o de residência habitual. Tal circunstância (ou seja, o fato de ambos os genitores serem guardiões) poderia, também, ser levantada como justificativa para a saída com a criança¹⁹, sobretudo em casos nos quais o outro guardião sabia do provável não retorno da criança filho.

6. CONSENTIMENTO OU CONCORDÂNCIA DO GENITOR (ART. 13, “A”, PARTE FINAL: “*HAVIA CONSENTIDO OU CONCORDADO...*”)

No caso que serve de base para o presente estudo, G.A.B., genitor do menor, alegou que a compra da compra de passagens com trechos de ida e retorno comprovava que não havia concordado com a permanência no menor no Brasil.

¹⁹ Aponta-se que já foram proferidas decisões que assentam no argumento de que nos casos de guarda conjunta (e qualquer que seja a origem a contitularidade), porque ela não pertence em exclusivo a qualquer um dos pais, não haverá deslocação ilícita (SILVA, 2005).

Certamente, tal circunstância deve ter relevante peso na análise da determinação do retorno do menor. Ainda assim, imperioso se fazer análise mais aprofundada a fim de perquirir em que contexto se desenvolveu os fatos.

No caso sob análise verificou-se, posteriormente, que o genitor da criança tinha ciência da possível permanência da criança no Brasil.

Conforme se aduziu acima, em razão das discórdias entre o casal por vezes G.A.B. propusera que D.O.P. voltasse para o Brasil, em função do desgaste da relação do casal, ao ponto de acordarem verbalmente que, caso a D.O.P. viesse G.A.B. lhe enviaria dinheiro para auxiliar no sustento da criança.

Destarte, não houve qualquer arrebatamento clandestino ou astucioso, furtivo ou violento da menor por parte de D.O.P. em detrimento da convivência paterna, posto que este sempre soube da vinda da genitora e da criança para o Brasil e sabia, inclusive, da possibilidade de os mesmos aqui permanecerem.

No caso que nos serve para análise, verificou-se ainda que para que pudesse viajar com o filho foi necessário viabilizar toda a documentação civil da criança com a autorização de G.A.B. inclusive mediante comparecimento do casal à Embaixada brasileira para que o pai assinasse a autorização de viagem do menor, em documento próprio, sendo o registro feito diretamente no passaporte da criança.

Demais a mais, antes de embarcar para o Brasil D.O.P. telefonou da casa da avó paterna da criança, avisando para os seus familiares que estava retornando com o seu filho para o Brasil. No dia da viagem D.O.P. foi levada até o aeroporto pelo pai da criança juntamente com a irmã e o irmão de G.A.B.

7. CONCLUSÃO

A Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Raban v. Romênia*, manteve decisão da Corte de Apelação daquele país, tomada em janeiro de 2008, que não restituiu duas crianças a Israel, em decisão que deixou claro a necessidade de análise da situação familiar e uma ampla variedade de fatores relacionados ao bem-estar da criança, em pedidos de restituição fundados na Convenção de Haia de 1980. Conforme consta na decisão:

“Em 2006, conforme explicado pelo requerente, o casal, que tinha a guarda conjunta dos filhos, concordou que a mãe e os dois filhos iriam visitar a família da mãe na Romênia

por seis meses. Em 27 de abril de 2006, a mãe e os filhos partiram para a Romênia; de acordo com suas passagens aéreas de ida e volta, eles haviam programado para retornar em 24 de outubro de 2006.

No entanto, eles jamais voltaram para Israel; em 3 de novembro de 2006, a mãe (A.R) informou ao primeiro requerente que ela e os filhos permaneceriam na Romênia.

Posteriormente, o primeiro recorrente requereu o retorno de seus filhos, nos termos da Convenção de Haia (processos descritos sob o n. 1 abaixo), enquanto AR entrou com pedido de divórcio e guarda dos filhos nos tribunais romenos (processos descritos sob o n. 2 abaixo).

(...)

O Tribunal reiterou que o conceito de superior interesse da criança deve ser primordial nos procedimentos instaurados pela Convenção de Haia. Consideração do que serve melhor aos interesses da criança é, portanto, de fundamental importância em todos os casos deste tipo. Neste contexto, deve-se ter em mente que as autoridades nacionais têm a vantagem do contato direto com todos os interessados (...)

Contando com os documentos apresentados pelas partes, com a avaliação psicológica das crianças, e com as declarações testemunhais, o tribunal nacional avaliou as circunstâncias concretas de cada caso; ele descobriu que o pai, de fato, deu o seu consentimento para a mudança, na medida em que a sua situação financeira era perigosa; o tribunal também constatou que as crianças foram muito bem integradas no seu novo ambiente social e que elas estavam sendo bem cuidadas por sua mãe, também tendo sido estabelecido que o primeiro requerente não tinha visitado seus filhos em nenhuma ocasião (n.º 12) e que ele não tinha enviado-lhes nenhum dinheiro para auxílio.

Estas conclusões foram reiteradas, mutatis mutandis, nos processos posteriores a respeito das questões do divórcio e da guarda...” (Livre tradução)²⁰.

20 Original: “In 2006, as explained by the applicant, the couple, who had joint custody of the children, agreed that the mother and the two children would visit the mother’s family in Romania for six months. On 27 April 2006, the mother and the children left for Romania; according to their roundtrip airline tickets, they were scheduled to be back on 24 October 2006. However, they never returned to Israel; on 3 November 2006, A.R.’s mother informed the first applicant that A.R. and the children would remain in Romania.

8. Subsequently, the first applicant filed for the return of his children, under the Hague Convention (proceedings described under no. 1 below), while A.R. filed for divorce and custody of the children with the Romanian courts (proceedings described under no. 2 below).

(...)

The Court reiterates that the concept of the child’s best interests should be paramount in the procedures put in place by the Hague Convention. Consideration of what serves best the interests of the child is therefore of crucial importance in every case of this kind. In this context, it must be borne in mind that the national authorities have the benefit of direct contact with all the persons concerned (...) Relying on the documents submitted by the parties, on the psychological evaluation of the children, and on the testimonial statements in the file, the domestic court evaluated the factual circumstances of the case; it found that the father in fact gave his consent to the relocation, in so far as his financial situation was perilous; the court also found that the children were very well integrated into their new social environment and that they were well taken care of by their mother, it also having been established that the first applicant had not visited his children but on one occasion (paragraph 12) and that he had not sent them any money for support.

These findings were reiterated, mutatis mutandis, in the subsequent proceedings regarding divorce and custody...

Dessa forma, resta claro que tais fatores, como a análise da situação familiar e, sobretudo, a situação da criança, devem ser levados em consideração quando de situações envolvendo pedidos de restituição do menor com base na Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção da Haia, de 1980), sob pena de causação de danos irreparáveis à menor.

Para tanto, imprescindível se faz a realização de perícia psicológica, meio apto à aferição de possíveis danos a serem criados com a devolução da criança. A Convenção da Haia, não obstante apresente reprimenda rigorosa ao sequestro internacional de menores com determinação expressa de retorno deste ao país de origem, garante o bem estar e a integridade física e emocional da criança, o que deve ser avaliado de forma criteriosa, fazendo-se necessária a prova pericial psicológica, conforme teor da decisão constante no REsp 1.239.777 do Superior Tribunal de Justiça.

8. REFERÊNCIAS

GONÇALVES, Maria Beatriz Ribeiro. **Direito internacional público e privado**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

MARTINS, Natalia Camba. **Subtração internacional de crianças: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

RAMOS, André de. **Curso de direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão. **A convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os Aspectos civis do rapto internacional de crianças**. Vol. I. Lisboa: Almedina, 2005

VICTIMIZACIÓN EN GRUPOS DE RIESGO - INMIGRANTES, PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y TRABAJADORAS DEL SEXO – APLICACIÓN DE LAS BUENAS PRÁCTICAS DE LA DIRECTIVA 2012/29/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA RESPECTO A LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

Viviane Ceolin Dallasta Del Grossi¹

BRASIL

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN: Victimización en grupos de riesgo y estrategias de afrontamiento; 1.1 ¿Cuáles son los elementos fundamentales que permiten definir un proceso como reparador o “restaurativo”?; 2. RELACIÓN DE LA VICTIMIZACIÓN EN PERSONAS CON TRASTORNOS MENTALES, PERSONAS CON DISCAPACIDAD, TRABAJADORES DEL SEXO E INMIGRANTES; 2.1 Modelos teóricos para explicar el mayor riesgo de victimización y su aplicación a los grupos de riesgo estudiados; 2.2 Estrategias de Prevención y Propuestas de Actuación Victimológica para Grupos de Riesgo; 3. DERECHO A LA INFORMACIÓN QUE LA DIRECTIVA 2012/29/UE RECONOCE A LAS VÍCTIMAS: Algunas buenas prácticas respecto al modo de satisfacer el derecho de información sobre el proceso penal; 3.1 Según la Directiva, ¿qué tipo de apoyo deben poder dispensar los servicios especializados de atención a las víctimas? ¿Qué ventajas e inconvenientes puede tener el derecho de acceder a estos servicios por parte de una víctima que no quiera denunciar el hecho?; 4. REFLEXIONES FINALES: Exposición de caso hipotético y aplicación de las medidas especiales de protección adecuadas al caso, de acuerdo con la Directiva 2012/29/UE; 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Resumen: El estudio busca analizar estrategias de prevención y propuestas de actuación victimológica en los siguientes colectivos de riesgo: inmigrantes, personas con discapacidad y trabajadoras del sexo. Serán presentadas algunas estrategias de afrontamiento que pueden ser utilizadas por los profesionales que trabajan con estos grupos y que minimizan los efectos de la victimización y previenen la llamada victimización secundaria y terciaria. Además, serán presentados los modelos teóricos y teorías criminológicas aplicables a los grupos de riesgo estudiados, tales como, la teoría de las actividades rutinarias, la teoría del estilo de vida, la teoría general de la tensión, la teoría del interaccionismo social y la respuesta frente al estrés y la teoría del estigma social, como un desmembramiento de la teoría del etiquetamiento, pues se trabaja con los estereotipos, los prejuicios y la discriminación. Por último, será hecha referencia a las buenas prácticas presentes en la Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Al final, será planteado un caso hipotético en que se aplican las disposiciones de la Directiva que pueden ser tomadas en cuenta en el ejercicio de defensa y apoyo a las víctimas más vulnerables en cualquier país.

¹ Estudiante de Maestría en Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo y Criminología y Ejecución Penal en el Máster Interuniversitario de la Universidad Pompeu Fabra, Universidad Autónoma de Barcelona y Universidad de Girona. Defensora Pública Federal en São Paulo-SP, Brasil.

Resumo: O estudo visa a examinar as estratégias de prevenção e propostas de atuação vitimológica nos seguintes grupos de risco: imigrantes, pessoas com deficiência e profissionais do sexo. Serão apresentadas algumas estratégias de enfrentamento que podem ser usadas por profissionais que trabalham com esses grupos, com o intuito de minimizar os efeitos da vitimização e prevenir a chamada vitimização secundária e terciária. Também serão apresentados modelos teóricos aplicáveis aos grupos de risco estudados, tais como, a teoria do estilo de vida, das atividades rotinárias, a teoria do interacionismo social e a teoria do estigma social como um desmembramento da teoria do etiquetamento ou dos rótulos, uma vez que nesta temática se trabalha com as noções de estereótipo, preconceito e discriminação. Por fim, será feita referência às boas práticas constantes na Directiva 2012/29/UE da União Europeia, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas mínimas em matéria de direitos, apoio e proteção das vítimas da criminalidade. Para finalizar e a título de conclusão, será analisado um caso hipotético no qual se podem aplicar as disposições da Diretiva, as quais podem ser tomadas em consideração no exercício da defesa e apoio às vítimas mais vulneráveis em qualquer país.

Palabras-clave: victimización; grupos de riesgo; inmigrantes; derechos de las víctimas.

Palavras-chave: vitimização; grupos de risco; imigrantes; direitos das vítimas.

1 INTRODUCCIÓN: Victimización en grupos de riesgo y estrategias de afrontamiento

El daño psíquico es la consecuencia de un suceso negativo que desborda la capacidad de afrontamiento y de adaptación de la víctima a la nueva situación². El conocimiento del daño psicológico, así como la necesidad de su evaluación, no son una cuestión meramente académica.

De lo que se trata, en última instancia, es de conocer la situación psíquica de la víctima, tratarla adecuadamente, reparar el daño causado, prevenir la revictimización y evitar la creación de nuevas víctimas³. Así, cuando las personas se encuentran frente a situaciones estresantes realizan una serie de esfuerzos para controlar la situación y reducir el estrés, a estos esfuerzos se les conoce como estrategias de afrontamiento.

Las estrategias de afrontamiento o estrategias de *coping* son consideradas como conjuntos de recursos y esfuerzos, tanto cognitivos como comportamentales, orientados a resolver el problema, reducir o eliminar la respuesta emocional o a modificar la evaluación inicial de la situación⁴. Pueden focalizarse en el problema, en la emoción o en la valoración de la situación.

2 PYNOOS, R; SORENSON, S. y STEINBERG, A. *Interpersonal Violence and Traumatic Stress Reactions*. En L. Golberger y S. Breznitz (Eds.). *Handbook o Stress: Theoretical and Clinical Aspects* (2nd ed.). New York: Free Press, 1993.

3 ECHEBURÚA, Enrique; CORRAL, Paz de; AMOR, Pedro Javier. *Evaluación Del Daño Psicológico en Las Víctimas de Delitos Violentos*. *Psicothema*, Vol. 14, 2002, p. 145.

4 En definitiva, el afrontamiento constituye un proceso que el sujeto pone en marcha para hacer frente a situaciones estresantes; sin embargo, no siempre la puesta en marcha de este proceso garantiza su éxito. (LÁZARUS, R.; FOLKMAN, S. *Ways of Coping Scale. Stress, Appraisal and Coping*. *Journal of Personality and Social Psychology*, 45, 1984).

Al dirigirse al problema se consolida un afrontamiento orientado a manipular o a alterar las condiciones responsables de la amenaza. Al dirigirse a la respuesta emocional, el afrontamiento se orienta a reducir o a eliminar la respuesta emocional generada por la situación⁵.

Además, si se dirige a modificar la evaluación inicial de la situación, la estrategia de afrontamiento tiende a reevaluar el problema. Los esfuerzos cognitivos o comportamentales pueden darse de manera activa, pasiva o evitativa: a) activa, al movilizar esfuerzos para los distintos tipos de solución de la situación; b) pasiva, al basarse en no hacer nada directamente sobre la situación y esperar que cambien las condiciones; y c) evitativa, intentando evitar o huir de la situación y/o de las consecuencias⁶. Las conductas de evitación son las que tienden más fácilmente a cronificarse, pues este cuadro clínico no remite espontáneamente con el transcurso del tiempo⁷.

Estas estrategias de afrontamiento también pueden ser clasificadas como positivas o negativas⁸.

Las estrategias de afrontamiento positivas suelen ser las siguientes: 1) aceptación del hecho y resignación; 2) experiencia compartida del dolor y de la pena; 3) reorganización del sistema familiar y de la vida cotidiana; 4) reinterpretación positiva del suceso (hasta donde ello es posible); 5) establecimiento de nuevas metas y relaciones; 6) búsqueda de apoyo social; 7) implicación en grupos de autoayuda o en ONG's.

Las estrategias de afrontamiento negativas, a su vez, son las siguientes: 1) anclaje en los recuerdos y planteamiento de preguntas sin respuesta; 2) sentimientos de culpa; 3) emociones negativas de odio o de venganza; 4) aislamiento social; 5) implicación en procesos judiciales, sobre todo cuando el sujeto se implica voluntariamente en ellos; 6) consumo excesivo de alcohol o drogas; 7) abuso de medicinas.

En este panorama, en los grupos de riesgo estudiados, se puede decir que hay una identificación entre los conceptos de víctimas de riesgo (son las que tienen una cierta predisposición a convertirse en víctimas de un delito porque constituyen una presa fácil para el agresor) y víctimas vulnerables (que, a su vez, tienen una mayor probabilidad de sufrir un intenso impacto emocional tras haber sufrido un delito violento), pues en todos los grupos estudiados hay un desequilibrio emocional o una situación estructural preexistente que agrava el impacto psicológico del delito y actúa como modulador negativo del daño psíquico⁹.

Así, a lo largo del estudio del tema de la victimización en grupos de riesgo se ha puesto de manifiesto la clara vinculación que existe entre la victimización de las personas con discapacidad, las trabajadoras del sexo y los inmigrantes y la violación de los derechos humanos.

5 LÁZARUS, R.; FOLKMAN, S. *Ways of Coping Scale. Stress, Appraisal and Coping. Journal of Personality and Social Psychology*, 45, 1984.

6 FERNÁNDEZ-ABASCAL, E. y PALMERO, F. *Emociones y salud*. Barcelona: Ariel Psicología, 1999.

7 ECHEBURÚA, Enrique; CORRAL, Paz de; AMOR, Pedro Javier. *Evaluación Del Daño Psicológico en Las Víctimas de Delitos Violentos*. Psicothema, Vol. 14, 2002, p. 145.

8 ECHEBURÚA, Enrique; CORRAL, Paz de; AMOR, Pedro Javier. *Evaluación Del Daño Psicológico en Las Víctimas de Delitos Violentos*. Psicothema, Vol. 14, 2002, p. 141.

9 AVIA, M.D. y VÁZQUEZ, C. *Optimismo Inteligente*. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

Dicho esto, de forma práctica, como medida de prevención primaria, con la finalidad de evitar el daño psíquico cronificado a lo largo del ciclo vital, teniendo en cuenta que son las experiencias de victimización en la infancia aquellas que más están relacionadas con el ejercicio de la prostitución, y la victimización de personas con discapacidad, y, además de esto, es la ausencia de apoyo familiar y/o un ambiente familiar destructivo y desestructurado que incrementan el riesgo de revictimización en víctimas de malos tratos en la infancia¹⁰, es importante promover medidas de difusión y de educación. Se recomienda la necesidad de impulsar programas eficaces de detección del maltrato y del abuso sexual infantil, así como abogar por intervenciones precoces con los niños y niñas que les permitan tomar una decisión libre en relación al ejercicio de la prostitución en el futuro, por ejemplo¹¹.

En relación a los inmigrantes, específicamente, ellos suelen sufrir más con la victimización secundaria y terciaria¹², así los servicios de asistencia a la víctima y las autoridades policiales deberían facilitar y promover la mejor formación de los profesionales que atienden a estas víctimas, de modo a reducir las barreras culturales y lingüísticas. Los servicios de atención a la víctima deberían hacerse presentes entre la población inmigrante, con un buen conocimiento a cerca de su cultura de origen, además de la aplicación de programas de justicia restaurativa¹³.

Todas estas iniciativas facilitarían el desarrollo de las estrategias de afrontamiento positivas en la víctima, que son las más productivas para la superación del trauma y de sus secuelas, pues las estrategias de afrontamiento negativas prevalecen cuando no existe apoyo social y una red gubernamental o de ONG's que puedan amparar las personas en grupos de riesgo.

1.1 ¿Cuáles son los elementos fundamentales que permiten definir un proceso como reparador o “restaurativo”?

Al margen ya de los modelos retribucionista y preventivo, debe situarse el modelo propugnado por la denominada justicia restauradora o reparadora. Este modelo admite muchos matices, existiendo recientemente una tendencia, más o menos acusada, a la introducción de experiencias de

10 BRANNIGAN, A. Y GIBBS VAN BRUSCHOT, E. *Youthful prostitution and Child Sexual Trauma*. International Journal of Law and Psychiatry, 20(3), 337-354, 1997.

11 PEREDA, N. y TAMARIT, J.M. *Victimología Teórica y Aplicada*. Barcelona: Huygens Editorial. *Parte III completa* (“Victimización en grupos de riesgo”), 2013, p. 263.

12 La victimización primaria hace referencia a la ofensa en sí que ha sufrido la persona, desencadenada por un hecho delictivo. La victimización primaria refleja la experiencia individual de la víctima y de las diversas consecuencias perjudiciales primarias producidas por el delito. La victimización secundaria hace referencia a la inserción de la víctima en el aparato jurídico-penal del Estado y al mal funcionamiento y coordinación de servicios sociales. La victimización terciaria hace referencia al proceso por el que la sociedad ve a la víctima; se produce un proceso que hemos mencionado ya con anterioridad, el “labelling approach”, por el que “etiquetamos” a una persona con el rol de víctima. (ESBEC, E. *Evaluación psicológica de la Víctima*. En E. Esbec y G. Gómez Jarabo. *Psicología forense y tratamiento jurídico legal de la discapacidad*. Madrid: Edisofer, 2000).

13 PEREDA, N.; TAMARIT, J.M. *Victimología Teórica y Aplicada*. Barcelona: Huygens Editorial. *Parte III completa* (“Victimización en grupos de riesgo”), 2013, p. 286-7.

justicia reparadora en el tradicional sistema penal. Los actores implicados en este sistema son el infractor, la víctima y la comunidad, los verdaderos protagonistas de este modelo de justicia.

La justicia restaurativa ve los actos criminales en forma más amplia, en vez de defender el crimen como simple transgresión de las leyes, reconoce que los infractores dañan a las víctimas, comunidades y aún a ellos mismos.

De este modo, involucra más partes en la repuesta al crimen, en vez de dar papeles clave solamente al gobierno y al infractor, incluye también víctima y comunidad. Finalmente, mide en forma diferente el éxito, pues en vez de medir cuanto castigo fue infringido, mide cuánto daño es reparado o prevenido¹⁴. Importante referir que en artículo 12 de la Directiva 2012/29/UE se hallan condiciones para el ejercicio de la justicia reparadora.

2 RELACIÓN DE LA VICTIMIZACIÓN EN PERSONAS CON TRASTORNOS MENTALES, PERSONAS CON DISCAPACIDAD, TRABAJADORES DEL SEXO E INMIGRANTES

Los enfermos mentales sufren la estigmatización y el miedo que genera el desconocimiento sobre sus enfermedades y suelen ser, con mayor facilidad, víctimas de actos violentos y de abusos, pero esta faceta todavía es poco estudiada por que los académicos aún centran su atención en analizar los enfermos mentales como victimarios y no como víctimas.

Las personas con transtorno mental poseen mayores factores de riesgo para la victimización, pues padecen alteraciones en el análisis de la realidad, a través de procesos cognitivos desorganizados, con déficits emocionales y cognitivos, lo que afecta a su habilidad para percibir las situaciones de riesgo y protegerse adecuadamente, facilitando la adopción de comportamientos relacionados con la victimización, como es el consumo de drogas, el establecimiento de relaciones conflictivas o quedarse en la calle¹⁵.

Así como ocurre con el ingreso en la prostitución, haber sufrido abuso físico o sexual en la infancia está fuertemente asociado a la victimización adulta, lo cual indica que, en personas vulnerables, las victimizaciones se repiten a lo largo de su vida¹⁶, también el hecho de consumir alcohol o drogas es un factor predictor para ambos los tipos de victimización, y da misma forma también el hecho de ser pobre, pertenecer a una familia desestructurada y estar solo son factores que incrementan el riesgo. Observado que estar solo en la calle, así como no tener hogar, es un hecho que incrementa aún más el riesgo de una mujer ser victimizada, sea trabajadora del sexo o padezca de una enfermedad mental.

¹⁴ Cid Moliné, J. (2009). La Elección del castigo. Barcelona: Bosch.

¹⁵ MARLEY, J. A.; BUILA, S. *Crimes against people with mental illness: types, perpetrators, and influencing factors*. Social Work, 46, 2001.

¹⁶ PEREDA, N. *Consecuencias psicológicas a largo plazo del abuso sexual infantil*. Papeles del Psicólogo, 31, 2010.

Ya un factor de riesgo específico de las personas con trastorno mental es la comorbilidad, o sea, la existencia de síndromes clínicos y trastornos de la personalidad, además de esto cuanto más graves sean los síntomas del trastorno y peor sea su tratamiento, mayor será el riesgo¹⁷.

Entre las formas de victimización, si bien el suicidio no es siempre resultado de un trastorno mental, los pacientes psiquiátricos presentan un mayor riesgo de suicidio. El suicidio es una de las principales causas de muerte entre personas con esquizofrenia. En estos pacientes se da el suicidio impulsivo, imprevisto y sin planificación. La sintomatología asociada, como los síntomas depresivos, las alucinaciones activas o la presencia de *insights*, aparecen relacionados con un mayor riesgo.

Ya en relación a los inmigrantes, ellos sufren lo que se llama de violencia racista o delitos de odio¹⁸, o sea, cualquier incidente en que una persona es victimizada por aspectos de su identidad, tales como: la raza, etnia, nacionalidad, color de piel, lengua o religión, por ejemplo¹⁹.

Estos colectivos también suelen sufrir más robos violentos y delitos contra la persona en general. Todas las formas de violencia son especialmente incrementadas cuando los inmigrantes poseen rasgos físicos muy distintos de la población del país donde están.

Los inmigrantes, así como las trabajadoras del sexo y las personas con discapacidad, son víctimas vulnerables, sufriendo de trastornos depresivos y de ansiedad, así como ya referido arriba.

2.1 Modelos teóricos para explicar el mayor riesgo de victimización y su aplicación a los grupos de riesgo estudiados

Algunas teorías criminológicas son utilizadas para intentar explicar la relación entre sufrir un trastorno mental y ser victimizado con violencia. La primera teoría que se presenta como explicación es la *teoría de las actividades rutinarias*, o sea, propone que para que ocurra una victimización es necesario que converjan un agresor motivado, una víctima adecuada y la ausencia de un protector²⁰. Así, esta teoría entiende que estar en paro, sin pareja o viviendo en la calle son factores que disminuyen la presencia de control y favorecen el riesgo de victimización.

De modo semejante, se halla la *teoría del estilo de vida*, la cual defiende que el mayor riesgo de victimización es dependiente de factores sociales, o sea, la exposición a lugares y horarios de riesgo, así como la asociación con individuos delictivos, esta dos teorías también explicarían la victimización de los inmigrantes.

17 LOINAZ, I., ECHEBURÚA, E., IRURETA, M. *Trastornos mentales como factor de riesgo de victimización violenta*. Psicología Conductual, 2, 2011, p. 428.

18 No existe un concepto universal para estos delitos, lo que los hacen de difícil identificación y persecución.

19 European Commission against Racism and Intolerance (ECRI). 2012.

20 LOINAZ, I., ECHEBURÚA, E., IRURETA, M. *Trastornos mentales como factor de riesgo de victimización violenta*. Psicología Conductual, 2, 2011, p. 423.

Otro modelo teórico utilizado es la *teoría general de la tensión*, donde determinadas personas con trastorno mental bajo el consumo de drogas o alcohol y con alteraciones psicóticas corren mayor riesgo de ser victimizadas por generaren estímulos negativos en los demás²¹, también así pasa con la *teoría del interaccionismo social y la respuesta frente al estrés*.

En este contexto, se ha propuesto la *teoría del estigma social*, como un desmembramiento de la *teoría del etiquetamiento*, pues trabaja con los estereotipos, los prejuicios y la discriminación²².

En relación a los inmigrantes, la teoría criminológica que explica su mayor victimización primaria es la que encuentra justificativa en el hecho de que estas personas viven en las zonas marginadas y más deprimidas de las ciudades, estudios que se han desarrollado por la *Escuela de Chicago*.

La victimización secundaria de estos colectivos, o sea, el sufrimiento infligido por las instituciones encargadas de ayudarlos, en ese caso, la victimización suele ocurrir por la incomprensión de la lengua (dificultades de comunicación), la burocracia del sistema y la ausencia de informaciones, además del riesgo de deportación para los que se hallan en situación irregular.

La victimización terciaria deste colectivo, la que disse respecto a las instancias judiciales y de política criminal es la más agravada, son tratadas con más dureza y discriminación en las diversas etapas del proceso judicial. Estas dos últimas teorías se hallan inseridas en la *teoría del estigma social*, también ya mencionada para explicar la victimización de los enfermos mentales.

En resumen, el aislamiento social y familiar es uno de los principales factores de riesgo de victimización para quien sufre de trastornos mentales, ejerzca la prostitución y sea una persona inmigrante así se podría explicar estos factores con la *teoría del bajo o inexistente capital social o también llamada de teoría de la exclusión social*, pues no cuentan con una buena red de apoyo social y tampoco familiar.

2.2 Estrategias de Prevención y Propuestas de Actuación Victimológica para grupos de riesgo

La discapacidad mental no sólo supone un factor de riesgo de victimización en la infancia y la adolescencia, sino también en la vida adulta. Un estudio reciente incide en la mayor prevalencia de agresiones sexuales entre mujeres adultas con discapacidad mental y critica la escasez de programas de prevención específicos para esta población. Mejorar la detección es el primer paso para una buena prevención.

El objetivo debe ser reducir la vulnerabilidad de estas personas y centrarse en grupos de riesgo (como

²¹ *Idem Ibidem.*

²² TEASDALE, B. *Mental Disorder and Violent Victimization*. Criminal Justice and Behavior, 36, p. 513-535, 2009.

pacientes sin hogar, toxicómanos o víctimas en la infancia), así como en las víctimas de los delitos más graves. Reducir al máximo la estigmatización de estas personas puede ser otra vía de prevención.

La intervención debe centrarse inicialmente en la seguridad de la víctima, en los problemas psicosociales planteados y en el tratamiento del consumo de alcohol/drogas. Las secuelas emocionales deben abordarse una vez solucionados los factores contextuales.

Las intervenciones ajustadas a las necesidades de estos pacientes requieren un conocimiento preciso, entre otros factores, del contexto en que se sufre la victimización, de la autoría de la agresión, de las circunstancias en que esta ocurre y del significado que la víctima atribuye al hecho²³²³.

Por último, se debe hacer frente al problema del infradiagnóstico. La sintomatología traumática no suele ser el motivo de consulta en estos pacientes, en unos casos por sus propias limitaciones psicológicas o por vergüenza, y en otros, por miedo a revivir el trauma o por temor a la reacción de incredulidad del clínico. Se recomienda por ello prestar una mayor atención al problema: la victimización en pacientes con trastornos mentales puede exacerbar el trastorno existente, incrementar el uso de servicios sanitarios y reducir la calidad de vida de los pacientes. Además, aumenta la probabilidad de revictimización y conlleva riesgo de implicación en conductas violentas (transformación de las víctimas en victimarios).

3. DERECHO A LA INFORMACIÓN QUE LA DIRECTIVA 2012/29/UE RECONOCE A LAS VÍCTIMAS: Algunas buenas prácticas respecto al modo de satisfacer el derecho de información sobre el proceso penal

En las justificaciones 26 a 39 de la Directiva 2012/29/UE hay una especificación del derecho a la información presente en el Capítulo 2, artículos 4 a 6 de la Directiva. Así, por ejemplo, es especialmente importante la información que permite a la víctima conocer la situación en que se encuentra cualquier procedimiento, así como la información que permita a la víctima decidir si solicitará la revisión de una decisión de no formular acusación; la información comunicada a la víctima debe poder facilitarse verbalmente o por escrito, incluso por medios electrónicos; la información a la víctima debe enviarse a la última dirección conocida, postal o de correo electrónico.

En el considerando 29 hay recomendación expresa sobre el procedimiento a ser seguido si la víctima renuncia a su derecho de recibir información²⁴. Y el considerando 37 es muy importante para

²³ LOINAZ, I., ECHEBURÚA, E., IRURETA, M. *Trastornos mentales como factor de riesgo de victimización violenta. Psicología Conductual*, 2, 2011, p. 434.

²⁴ “Las autoridades competentes deben velar por que las víctimas reciban datos de contacto actualizados para la comunicación sobre su caso, a menos que la víctima haya expresado su deseo de no recibir tal información”.

el ejercicio de los derechos de información por la víctima²⁵.

A ese respecto, se puede mencionar los procedimientos expuestos por la Fiscalía en el documento que regula sus actividades²⁶. Por último, los Estados miembros garantizarán la posibilidad de que las víctimas sean informadas, si así lo solicitan, al menos en los casos en que exista peligro o un riesgo concreto de daño para las víctimas, del hecho de que la persona privada de libertad, inculpada o condenada ha sido puesta en libertad o se ha fugado, así como de cualquier medida pertinente tomada para su protección.

Este derecho decaerá cuando como resultado de la notificación se pueda derivar un riesgo concreto de daño para el infractor. En todo caso, a la víctima le asiste el derecho a no recibir toda esta información suplementaria o adicional -salvo que su envío sea obligatorio en el marco del proceso penal-, cubriéndose así la llamada dimensión negativa del derecho en cuestión. La víctima podrá, no obstante, modificar, en todo momento, su opinión en cuanto a ser o no ser informada (artículo 6,4)²⁷.

Otra de las buenas prácticas constantes en la Directiva es en relación a la cooperación internacional, pues en lo que concierne a la cooperación entre Estados miembros, la Directiva establece tres áreas mínimas de cooperación que son el intercambio de mejores prácticas, la consulta en casos individuales y la asistencia a las redes europeas que trabajan sobre aspectos relacionados directamente con los derechos de las víctimas.

En cuanto a la coordinación de los servicios, la Directiva prevé que los Estados miembros tomarán medidas adecuadas para concienciar sobre los derechos establecidos en la Directiva, reducir el riesgo de victimización y minimizar la incidencia negativa de la delincuencia, los riesgos de victimización secundaria o reiterada, así como de intimidación o represalias, centrándose en particular en los grupos de riesgo.

3.1 Según la Directiva, ¿qué tipo de apoyo deben poder dispensar los servicios especializados

²⁵ “El apoyo debe estar disponible desde el momento en el que las autoridades competentes tengan constancia de la víctima y durante todo el proceso penal, así como durante el tiempo oportuno tras dicho proceso penal, según las necesidades de la víctima y los derechos establecidos en la presente Directiva. El apoyo se debe prestar mediante diversos medios, sin excesivos trámites y mediante una distribución geográfica suficiente en el territorio del Estado miembro, de modo que todas las víctimas disfruten de la posibilidad de acceder a tales servicios. Las víctimas que hayan sufrido daños considerables a causa de la gravedad del delito pueden requerir servicios de apoyo especializados”.

²⁶ FISCALÍA DE SALA DELEGADA PARA LA PROTECCIÓN Y TUTELA DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL - 9.1 Actividad en las Fiscalías.

²⁷ PÉREZ RIVAS, Natalia. *Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE*. Boletín CeDe UsC. Febrero 2014. Disponible en: <http://revistas.usc.es/boletincede>, acceso en: 17 mar. 2014, p. 6.

de atención a las víctimas? ¿Qué ventajas e inconvenientes puede tener el derecho de acceder a estos servicios por parte de una víctima que no quiera denunciar el hecho?

Los servicios especializados de atención a las víctimas, según el artículo 9 de la Directiva facilitarán como mínimo: a) información, asesoramiento y apoyo adecuados en relación con los derechos de las víctimas, también sobre cómo acceder a los sistemas nacionales de indemnización por los daños y perjuicios de índole penal, y su papel en el proceso penal, incluida la preparación para asistir al juicio; b) información sobre cualquier servicio pertinente de apoyo especializado o derivación directa al mismo; c) apoyo emocional y, cuando se disponga de él, psicológico; d) asesoramiento sobre cuestiones financieras y de tipo práctico resultantes del delito; e) salvo que sea proporcionado por otros servicios públicos o privados, asesoramiento sobre el riesgo y la prevención de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias.

Seguramente hay más inconvenientes que ventajas para la víctima que no quiere denunciar el hecho, aunque el acceso a los servicios de apoyo a las víctimas no dependa de que la víctima presente una denuncia formal, la posibilidad de ejercicio de los derechos previstos en el artículo 9 disminuyen.

Tal vez la única ventaja de no denunciar el hecho sea la de no se quedar sujeto a la victimización secundaria generada por el procedimiento penal. Pero, a mi juicio, los inconvenientes son mayores, por ejemplo, estar susceptible a la revictimización, si el infractor quedarse impune, también no tendrá derecho a la indemnización por parte del infractor, tal como expuesto en la Directiva (art. 16).

Además, un gran inconveniente se encuentra en como la Directiva está articulada, pues la Directiva 2012/29/UE organiza las medidas asistenciales, tanto en la fase previa, como durante el proceso penal e incluso con posterioridad a este (artículos 8 y 9), así, si la víctima no denuncia el hecho, probablemente, el derecho de acceso a algunos de los servicios previstos se quedará perjudicado.

4. REFLEXIONES FINALES: Exposición de caso hipotético y aplicación de las medidas especiales de protección adecuadas al caso, de acuerdo con la Directiva 2012/29/UE

Una joven de nacionalidad marroquí, acompañada de un hombre son detenidos en el aeropuerto, tan pronto han llegado en España, hay una sospecha de que sea víctima de trata de personas y además sea menor de edad (el hombre y la chica niegan, pero el pasaporte es falso y, a que todo indica la chica realmente es menor de edad). Después de algunas verificaciones, se averigua que transportan drogas.

La chica esclarece que fue obligada por el hombre a tragar dos cápsulas y que vino a trabajar como cocinera en un restaurante en Barcelona, como le habían prometido. Los policiales verifican que

el restaurante no existe y que la joven ha sido engañada.

En este contexto, determinan que probablemente la chica es víctima de trata de personas para fines sexuales, pues detectan que el hombre ya es buscado por la policía internacional como miembro de una pandilla especializada en trata con fines de prostitución en España. El hombre es prontamente detenido.

A la chica, así como prevé el artículo 24, 2, de la Directiva presumen que es menor de edad - *“Cuando no se conozca con certeza la edad de una víctima y haya motivos para pensar que es menor de edad, se presumirá, a efectos de la presente Directiva, que dicha víctima es menor de edad”* - y como consecuencia de este hecho, aplican las medidas de protección a las víctimas menores de edad del artículo 24, en este momento, ya designan un representante para la chica, pues está separada de su familia que vive en Marruecos –

“Art. 24, 1, b: en las investigaciones y en los procesos penales, de acuerdo con el estatuto de la víctima en el sistema judicial penal pertinente, las autoridades competentes designen a un representante para la víctima menor de edad en caso de que, de conformidad con el Derecho nacional, se imposibilite a los titulares de responsabilidad parental para representar a la víctima menor de edad de resultas de un conflicto de intereses entre ellos y la víctima menor de edad, o cuando se trate de una víctima menor de edad no acompañada o que esté separada de la familia”.

Además de esto, los policiales designan un traductor para el caso, pues la chica no comprende muy bien la lengua española y solo habla francés – Art. 23, 2, b: *“la toma de declaración a la víctima será realizada por profesionales con formación adecuada a tal efecto o con su ayuda”* -.

Como la víctima es presuntamente menor de edad, las tomas de declaración, desde el inicio, son grabadas y tomadas en dependencia adaptada a la situación – Art. 24, 1, a:

“en las investigaciones penales, todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales” y art. 23, 2, a: “se tomará declaración a la víctima en dependencias concebidas o adaptadas a tal fin”.

Como posiblemente sea un caso de trata de personas, es imperativa la observación del artículo 22, 3, de la Directiva: *“En el contexto de la evaluación individual, se prestará especial atención a las víctimas que hayan sufrido un daño considerable debido a la gravedad del delito; (...). A este respecto, serán objeto de debida consideración las víctimas de terrorismo, delincuencia organizada, trata de personas, (...)”.*

Luego, en este caso, es importante, incluso, una cooperación con las autoridades marroquíes para dar apoyo y seguridad a la familia de la chica.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVIA, M.D.; VÁZQUEZ, C. *Optimismo Inteligente*. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

BRANNIGAN, A.; GIBBS VAN BRUSCHOT, E. *Youthful prostitution and Child Sexual Trauma*. International Journal of Law and Psychiatry, 20(3), 337-354, 1997.

CID MOLINÉ, Josep. *La Elección del castigo*. Barcelona: Bosch, 2009.

CIRCULAR 3/2009 SOBRE PROTECCIÓN DE LOS MENORES VÍCTIMAS Y TESTIGOS. Disponible en: <<http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3Dcircular+3-2009.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1246969084133&ssbinary=true>>. Acceso en: 15 mar. 2014.

DIRECTIVA 2012/29/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>. Acceso en: 15 mar. 2014.

ECHEBURÚA, Enrique; CORRAL, Paz de; AMOR, Pedro Javier. *Evaluación Del Daño Psicológico en Las Víctimas de Delitos Violentos*. Psicothema, Vol. 14, 2002.

ESBEC, E. *Evaluación psicológica de la Víctima*. En E. Esbec y G. Gómez Jarabo. Psicología forense y tratamiento jurídico legal de la discapacidad. Madrid: Edisofer, 2000.

FERNÁNDEZ-ABASCAL, E.; PALMERO, F. *Emociones y salud*. Barcelona: Ariel Psicología, 1999.

LÁZARUS, R.; FOLKMAN, S. *Ways of Coping Scale*. *Stress, Appraisal and Coping. Journal of Personality and Social Psychology*, 45, 150-170, 1984.

LEY Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2006/12/05/pdfs/A42700-42712.pdf>. Acceso en: 15 mar. 2014.

LEY 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-26714>>. Acceso en: 15 mar. 2014.

LOINAZ, I., ECHEBURÚA, E., IRURETA, M. *Trastornos mentales como factor de riesgo de victimización violenta*. Psicología Conductual, 2, 2011.

MARLEY, J. A.; BUILA, S. *Crimes against people with mental illness: types, perpetrators, and influencing factors*. Social Work, 46, 2001.

OROMÍ VALL-LLOVERA, Susanna. *Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Direc-*

tiva 2012/29/UE. Revista General de Derecho Procesal (Iustel), núm. 30, 2013.

PEREDA, N.; TAMARIT, J.M. *Victimología Teórica y Aplicada*. Barcelona: Huygens Editorial. *Parte III completa ("Victimización en grupos de riesgo")*, 2013.

PEREDA, N.; TAMARIT, J.M. *Victimología Teórica y Aplicada*. Barcelona: Huygens Editorial. *Parte IV completa ("Los Derechos de Las Víctimas")*, 2013.

Pereda, N. *Consecuencias psicológicas a largo plazo del abuso sexual infantil*. Papeles del Psicólogo, 31, 2010.

PEREIRA PUIGVERT, Silvia. *Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo*. Revista General de Derecho Europeo (Iustel), núm. 30, 2013.

PÉREZ RIVAS, Natalia. *Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE*. Boletín CeDe UsC. Febrero 2014. Disponible en: <http://revistas.usc.es/boletincede>, acceso en: 17 mar. 2014.

PYNOOS, R; SORENSON, S.; STEINBERG, A. *Interpersonal Violence and Traumatic Stress Reactions*. En L. Golberger y S. Breznitz (Eds.). *Handbook o Stress: Theoretical and Clinical Aspects* (2nd ed.). New York: Free Press, 1993.

TEASDALE, B. *Mental Disorder and Violent Victimization*. *Criminal Justice and Behavior*, 36, 2009.

LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS COMO CONSECUENCIA DE UNA CAUSA PENAL. ANÁLISIS DE CRITERIOS NACIONALES E INTERNACIONALES

Ignacio Barrientos¹

La macroregión norte de Chile ha experimentado desde hace seis años un notable crecimiento del flujo migratorio, tanto nacional como internacional, alentado, con toda seguridad, por la bonanza económica sustentada en el desarrollo de proyectos mineros.

La mayor presencia de extranjeros con intención de residir en el norte de Chile ha originado un debate creciente sobre el control migratorio que realizan las autoridades. En este escenario no han faltado quienes hacen un llamamiento a ejercer de manera rigurosa las facultades que otorga la actual legislación. Lo anterior acrecienta el grado de vulnerabilidad social y legal de los migrantes.²

Conviene tener en cuenta que desde hace algunos años la condición de migrante pasó a constituir en el sistema interamericano de derechos humanos una *categoría sospechosa* de cara al principio de no discriminación, especialmente si se trata de indocumentados.³ Indudablemente, si a ello se agrega una imputación penal el grado de vulnerabilidad aumenta de manera exponencial.

Es una cuestión no discutida que los migrantes enfrentados a un proceso penal tienen, por regla general, un gran temor: ser expulsados del país en que han elegido desarrollar su proyecto de vida. Por ello, la defensa de migrantes debe considerar esta variable como muy relevante a la hora del diseño de la estrategia defensiva.

En este ensayo, en primer lugar, haré una brevísima exposición de la normativa migratoria y penal que configuran la expulsión en sus modalidades: administrativa y judicial (como pena sustitutiva). A continuación, me ocuparé de los criterios jurisprudenciales sostenidos por los tribunales superiores chilenos. En tercer lugar, reseñaré los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional chileno sobre la sanción de expulsión. Finalmente, ahondaré en una serie de criterios desarrollados en sentencias e informes de tribunales y órganos internacionales que son de obligado conocimiento de los intervinientes y sujetos procesales.

1 Jefe de Estudios, Defensoría Regional de Antofagasta, Defensoría Penal Pública, Chile.

2 Ver, por ejemplo, los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Velez Loors vs. Panamá*, 23 de noviembre de 2010, y; *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, 24 de octubre de 2012.

3 Corte Interamericana, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, OC -18-03, 17 de septiembre de 2003, párr. 114.

Regulación migratoria y penal de la expulsión

La Ley de Extranjería (DL. 1.094 de 1975), herencia de la dictadura militar, considera en el catálogo de sanciones la expulsión del país como la pena administrativa más grave.⁴ Su ámbito de aplicación es tan extenso que igualmente se contempla como una sanción aplicable respecto de infracciones leves como a las más graves de las establecidas en el texto legal indicado. Este carece, por cierto, de criterios o directrices que orienten su imposición, dejando al intérprete una discrecionalidad de exagerada extensión.⁵

Por su parte, la Ley 18.216, después de una modificación introducida en el año 2012, contempla, como pena sustitutiva a las penas restrictivas y privativas de libertad, la expulsión del extranjero que fuere condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo, bajo la condición que aquel no residiere legalmente en el país. Esta pena sustitutiva lleva asociada una prohibición de ingreso por un plazo de diez años, contado desde la fecha de la sustitución. En caso de infracción de esta prohibición el extranjero deberá cumplir el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta.

Lo arriba expuesto confirma que la expulsión administrativa o judicial constituye una variable que debe ser considerada con especial cuidado por los órganos e intervinientes del proceso penal, pues su imposición puede constituir un grave perjuicio para el extranjero, pues interrumpe la consolidación de su proyecto vital y tiene la virtualidad de afectar sus vínculos familiares.

Criterios jurisprudenciales desarrollados por los tribunales chilenos

4 Un claro ejemplo de ello son los artículos 68 y 69 de la Ley de Extranjería que contemplan delitos específicos de carácter migratorio y que señalan que una vez cumplida la pena impuesta los extranjeros serán expulsados del territorio nacional. Asimismo, los artículos 65 y 66 de la misma ley que establecen los casos de revocación imperativa y facultativa, respectivamente, de los permisos y autorizaciones de residencia frente a la comisión de delitos con posterioridad al otorgamiento de los referidos permisos. Por su parte, el artículo 143 dispone que la autoridad debe ordenar un plazo para que el extranjero condenado en causa penal haga abandono del país, bajo el apercibimiento de decretar la expulsión en caso de incumplimiento. La verdad es que la norma contempla incluso la posibilidad de disponer igual medida respecto de extranjeros procesados o que fueren absueltos. Lo anterior es una demostración de la obsolescencia de la normativa y de la inconstitucionalidad sobreviniente que afecta a varios de sus preceptos.

5 El Reglamento de la Ley de Extranjería contempla en su art. 163, sólo respecto de las sanciones pecuniarias, circunstancias tales como: vínculos familiares; tiempo de permanencia en el país; nivel cultural y situación económica; reincidencia; duración de la conducta infractora; antecedentes personales del infractor. Aunque estos criterios son, por analogía, aplicables a los procedimientos administrativos que conduzcan a la expulsión de un extranjero es deseable que la propia normativa los extienda expresamente.

En Chile a pesar de la inexistencia de normas especiales que establezcan, en forma expresa, criterios que permitan orientar la aplicación de la expulsión, sea administrativa como judicial, se ha impuesto, por parte de la Corte Suprema como de las distintas Cortes de Apelaciones del país, una línea jurisprudencial en las que son posibles observar los siguientes criterios: i) Distinguir entre deber y facultad de expulsar, a fin de evitar que se extienda la aplicación práctica de la sanción a casos que no revisten gravedad (CS 3867-10; CS 6649-13; CS 6650-13); ii) Exigir a la autoridad administrativa el estricto cumplimiento del deber de fundamentación de la medida expulsiva (CS 3867-10); iii) Requerir que la Administración pondere otros elementos que no sean los meramente normativos, como, por ejemplo, los antecedentes personales y familiares (CS 3867-10; 7018-12; 66-13; 4416-13; 6366-13; 6649-13; 6650-13; TCCH 2230-12-CPR); iv) Considerar que en la imposición de la expulsión rija el principio de proporcionalidad, esto es, que se considere la entidad y gravedad de infracción (CS 66-13; CS 6649-13; 6650-13); v) Establecer que la potestad estatal migratoria no puede prescindir de los derechos humanos, especialmente para evitar prolongadas privaciones de libertad a la espera de la expulsión (CA Stgo 351-13, conf. CS 1651-13); vi) Limitar la privación de libertad considerándola siempre como medida de última ratio, frente a un extranjero que ha dado cumplimiento riguroso al control migratorio impuesto (CA Stgo 351-13, conf. CS 1651-13); vii) Estimar que la inejecución de la medida expulsiva tras un largo plazo puede implicar la renuncia de la facultad de expulsar (CA Stgo. 1244-13).

Esta jurisprudencia dictada respecto de la expulsión administrativa puede ser de mucha utilidad para aquellos casos en que se decreta la expulsión judicial pues los criterios a observar por los tribunales deben ser los mismos que los que está obligada a respetar la autoridad migratoria.

La voz del Tribunal Constitucional chileno en relación con la potestad expulsiva. El papel de los estándares internacionales

El Tribunal Constitucional chileno ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre la política y potestades migratorias.

En sentencia de 4 de julio de 2013⁶ afirmó que las potestades de la autoridad migratoria deben reconocer nuevas reglas tasadas configuradas a partir de los nuevos estándares que se derivan de las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos, de normas legales que desarrollan derechos constitucionales y del propio texto constitucional. En lo concerniente al ejercicio de estas potestades señaló que el Ministerio del Interior tiene nuevos estándares, v.gr. tener en

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 2273-12, 4 de julio de 2013, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13, 64, N° 2°, y 67, inciso segundo, del Decreto Ley N° 1.094, que establece normas sobre los extranjeros en Chile.

cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos).⁷

En relación con la expulsión del territorio nacional considerada como pena sustitutiva, de resorte de los jueces con competencia penal, en sentencia de 5 de junio de 2012 encontramos una interesante prevención interpretativa⁸ respecto del artículo 34 de la Ley 18.216. En ella se reafirma el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile, especialmente respecto de casos en que existe una potencial mayor vulnerabilidad, como es la situación de los extranjeros sin residencia legal y asociados a conductas delictivas. Se sostiene que se debe respetar el estándar del derecho internacional de los derechos humanos respecto de extranjeros no residentes en Chile, en particular en cuanto no se puede expulsar, administrativa o judicialmente, a ningún extranjero cuyo derecho a la vida o a la libertad personal estén en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas” (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Asimismo, señala que respecto de extranjeros, sea que cumplan o no con las condiciones legales de permanencia en el territorio nacional, no puede realizar “una expulsión colectiva de extranjeros” (artículo 22.9 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Compartiendo la tesis sustentada mayoritariamente por la Corte Suprema expresó que la expulsión de un extranjero no puede suponer una vulneración de los derechos de los niños, hijos de los extranjeros. Especialmente sostuvo que se debe respetar el derecho de reagrupación familiar del artículo 10.1 de la Convención de Derechos del Niño. Sobre el particular manifestó su preocupación ya que el derecho de reunificación familiar de la Convención de Derechos del Niño podría verse vulnerado, puesto que “el extranjero al que se le aplicare la pena de expulsión no podrá regresar al territorio nacional en un plazo de diez años, contado desde la fecha de sustitución de la pena”.

Finalmente, el Tribunal Constitucional hizo suyas las preocupaciones expresadas en el contexto internacional en el sentido que en los procesos administrativos que deriven en la expulsión debe regir el debido proceso, especialmente en lo referido al derecho de revisión por autoridad competente y de la asesoría y defensa técnica.⁹

7 En igual sentido sentencia del Tribunal Constitucional en Rol N° 2257-2012, 10 de septiembre de 2013, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13, 64, N° 2°, y 67, inciso segundo, del Decreto Ley N° 1.094, que establece normas sobre los extranjeros en Chile, que por empate de votos rechazó requerimiento.

8 Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 2230-12, 5 de junio de 2012. La prevención interpretativa es de los Ministros Hernán Vodanovic Schnake, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino.

9 *Idem.*

Criterios desarrollados en sentencias e informes de tribunales y órganos internacionales

Tanto la Corte como la Comisión Interamericana han reconocido que -de acuerdo al derecho internacional- los Estados Miembros tienen la facultad de controlar el ingreso, residencia y expulsión de no ciudadanos.¹⁰ La Comisión, por ejemplo, en su *Informe de Canadá* expresó que “[...] el Estado indudablemente tiene el derecho y el deber de mantener el orden público a través del control del ingreso, la residencia y la expulsión de extranjeros.”¹¹

No obstante, la Comisión Interamericana ha sido categórica al sostener que en el ejercicio del derecho a expulsar a extranjeros los Estados deben tener en cuenta ciertas protecciones que consagran valores fundamentales de las sociedades democráticas. Entre ellos se encuentran el debido proceso; el derecho a la vida y a la integridad física y mental, familiar y el derecho de los niños a obtener medios especiales de protección.¹²

En el ámbito de las Naciones Unidas el Comité de Derechos Humanos sostuvo, en el caso *Stewart vs. Canadá*, que la facultad de expulsar un residente no ciudadano, con base en un legítimo interés, debe ser ponderada con las conexiones familiares del deportado y las penurias que la deportación puede causar en la familia.¹³

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha formulado un listado de los diversos criterios que debieran ser sopesados en los procedimientos de expulsión. Algunas de las consideraciones que han sido debidamente analizadas son las siguientes: a) la edad que tenía el inmigrante no ciudadano cuando emigró al Estado recipiente; b) el tiempo de residencia en el país recipiente, del inmigrante no ciudadano; c) los vínculos familiares del no ciudadano en el Estado recipiente; d) el alcance de las penurias que constituye la deportación del no ciudadano para su familia en el Estado recipiente; e) las contribuciones sociales del no ciudadano; f) el alcance de los vínculos del no ciudadano en su país de origen; g) la capacidad del no ciudadano para hablar los idiomas principales de su país de origen; h) el carácter y severidad del delito (o delitos) cometido(s) por el no ciudadano; i) la edad del no ciudadano en el momento que cometió el delito; j) el período

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, 24 de octubre de 2012, párrafos 154 y 155. En el mismo sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *Informe N° 8110 caso 12562, Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros, Estados Unidos*, 12 de julio de 2010, párrafo 49. También la Corte Interamericana se refirió a este aspecto en OC 21-2014, 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, párrafo 273.

11 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *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*, 28 de febrero de 2000, conocido como Informe de Canadá, párrafo 166.

12 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *Informe N° 8110 caso 12562, Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros*, párrafo 50.

13 Comité de Derechos Humanos de la ONU, 16 de diciembre de 1996, N° 538/1993, párrafo 12.10, citado en el Informe *Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros, Estados Unidos*, párrafo 53. En el mismo sentido, el caso resuelto por el Comité de Derechos Humanos *Hendrick Winata and So Lan Li v. Australia*, N° 930/2000, 26 de julio 2001, párrafo 7.3, en que el Comité estimó que la deportación de dos ciudadanos indonesios tras 14 años de permanencia en Australia, obligando que un hijo de los afectados de 13 años, quien había crecido en el país, asistido a la escuela y desarrollado relaciones sociales propias de su edad, elija entre quedarse solo o acompañar a sus padres en su deportación constituía una interferencia arbitraria en la vida familiar.

transcurrido desde que el no ciudadano tuvo actividad delincuencial; k) pruebas de la rehabilitación del no ciudadano, con respecto a su actividad criminal; y, l) los esfuerzos realizados por el no ciudadano para obtener la ciudadanía en el Estado recipiente.¹⁴

En fecha muy reciente la Corte Interamericana emitió la Opinión Consultiva 21-14, en la que afirmó que “[...] dado que en abstracto la expulsión de uno o ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior de la niña o del niño sino que lo afectaría, se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño”.¹⁵

En la tarea de ponderación que impone a cada Estado, estos deben evaluar, según la Corte, las circunstancias particulares de las personas concernidas, entre las cuales destaca: “(a) la historia migratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; (b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; (c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y (d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o del niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger”.¹⁶

Los criterios y circunstancias establecidas por los diversos órganos internacionales deben servir para hacer de la expulsión una sanción que encuentre como límite el principio de proporcionalidad. Nuestra tarea es aprehender estos criterios e invocarlos fundadamente en el ejercicio de la defensa penal.

14 Ver, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos: *Berrehab Vs. Países Bajos*, Sentencia del 21 de junio de 1988, No. 10730/84, párrafo 23; *Moustaquim Vs. Bélgica*, Sentencia de 19 de febrero de 1991, No. 12313/86; *Beldjoudi Vs. Francia*, Sentencia de 26 de marzo de 1992, No. 12083/86; *Nasri Vs. Francia*, Sentencia de 13 de julio de 1995, No. 19465/92; *Boughanemi Vs. Francia*, Sentencia de 24 de abril de 1996, No. 22070/93, Rep. 1996-II, Fasc. 8, párrafo 32; *C. Vs. Belgium*, 24 de junio de 1996, No. 35/1995/541/627; *Bouchelkia Vs. Francia*, Sentencia de 1 de enero de 1997, No. 230078/93, Rep. 1997-I, fasc. 28; *Boudjaidii Vs. Francia*, Sentencia de 26 de septiembre de 1997, Rep. 1997-VI, fasc. 51; *Boujlifa Vs. Francia*, Sentencia de 21 de octubre de 1997, 122/1996/741/940, Rep. 1997-VI, fasc. 54; *Mehemi Vs. Francia (no. 2)*, Sentencia de 10 de abril de 2003, No. 53470/99 (sect. 3)(bil.), ECHR 2003-IV;

15 Corte Interamericana, OC 21-2014, 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, párrafo 278.

16 Corte Interamericana, OC 21-2014, párrafo 279. Probablemente uno de los aspectos criticables de esta opinión consultiva es que la Corte, producto de los términos de la pregunta, limita los efectos de su respuesta a “los casos en que la expulsión del progenitor, que no es nacional del Estado receptor, se funda únicamente en su situación migratoria irregular, excluyendo a aquellos que hubieran cometido delito en el país de origen o en el receptor”. Esta limitación de la Opinión impide un aprovechamiento mayor de este importante instrumento interamericano.

Conclusiones

En un país como Chile que ha recibido en los últimos años una gran cantidad de inmigrantes, especialmente sudamericanos, se impone el deber de establecer normas que abandonen el discurso de la seguridad nacional y pública y que, en su lugar, promuevan una política migratoria seriamente comprometida con los estándares de derechos humanos, que han venido a cuestionar para siempre el dogma de la soberanía nacional.

En todo caso, mientras no se realicen los necesarios cambios normativos que nos pongan al día con la regulación y jurisprudencia internacional, debemos buscar en el diálogo judicial transnacional los criterios que nos permitan impugnar fundadamente la aplicación de la expulsión, profundizando y extendiendo la hasta ahora correcta jurisprudencia de nuestros tribunales superiores.

La Defensoría Penal Pública ha desarrollado un liderazgo indiscutible a través de la implementación de la defensa especializada de migrantes. La búsqueda de una respuesta adecuada a las necesidades de los migrantes que requieran defensa penal, incluida la defensa en sede administrativa durante la ejecución de la sanción penal o con posterioridad a ella, encuentra en los informes y sentencias reseñados más arriba un sólido sustento.

Noviembre de 2014.

EL EJERCICIO DE DEFENSA ESPECIALIZADA Y LOS AVANCES DE LA OPINIÓN CONSULTIVA 21/14 DE LA CORTE IDH

Viviana Castel Higuera, Defensora Nacional (s), Defensoría Penal Pública de Chile

Migrantes y Derechos Humanos.

Si bien la historia de la Humanidad ha sido también la historia de las migraciones y, por lo tanto, los problemas sociales y culturales que experimentan las personas migrantes son parte sustancial de ella, dicha situación de marginalidad y discriminación se empieza a manifestar de manera más evidentemente injustificable, a partir de la promesa aún incumplida del pacto social que da origen al Estado moderno.

Es evidente, como constata Cecilia Medina, que “hay un consenso de la comunidad internacional y de prácticamente todas las comunidades nacionales de que estos derechos [humanos] existen y que deben ser respetados y garantizados”¹,

Sin embargo, esta idea está muy lejos de ser realidad, se trata de un camino históricamente difícil y todavía queda mucho trecho por recorrer, pues, como señala Baratta, si “la historia de los derechos humanos hubiera sido solamente la historia de una idea, ella se hubiera dedicado a llenar de hojas impresas las bibliotecas antes que llenar de sangre el camino de los pueblos como ha sucedido y sucede”².

La historia de los derechos humanos, se puede resumir en la historia de los grupos humanos postergados por hacer realidad a su respecto el principio de no discriminación, es decir, de que efectivamente se les considere como iguales en dignidad y derechos. De hecho, aun cuando las constituciones nacionales utilizaban distintas fórmulas para consagrar el principio de igualdad de todas las personas, la verdad es que en el pacto social que da origen al Estado moderno, no eran efectivamente “todos” los que estaban incluidos.

En realidad se trató “de un pacto para excluir, de un pacto entre una minoría de iguales que excluyó de la ciudadanía a todos los que eran diferentes”³. Los originalmente privilegiados compar-

1 Medina, Cecilia: “El Derecho Internacional de Los Derechos Humanos”, en ed. Medina C. y Mera J. Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos, (Santiago, Universidad Diego Portales, 1996), p. 27.

2 Baratta, Alessandro: “Democracia y Derechos del Niño”, en Justicia y Derechos del Niño N° 9, (Santiago, UNICEF, 2008), p.17.

3 Baratta, Alessandro: “La niñez como arqueología del futuro”, en Justicia y Derechos del Niño N° 9, (Santiago, UNICEF, 2008), p.10.

tían ciertas características: eran hombres, adultos, propietarios y nacionales, en perjuicio de, entre otros, las mujeres, los niños, los pobres, los indígenas y, precisamente, los extranjeros.

En relación a este último grupo humano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha resuelto⁴ que el Estado es soberano para determinar políticas migratorias, ya sea a través de leyes, decretos, resoluciones, directrices, etc., así como respecto de los mecanismos de control de ingreso y salida de extranjeros. Sin embargo, en base a la responsabilidad internacional de los estados, estas políticas y mecanismos deben ser compatibles con las normas de la Convención, es decir con los Derechos Humanos.

Esto significa que “los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes”⁵, pues “[e]l deber de aportar Disposiciones de Derecho Interno, implica la adopción de medidas en dos vertientes; Por una parte, la supresión de las 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 conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”⁶.

En consecuencia, el Estado se encuentra no solo obligado a remover desigualdades jurídicas que existan en el trato con los extranjeros, sino también las desigualdades estructurales o de facto.

Dicho de otra manera, la obligación del Estado frente a los migrantes no se satisface con el mero respeto, que implica no incurrir en conductas discriminatorias; sino que debe garantizarles el pleno acceso, en igualdad de condiciones con los nacionales, a todos los derechos, es decir, “esta obligación implica también la necesidad de remover obstáculos, aunque no emanen de las normas internas, sino que de la estructura social.

En razón de ello, el Estado debe también promocionar los derechos humanos, entendiendo por esto no sólo el darlos a conocer a la comunidad nacional, sino que también el emprender las campañas necesarias para que se creen las condiciones que permitan, por una parte, que puedan ser ejercidos y, por otra, que sean respetados por todos”.

Ahora bien, los derechos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos deben interpretarse de manera progresiva e integral, esto es, atendiendo a la evolución que su interpretación ha tenido en el derecho internacional, e integrando las diferentes normas internacionales existentes en el ámbito internacional, configurando lo que la Corte IDH denomina corpus juris internacional en materia de migrantes que incluye diferentes fuentes, tales como la jurisprudencia propia, la de la Corte Europea de Derechos Humanos, **sus opiniones consultivas**, resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, informes de Relatores Especiales, informes de Grupos de Trabajo, etc.

4 Cfr. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) de fecha 23 de noviembre de 2010 en caso Vélez Loor contra Panamá.

5 Corte IDH, Opinión Consultiva (OC) 18/03, párrafo 119.

6 Corte IDH, Opinión Consultiva (OC) 18/03, párrafo 119.

Y esto es especialmente relevante en materia penal-,

Lo anterior no significa que los extranjeros no puedan estar sometidos al ordenamiento jurídico interno del Estado donde residen, que no pueda adoptarse medidas en su contra, sino que al hacerlo, los Estados deben respetar sus derechos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona, sin discriminación alguna.

Migración.

Según datos de Naciones Unidas en el año 2013 había más de 231 millones de migrantes a nivel mundial⁷, mientras que en el 2000, alcanzaba solo a unos 150⁸.

En Chile y de acuerdo al último censo del 2012, el número de personas extranjeras viviendo en el país asciende a 339.536 personas migrantes, que equivale al 2,1% de la población total, aumentando en un 84% en los últimos 10 años⁹, y, que se caracteriza “por una población en edad activa (85% está entre 16 y 59 años), educada y que migra para trabajar, mayoritariamente femenina (55% del total) y de origen latinoamericano. Las y los ciudadanos peruanos son el grupo mayoritario, seguido por Bolivia, Colombia, Argentina y Ecuador”¹⁰.

Son diversos los factores que influyen en la migración, tales como situaciones de violencia que afectan a ciertos espacios geográficos, la extrema diferencia en los niveles de vida y condiciones laborales entre los países o regiones, así como los cambios tecnológicos, tema que ha adquirido relevancia porque en los países receptores crece la percepción (real o no) de que la inmigración afecta las condiciones de vida local, por lo que buscan limitar o detener el proceso, lo que en general resulta infructuoso y promueve el aumento de migración irregular.

Migración y defensa especializada.

7 Naciones Unidas, Department of Economics and Social Affairs, Population Division (2013), Trends in international migrant stock: The 2013 Revision – Migrants by Age and Sex (United database POP/DB/Stock/Rev. 2013/ Age

8 CIDH. Informe Anual de Derechos Humanos 2000

9 Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales. 2013. Informe de Derechos Humanos 2013. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, U. Diego Portales; Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago 2013; p. 128.

10 Informe de observación de situación de la población migrante, Iquique y Colchane. Instituto Nacional de Derechos Humanos, 29 a 31 de mayo de 2013

El principio antes descrito, debe vincularse con el desarrollo que ha tenido en el derecho internacional de los derechos humanos el derecho a un debido proceso legal, entendido como un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. Pero esto no es suficiente para alcanzar sus objetivos. “[E]l proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales¹¹ y a la correlativa prohibición de discriminación.

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”¹².

En el caso de los extranjeros, el hecho de encontrarse en un país diferente, eventualmente sin conocer el idioma, el funcionamiento del aparato público y del ordenamiento jurídico, lo coloca en una situación de desventaja. Esto es más grave aún en el caso de los migrantes indocumentados o en situación irregular, que han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, “debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente...”¹³.

En virtud de esta obligación del Estado, se justifica que se otorgue una especial preocupación por el derecho a defensa técnica de los extranjeros que deben enfrentar procedimientos administrativos y judiciales en el país receptor. Esta preocupación implica que el extranjero o migrante no sólo debe tener la posibilidad de contar con un abogado, sino que además, la defensa que sea desplegada en su favor debe ser especializada en el conocimiento de los derechos que le asisten al inmigrante¹⁴.

En cumplimiento de esa necesidad, es lo que ha inspirado a la Defensoría Penal Pública de Chile, en el desarrollo de una especial preocupación por la defensa de extranjeros y migrantes.

11 Cfr. Declaración Americana, art. II y XVIII; Declaración Universal, arts. 7 y 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (supra nota al pie de página 77), arts. 2.1, 3 y 26; Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, arts. 2 y 15; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, arts. 2,5 y 7; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, arts. 2 y 3; Convención Americana, arts. 1, 8.2 y 24; Convenio para

la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 14.

12 Corte Interamericana. Opinión Consultiva 16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estado Unidos Mexicanos sobre “El derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, párr. 119.

13 Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución sobre “Protección de los migrantes”. A/54/166 de 24 de Febrero de 2000.

14 Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2001, párr. 99.d).

Es cierto que el rol de la Defensa Pública en Chile se encuentra delimitado en su propósito de “proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado”. Lo que implica que no se encuentra dentro de nuestro ámbito de acción, la asistencia técnica de los extranjeros y migrantes en el ámbito exclusivamente migratorio- administrativo. No obstante, la defensa especializada es imprescindible al menos para dos hipótesis: i) otorgar al imputado extranjero una defensa penal pertinente, que tenga en cuenta el nivel de vulnerabilidad extrema en que se encuentra; ii) de acuerdo a como se estructura el estatuto migratorio en Chile, es altamente probable que un proceso penal tenga consecuencias migratorias para un extranjero, así como que el proceso migratorio pueda tener consecuencias penales.

Es así, como durante el año 2013, se atendió un total de 343.555 imputados, de los cuales 4.796 correspondían a imputados extranjeros, es decir, 1,4 %. Sin duda, que esto incluye la obligación de garantizar el debido proceso y todas las acciones destinadas a resguardar el acceso a una defensa adecuada y pertinente, así, la defensa de migrantes comprendió necesariamente preocuparse de todas aquellas situaciones que se derivan de su condición de imputados, aun cuando estas se refieren a aspectos regulados por la Ley de Extranjería, en tanto derivan precisamente de un proceso penal. Lo anterior incluye especialmente el derecho del detenido extranjero a la información y asistencia consular; derecho a acceder a un intérprete adecuado.

Del total de extranjeros, un 39% eran mujeres y un 61% hombres, se debe destacar que el porcentaje de mujeres extranjeras es muy superior al promedio nacional que corresponde a un 17%. En el caso de los adolescentes extranjeros, se registraron 112 imputados -durante el año 2013 -, lo que representa en 2.34% del total de imputados extranjeros.

En cuanto a la distribución de los delitos que se les imputaron, un 39% correspondió a delitos contra la propiedad, principalmente hurtos. Un 20,7% correspondió a infracciones a la Ley 20.000, que se refiere al tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, un 12% a delitos migratorios (esto es, ingreso con documentación falsa o por pasos fronterizos no habilitados, etc.) y un 11% a delitos de lesiones. Sólo como un dato a considerar, los delitos sexuales fueron el 0.2% y homicidios el 0.1%.

Otro dato a destacar: La atención mayoritaria de defensa especializada para la persona migrante se concentró en las regiones de Arica y Parinacota, Metropolitana, Tarapacá, Antofagasta y Valparaíso.

Para conocer aquellos casos y el desarrollo de los derechos de los extranjeros y migrantes, desde del 2012 se han realizado actividades académicas y publicaciones sobre la migración y la defensa de migrantes y extranjeros, pasando a ser considerada un área en la Unidad de Defensas Especializadas.

Por otro lado, junto a otras instituciones públicas¹⁵, se conformó una mesa interinstitucional para el acceso a la justicia de migrantes y extranjeros, cuyo objetivo es la adecuación de procedimientos institucionales con el fin de dar cumplimiento a obligaciones contraídas por el Estado de Chile y que se encuentran expresamente señaladas en diversos tratados internacionales (Convención de Viena, Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otras).

Paralelamente, la Defensoría Penal Pública de Chile, desde el año 2013 ha publicado informes anuales de jurisprudencia y una Guía para la Defensa de Personas Extranjeras y Migrantes, que entrega a los Defensores Públicos una orientación técnica en esta materia, especialmente los derechos de solicitud de asilo o refugio, la notificación de asistencia consular, el derecho a la libertad ambulatoria y las limitaciones a la expulsión del país; siempre siguiendo los estándares establecidos por la Corte Interamericana.

También se han desarrollado capacitaciones específicas para defensores de distintas regiones del país, con los similares contenidos.

En dicho contexto, es que se ha elaborado una serie de documentos y productos que tienden a mejorar el trato, información y respeto a la dignidad de las personas extranjeras que defendemos, en especial de aquellos que no entienden el idioma español.

En concreto, del trabajo de la Mesa en referencia, se ha obtenido lo siguiente a la fecha:

- 1.- Se ha fusionado en un solo documento el acta de lectura de derecho del detenido y el acta de notificación consular, que se utiliza en aquellos casos en que el detenido extranjero quiere que se notifique de la detención a su consulado y además, desee entrevistarse con un representante de dicho cuerpo. Esta acta se encuentra homologada entre ambos cuerpos policiales (Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones), por lo que es un acta única.
- 2.- Esta nueva acta de lectura de derecho y notificación consular, ha sido traducida al inglés, francés, alemán, chino, portugués, guaraní y quechua. En los sistemas informáticos de Carabineros y la Policía de Investigaciones de Chile ya tienen incorporadas estas actas y están en plena operación.
- 3.- El Decálogo de derechos de los detenidos y las víctimas que se encuentran en algunas reparticiones públicas, comisarías y en general en cualquier centro de detención, fueron traducidas al inglés y contienen además, para el caso de los extranjeros, el derecho que les asiste para notificar su detención al consulado respectivo.
- 4.- Se instauró un protocolo de funcionamiento, donde la Defensoría Penal Pública, es notifica-

¹⁵ Ministerio Público, Ministerio de Justicia, Ministerio de Relaciones Exteriores, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile.

da de las detenciones de extranjeros que desean asistencia consular. Carabineros y la Policía de Investigaciones tienen la obligación de notificar dichas detenciones a un organismo dependiente del Ministerio de Relaciones exteriores llamado Dirección General de Asuntos Consulares e Inmigración (DIGECONSU). Este organismo a su vez, deriva la información a la DPP vía correo electrónico, al cual se derivan todas las notificaciones de detenciones de extranjeros que recibe DIGECONSU. Una vez recibida la información, se renvía inmediatamente a la Defensoría Regional respectiva para comenzar a preparar el caso.

5.- La Defensoría ha capacitado; desde el 2013, en esta materia a 104 defensores a lo largo del país, especialmente donde se concentra la mayor población extranjera y por ende la mayor demanda de atención.

6.- Se ha establecido a partir de enero de 2014 un Boletín periódico de información obtenida del trabajo coordinado de las instituciones que participan en la mesa, y que se relaciona con el acceso a la justicia de extranjeros y migrantes.

7.- Asimismo, actualmente se encuentra en desarrollo un plan piloto en la Defensoría Regional Metropolitana Sur, para lo cual se ha designado un defensor especializado en cada una de las defensorías locales, para atender la demanda de detenidos extranjeros.-

En junio del 2007, junto con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (LRPA)¹⁶, la Defensoría asumió el desafío de cumplir el mandato legal de garantizar la especialización en adolescentes infractores de la ley penal, defensa que se presta desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. Este desafío no sólo lo es en materia de gestión, sino que, también, en cuanto a la especialidad técnica de dicha defensa: la función y requerimientos técnicos del defensor penal juvenil, los aspectos críticos en la defensa especializada de adolescentes, estándares de la defensa penal juvenil, organización y cobertura de la defensa especializada, atención a testigos e imputados y apoyo psicosocial a la defensa penal juvenil, se constituyeron en temas de primera preocupación.

Por estos motivos, es que para la Defensoría Penal Pública la dictación de la Opinión Consultiva 21/14 de 19 de agosto de 2014 de la Corte IDH sobre derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, constituye un hito sustancial en la protección de los extranjeros, niños, niñas; que incluye a los adolescentes, donde aspiramos a que constituye un estándar con la que medir la calidad de nuestra defensa¹⁷.

¹⁶ Esta ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas, entendiéndose por adolescentes a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de 14 y menores de 18 años.

¹⁷ El 22 de noviembre de 2011 AIDEF, de la que la Defensoría Penal Pública chilena forma parte, presentó informe a la Corte Interamericana a fin que se tuviera presente para la elaboración de la Opinión Consultiva.

La Opinión de la Corte se sostiene en los siguientes principios, que constituyen además la base de los estándares de los derechos migratorios y de la niñez, que la Corte ha venido desarrollando desde sus distintas funciones, y que en esta Opinión combina y profundiza.

i) En primer término, que las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos de los migrantes y extranjeros emana de la aplicación del artículo 1.1 de la CADH¹⁸, según el que se obligan a respetar los derechos humanos de las todas las personas sometidas a su jurisdicción. Entendiendo por ésta última, “el efectivo sometimiento de la persona, en este caso, del menor de edad extranjero, a la jurisdicción de dicho Estado desde el momento que intenta ingresar a su territorio”¹⁹.

Esto implica además, por una parte, que el Estado libremente ha decidido limitar su soberanía, en términos que más allá de las atribuciones que este tenga para determinar y practicar políticas migratorias dentro de su territorio, se encuentra sometido al respeto de los derechos de los extranjeros, particularmente en este caso de las niñas y niños migrantes.

Adicionalmente, en esta obligación no puede establecer ningún tipo de discriminación, lo que en la práctica implica –entre otras cosas– que es irrelevante el motivo, la causa o manera por la que la persona se encuentra dentro de su territorio. Particularmente, esto implica que el Estado debe respetar y garantizar los derechos de los extranjeros, independientemente de si el ingreso del extranjero al país ha sido o no por las vías regulares.

Esto significa que un Estado no puede exigir como condición para el ejercicio de un derecho, como el acceso a la salud, el debido proceso o, en el caso de un extranjero condenado por un delito, el acceso a los beneficios y procesos de reinserción contemplados en la legislación, que su ingreso al país haya sido regular.

ii) En segundo término, y en relación al sentido que desde las primeras sentencias de la Corte²⁰ se le ha dado al término garantizar el del artículo 2 de la CADH²¹, las obligaciones de los Estados en esta materia implica no sólo la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, sino también la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”²².

iii) Un tercer principio que moldea la respuesta que ha dado la Corte a este requerimiento, se

18 “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...”

19 OC 21/14, párr. 61.

20 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras

21 “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

22 Corte IDH, Opinión Consultiva (OC) 18/03, párrafo 119.

encuentra previsto en el artículo 19 de la Convención. Este se refiere a la obligación de adoptar medidas de protección a favor de todo niño o niña, en su calidad de sujetos de derecho, debiendo tomar “en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades²³. La Corte sostiene que cualquier política migratoria que diseñen o implementen los Estados, respecto de las personas menores de 18 años, debe estar enfocada a la búsqueda de su protección integral.

La Corte agrupó en diferentes temáticas estas consultas, pero solo me referiré a aquellos principios o estándares, desarrollados por la Corte, que tienen mayor incidencia en el proceso penal atendida el ámbito de competencia de la Defensoría Penal Pública.

1. **Derecho a solicitar asilo o refugio.**

Según la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados²⁴, se considera refugiado a “toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda, o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”²⁵.

La Corte Interamericana ha reconocido previamente que el asilo no es sólo una prerrogativa estatal, como se le reconoció originalmente, sino que se trata de un derecho, el derecho a buscar, solicitarlo.

La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR), ha establecido criterios que permiten precisar este concepto para identificar una situación de refugio. Es lo que se denomina cláusulas de inclusión. Entre estos, se deben considerar²⁶: “2) fundados temores de ser perseguida; 3) “[p]or motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado

23 Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra, párr. 56, y Caso Familia Pacheco Tineo Vs.

Bolivia, supra, párr. 218.

24 Adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950. Publicada en el Diario Oficial de Chile, el 19 de julio de 1972.

25 Art.1.A.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

26 Se ha omitido el primer criterio que se explica el término “acontecimientos ocurridos antes del 1

grupo social u opiniones políticas”; 4) que se encuentre fuera del país de su nacionalidad; 5) que no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; 6) o que, “careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”²⁷.

La Corte entiende además, que de acuerdo a la Declaración de Cartagena de 1984, también debe considerarse refugiado a “a las personas que han huido de sus países porque la vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”²⁸.

En el caso de las niñas y niños migrantes, el ejercicio de este derecho debe considerar los riesgos en que se encuentran, particularmente los niños no acompañados o separados. La Corte le otorga, de acuerdo a los principios señalados inicialmente un alcance especial a este derecho en el caso de los niños y niñas migrantes, el que debe considerar: a) que no pueden ser rechazados en la frontera (ni se les debe exigir documentación que no pueden tener), sin previo análisis adecuado e individualizado de sus peticiones; b) no devolver al niño al país donde puede sufrir riesgo de ver afectada su vida, libertad, seguridad o integridad (no devolución); otorgar protección internacional al niño, y eventualmente a la familia.

El análisis previo al que hace referencia, implica una evaluación inicial adecuada de las circunstancias personales y familiares de la niña o niño, mediante una entrevista que se lleve a cabo en su idioma y bajo condiciones amigables, que otorgue a la vez seguridad y privacidad. En esta etapa debe determinarse la condición en que se encuentra el niño o niña; vale decir; su edad y condición, si se trata de un niño no acompañado o separado, su nacionalidad, motivos de su salida del país de origen para la determinación de la situación concreta que origina el riesgo y la determinación de protección.

Si bien las hipótesis de solicitud de asilo, inicialmente pueden no ser conocidas por la defensa pública, por tratarse de materias específicamente migratorias. En muchas ocasiones el refugio (y su solicitud) viene precedida de ingresos clandestinos o irregulares al territorio nacional, caso en el

de enero de 1951”, porque este perdió total relevancia con la dictación del Protocolo de 1967, del

que Chile forma parte.

27 Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la

Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

HCR/IP/4/Spa/Rev.1.

28 Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada por el “Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, el cual fue auspiciado por el Gobierno de Colombia y copatrocinado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena de Indias, el Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

cuál se verifica una detención, traslado a un recinto policial y eventual imputación penal. En esta hipótesis de detención, la intervención de un defensor que cuente con conocimientos especializados resulta relevante.

2. Debido proceso.

“La Corte ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos”²⁹.

La amplitud del concepto hace extensivo este principio al procedimiento administrativo. Esto es particularmente relevante en el ámbito migratorio.

Para el caso de las niñas y niños, la Corte establece que de conformidad con el artículo 19 de la Convención, la observancia del debido proceso implica el reconocimiento de “garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas y niños”³⁰. En este sentido, para la Corte todo proceso migratorio que involucre a niñas y niños debe incluir a lo menos: (i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; (ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; (iii) el derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; (vii) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; (viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) el plazo razonable de duración del proceso.

Particulares dificultades tienen los extranjeros en territorio nacional. El Decreto Ley 1094 contempla que el órgano administrativo que toma decisiones en el ámbito migratorio, el Departamento de Extranjería y Migración, dependiente del Ministerio del Interior, está facultado para expulsar a los extranjeros que no cumplan las disposiciones legales y reglamentarias; la Policía Internacional puede ordenar que un extranjero permanezca en un lugar determinado del país; a su

²⁹ Cfr. Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra, párr. 27; Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69, y Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra, párr. 130.

³⁰ OC 21/14, párr. 114.

vez, a los intendentes y gobernadores les es permitido allanar una propiedad particular y a detener al extranjero para materializar su expulsión. Lo llamativo de estas facultades es que su ejercicio no requiere de autorización judicial previa según la normativa de extranjería vigente.

Las facultades de concesión de visas, como la de expulsión, si bien se encuentran regladas, no contemplan siquiera plazos de tramitación o posibilidad de oír al afectado. El mecanismo de impugnación de la expulsión, cuyas facultades están confusamente reguladas, no cumple con el estándar del artículo 25 de la CADH, en su interpretación más restrictiva: tiene un plazo de interposición de 24 horas desde su notificación y se interpone sólo ante la Corte Suprema que tiene una única sede en Santiago.

Así el rol de la defensa pública ha resultado fundamental, especialmente en la impugnación de la expulsión, así como en la verificación la notificación consular en los primeros actos del procedimiento. En cuanto a la impugnación de la expulsión, la intervención especializada de un defensor ha permitido que la corte suprema haya ampliado la posibilidad de impugnación de la expulsión, mediante el uso del habeas corpus (acción constitucional de amparo)³¹, generado por esta vía una revisión de la motivación de la decisión administrativa, así como de la protección de la unidad familiar.

No obstante, la posibilidad de hacer uso de esta impugnación depende del acceso que le extranjero tenga a la Defensa Pública (la que se restringe como ya se ha dicho a quienes han sido imputados por delito) o a otras instituciones públicas o no gubernamentales que ejercer asistencia legal. En general, al momento de notificar la decisión de expulsión no se informa de las vías de impugnación posibles.

3. No privación de libertad de niñas o niños por su situación irregular.

En relación con esta consulta, la Corte recuerda que en general, la privación de libertad constituye una medida de último recurso en relación con los jóvenes, niñas y niños en conflicto con la ley penal. Sin embargo, la hipótesis de una niña o niño que ingresa irregularmente a un país no puede considerar similares consecuencias que la de alguien que está imputado de la Comisión de un delito, por ende la Corte desestima la aplicación del principio de la *ultima ratio*.

31 La acción contemplada en el artículo 21 de la Constitución Política es procedente porque se encuentra amagada la libertad personal en su dimensión ambulatoria, que contempla la letra del artículo 19 N°7 letra a. Si bien existen fallos de la Corte Suprema del año 2001 y 2003⁴⁷ que sostienen la tesis de la especialidad en cuanto a vías de impugnación, vale decir que sólo es posible cuestionar judicialmente la expulsión por la vía de la reclamación contenida en el DL 1.094, actualmente la posición de la Corte Suprema es que aquella no es óbice para la interposición de un habeas corpus. Sentencia Corte Suprema (SCS) Rol N° 9075-2012. En sentido similar, se pueden revisar: SCS Rol N° 1413-2013 y SCS Rol N° 981-2011. Todos los fallos están disponibles en: www.poderjudicial.cl

Por otra parte, la Corte ya ha señalado por vía jurisprudencial³² que es incompatible el uso de la privación de libertad como mecanismo de control de los flujos migratorios, aunque se trate de migración irregular.

La Corte estima en definitiva que la privación de libertad de niñas y niños por razones migratorias no es compatible con los estándares de la privación de libertad. En efecto, por una parte entiende que la privación de libertad excede el requisito de necesidad de la misma, toda vez que no resulta absolutamente indispensable para asegurar su comparecencia y fin perseguido. Asimismo, la Corte entiende que en ningún caso puede fundarse una privación de libertad en este contexto, en el interés superior del niño.

Adicionalmente, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, resulta improcedente la privación de libertad de niñas y niños no acompañados o separados de su familia, toda vez que en estos casos precisamente es donde el Estado debe asumir con mayor intensidad su posición de garante³³.

En Chile, el estatuto migratorio está formado por el Decreto Ley 1094 de 1975³⁴ y su Reglamento el Decreto Supremo 597 de 1984, además de la reciente Ley N° 20430 de octubre de 2010. Los artículos 68 y 68 del DL 1094 sancionan con pena privativa de libertad el ingreso irregular al país, sea mediante el uso de documentos falsos o el ingreso o egreso por clandestino (por pasos no habilitados).

Adicionalmente, el artículo 174 del Reglamento, prevé que el extranjero que se encuentre afectado por un Decreto de Expulsión del cual hubiere reclamado, podrá permanecer privado de libertad. Al respecto, La Corte Suprema de Chile, se ha pronunciado respecto de ésta facultad³⁵ estableciendo que sólo procede en casos necesarios, lo que implica un análisis de proporcionalidad, y sólo puede prolongarse hasta 24 horas.

4. Garantías del debido proceso ante restricciones o privaciones de libertad.

Para el caso en que se dispongan medidas privativas o restrictivas de la libertad de niñas o niños

32 Cfr. Caso Vélez Loor vs. Panamá, párr. 171.

33 Artículo 20.1 de la Convención sobre Derechos del Niño; Cfr. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, supra, párr. 126.

34 En Chile no existe Ley migratoria y las normas se encuentran establecidas en un Decreto Ley dictado por la Junta Militar en plena dictadura militar. Por esto, el estatuto jurídico de migrantes no sólo no cumple los estándares de protección de derechos de los migrantes que exige el Sistema Interamericano, sino que tampoco cumple el principio de legalidad que se exige para normas que afectan el derecho a la libertad personal.

35 Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 1651-2013 que confirma la de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 09 de marzo de 2013, Rol N° 351-2013.

migrantes, los Estados deben asegurar ciertas condiciones que aseguren las condiciones para que estos defiendan sus propios derechos.

Atendida al especial vulnerabilidad de las niñas y niños migrantes, la Corte estima que las condiciones que los Estados deben “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”³⁶.

En este sentido, la Corte estima que debe asegurarse la legalidad de la privación de libertad, el derecho a ser informado de los motivos de su detención en un idioma que comprenda, ser llevado sin demora ante un juez u otro funcionario competente, derecho a la información y acceso efectivo a la notificación consular, derecho a la asistencia jurídica y de la designación de un tutor en su caso, derecho a recurrir de la privación de libertad ante un juez competente que decida sobre la legalidad y arbitrariedad de la misma.

Ya hemos referido las dificultades que ofrece el sistema chileno, en relación al cumplimiento del principio de legalidad de las privaciones de libertad contempladas en el DL 1094, la normativa no contempla un control jurisdiccional de todas las medidas privativas y restrictivas de libertad que considera esta norma. A diferencia de las medidas restrictivas de su libertad que pueden adoptarse de quien es imputado de un delito, un niño o niña migrante puede ser objeto de la retención de sus documentos, obligado a permanecer en un lugar específico, sufrir la retención de documentos³⁷, o en fin, ser obligado a concurrir periódicamente a un cuartel policial, sin que estas sean nunca controladas por un juez. Si bien las cortes de apelaciones han conocido de algunas de estas medidas, por impulso de la Defensoría Penal, se trata de una acción reactiva que se produce solo en aquellos casos en que se ejerce un habeas corpus.

Asimismo, la detención de los extranjeros sorprendidos cometiendo infracciones migratorias como el ingreso irregular, tampoco es sometida al control judicial. Por lo general, estas detenciones se practican por la Policía Internacional en zonas fronterizas, no se dispone su traslado ante un juez de garantía, como ocurre en casos de la detención por imputación penal. Esto, si bien podría acortar el período de su privación de libertad, impide que se realice un control de la legalidad de la medida, así como asegurarse de la integridad física y psíquica del detenido. Por lo general, se traslada ante la autoridad migratoria pertinente (Departamento de Extranjería o Gobernación Provincial), la que no constituye un órgano imparcial, pues su función no es realizar un control de la detención, sino –por el contrario– adoptar otras medidas adicionales de carácter restrictivo o

36 Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, *supra*, párr. 119; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, *supra*, párr. 121, y Caso Vélez Lóor Vs. Panamá, *supra*, párr. 152

37 Esta medida que dependen del la policía, deja al extranjero en extrema vulnerabilidad, pues sin documentación no puede acceder a derechos básicos como asistencia médica. Si bien es cierto, se le entrega una credencial que da cuenta de su condición de “extranjero infractor”, ésta, lejos de permitirle el acceso a sus derechos, configura una estigmatización que lo expone a un condición aun más vulnerable.

sancionatorio, como la expulsión. Existe una vulneración evidente el artículo 7.6 de la CADH³⁸.

En este procedimiento, el extranjero afectado no cuenta con una defensa técnica, pues no se le notifica a alguien que pueda ejercerla, ni la Defensoría Penal puede participar, pues no existe imputación de un delito.

A partir del funcionamiento de la Mesa Interinstitucional de Acceso a la Justicia de Migrantes, en cuya constitución participó la Defensoría Penal Pública, se han establecido dos medidas que tienden a asegurar el debido proceso frente a la detención de un extranjero, sea adulto o –con mayor razón– niño o niña migrante. La primera de esas medidas es el establecimiento de una ficha única de notificación del motivo de la detención y del derecho a la notificación consular que le asiste. La importancia de la notificación consular, radica en el rol que asume en este caso el consulado del país de origen que puede realizar diversos actos de defensa, como la contratación de un abogado, 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 de privación de libertad.

Siguiendo la interpretación de la Convención de Viena que hace la Corte IDH en su Opinión Consultiva 16/99³⁹, el extranjero detenido posee dos derechos específicos, derecho a la información y derecho a la notificación consular, además de la asistencia consular propiamente tal.

Según el protocolo establecido por la mesa, la policía al practicar la detención de un extranjero, debe informarle de su derecho a notificación consular, mediante la ficha. Si el extranjero decide solicitar que se notifique al consulado de su país de origen, la policía envía los antecedentes mediante correo electrónico. Ese correo electrónico es también derivado a la Defensoría Penal Pública, lo que permite una información actual de la detención, así como de la necesidad de asistencia técnica. Estas medidas se han instaurado desde el 2013, y constituyen un importante avance aunque aún persisten algunos problemas, como el no uso del protocolo por algunas unidades policiales o la notificación consular de todas las detenciones incluyendo casos de detenidos que se han manifestado negativamente⁴⁰.

38 “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”.

39 En 1999 la Corte IDH, dentro de sus facultades, respondió mediante esta OC una consulta que le

hiciera México sobre la aplicación de este Convenio a raíz de un número considerable de nacionales de ese país que fueron condenados a muerte en Estados Unidos. Las consultas sobre que debía pronunciarse la Corte se referían a si la Convención regulaba derechos individuales de personas extranjeras, y si, en caso de ser así, si se incluye las garantías de un debido proceso. La respuesta a ambas consultas fue positiva.

40 La notificación consular sin autorización del extranjero detenido pudiera generar graves problemas en los casos de personas que deseen solicitar refugio o se encuentran en hipótesis similares.

5. Derecho de no devolución.

La principal consecuencia de la condición de refugiado, es el principio de *non refoulement* o no devolución: ningún Estado parte de la Convención puede expulsar o devolver a un refugiado a aquel Estado donde se supone arriesga su vida o integridad (Art. 33 Convención sobre Refugiados)⁴¹. No puede decretarse la expulsión sino en casos excepcionales.

El principio de no devolución constituye una norma consuetudinaria de derecho internacional por lo que obliga incluso a aquellos Estados que no hayan suscrito la Convención de 1951.

Esta protección alcanza a quienes quieran hacer valer su derecho de buscar y recibir asilo, en Chile esta protección opera sólo desde que se presenta la solicitud, lo que ha generado una serie de complicaciones y obstáculos a la hora de solicitar refugio⁴².

La Corte interamericana, mediante la interpretación de los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención, ha extendido la aplicación del principio de no devolución.

“[E]s posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país que se encuentre”⁴³

Esta declaración y marco del derecho de no devolución, implica consecuencias muy relevantes respecto de los solicitantes de refugio, quienes –en el caso de Chile al menos- permite que aquellos extranjeros que cuya solicitud de refugio haya sido rechazado, invoque este derecho para no ser expulsado al país donde corre riesgo.

En cuanto al tipo de riesgo que alegue, este debe ser real y previsible. En relación con las niñas y niños solicitantes de refugio, la Corte considera que para analizar este riesgo se debe tomar en cuenta su edad y género, así como la garantía efectiva de los derechos civiles y políticos como la progresiva efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, y la garantía de desarrollo del niño de una manera amplia y holística.

41 La Ley 20.430, en su Art. 4, consagra el principio de non refoulement, en los siguientes términos: “No Devolución. No procederá la expulsión o cualquier medida que tenga por efecto la devolución, incluyendo la prohibición de ingreso en frontera, de un solicitante de la condición de refugiado o refugiado al país donde su vida o libertad personal peligran. La protección en los términos enunciados precedentemente comprenderá, asimismo, cualquier forma de devolución hacia las fronteras de un país donde estuviere en peligro la seguridad de la persona o existieren razones fundadas para creer que podría ser sometida a tortura, a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

42 En 2013, el Instituto Nacional de Derechos Humanos realizó un visita de observación a la ciudad de Iquique y la localidad fronteriza de Colchane, donde no sólo un trato discriminatorio con migrantes y extranjeros especialmente bolivianos y colombianos, también se advirtieron irregularidades en el procedimiento de solicitud de refugio, rechazando el ingreso de colombianos y colombianas que incluso acreditaban su situación de desplazados. Adicionalmente el órgano público conoció denuncias que advertían que la autoridad migratoria local instruía a quienes querían solicitar asilo, se “autodenunciaran” por su ingreso irregular, situación que luego era utilizada precisamente para negar el refugio.

43 Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra, párr. 135.

Y ***

6. Expulsión y protección de la familia.

“La Corte entiende la expulsión como cualquier decisión, orden, acto o procedimiento ante el órgano administrativo o judicial competente, independientemente de la denominación que reciba en la legislación nacional, relacionado con la salida obligatoria de una persona del Estado receptor que tiene como consecuencia que ésta efectivamente abandone el territorio de dicho Estado o sea trasladada fuera de las fronteras del mismo”⁴⁴.

La Corte entiende que cuando esta medida afecta al progenitor del niño o niña, debe considerarse el régimen de protección integral y la obligación de prevenir la separación familiar. Se trata entonces, de la colisión de dos principios igualmente válidos, la facultad del Estado a implementar su política migratoria y el derecho del niño o niña a la protección de la familia.

Para resolver dicha controversia, la Corte propone la ponderación de ambos, utilizando los criterios de idoneidad (fin legítimo), necesidad de la medida (que no exista otra forma de menos gravosa para cumplir el mismo objetivo), y que sea proporcionada en sentido estricto (que afecte en menor grado el derecho y asegure en el mayor grado posible el fin perseguido).

La Corte es más precisa aun, aportando circunstancias particulares de las personas afectadas que deben ser consideradas; tales como, la historia migratoria, la consideración de la nacionalidad del niño o niña, el alcance de la afectación que genera la expulsión, la perturbación que genera en la niña o niño.

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana ha sostenido:

“Tanto la Comisión Interamericana como la Corte Europea han reconocido que conforme al derecho internacional, en cualquier procedimiento de expulsión, se debe considerar el mejor interés de los hijos del deportado. La Corte Europea ha sostenido repetidamente que “el mejor interés y bienestar de los niños” de un no ciudadano debe ser tomado en consideración en un procedimiento de expulsión⁴⁵. Ahora que se le ha presentado un caso específico sobre este tema, la CIDH considera que los procedimientos de expulsión de no ciudadanos deben tomar en consideración los mejores intereses de los hijos de los no ciudadanos y los derechos del deportado a una vida familiar, de conformidad con el derecho internacional”⁴⁶.

⁴⁴ OC 21/14, párr. 269.

⁴⁵ 8 Véase, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos Maslov Vs. Austria, Sentencia de 23 de junio de 2008, No. 1638/03, párrafo 82, citando Corte Europea de Derechos Humanos, Üner Vs.

Países Bajos, Sentencia de 18 de octubre de 2006, No. 46410/99, párrafo 58.

⁴⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.562, Wayne Smith, Hugo Armendáriz,

Entre nosotros, la Corte Suprema ha considerado en diversas oportunidades⁴⁷, que cuando el extranjero cuenta con familia (cónyuge e hijos), el acto administrativo de expulsión no afecta sólo la libertad personal del expulsado sino también constituye “una amenaza a la libertad ambulatoria del menor (...) como también de quien aparece como pareja del mencionado (...), porque aun cuando no han sido aquellos objeto de una medida de expulsión, la realidad indica que ambos no tendrían más alternativa que seguir al referido adonde sea despachado, puesto que tal es el sentido de la familia, permanecer juntos, y ello constituye la base fundamental sobre la cual se construye la sociedad” (SCS, Rol N° 1530-2013), “y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta” (SCS, Rol N° 66-2013).

Conclusión.

Pues bien, la Corte Interamericana ha precisado mediante la Opinión Consultiva los estándares aplicables a la protección que los Estados deben dar a las niñas y niños migrantes.

La Defensoría Penal Pública de Chile, aspira a incorporar en el desarrollo de su defensa especializada, cada uno de estos estándares, será un tremendo desafío, por la brecha que hoy existe, en especial por la legislación vigente aplicable, pero cuyo trabajo es necesario, por la especial vulneración en la que se encuentran los niños y niñas migrantes.

y otros con Estados Unidos, 12 de julio de 2010; párrafo 57.

⁴⁷ SCS, Rol N° 9075-2012; SCS, Rol N° 66-2013; SCS, Rol N° 400-2013; SCS, Rol N° 1530-2013, entre otras.

ESTATUTO NORMATIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS RESPECTO DEL TRÁFICO DE PERSONAS

Ernesto Pazmiño Granizo.¹

Sumario: I. Introducción. II. Limitaciones y alcances del marco jurídico internacional. III. Estatuto normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto al tráfico de personas. IV. Conclusiones.

I. Introducción

La esclavitud moderna se llama hoy tráfico y trata de personas. Alrededor del sufrimiento de miles de personas afectadas por este crimen atroz, crecen multimillonarios negocios tolerados por la economía de mercado en todo el mundo. Una doble moral reproduce el mercado, por una parte promueve la libertad en todos los niveles de actuación social y al mismo tiempo cosifica a las personas exponiéndolas a una realidad de consumo desenfrenado. No obstante, el problema central es que esto funciona como un orden social que se reproduce con naturalidad todos los días. Si no pensemos, por ejemplo, en la propaganda sexista que vende productos con imágenes de mujeres con poca ropa, el uso de las redes sociales para intercambiar imágenes de todo tipo, y el sinnúmero de servicios vinculados al culto a la belleza física y a soluciones *new age* para curar el stress y la soledad.

El tráfico y la trata son dos palabras que se escriben juntas, no sólo porque existe entre ellas múltiples conexiones materiales; sino, además, porque responden a las mismas causas estructurales. Sin embargo, son dos crímenes distintos. Mientras el tráfico se refiere al ingreso sin documentos de personas a un territorio determinado mediante la facilitación de personas individuales o redes de personas a cambio de beneficios materiales; la trata se configura con la explotación económica en cualquier lugar de las cualidades de personas que son reclutadas. Las conexiones materiales están a la vista, pues muchas de las migraciones de personas indocumentadas van acompañadas de algunas formas de explotación en países de tránsito con el fin de pagar al facilitador (coyotero). Al mismo tiempo, algunas formas de explotación son camufladas como movimientos migratorios. Recuérdese lo ocurrido en Ecuador hace algunos años, por ejemplo, con varios adolescentes de

¹ Defensor Público General del Ecuador.

varias comunidades indígenas de la Sierra Centro que eran llevados por una red de explotadores, supuestamente, para ir a trabajar a Venezuela donde, en realidad, eran obligados a mendigar en las calles.

Sin embargo, la mayoría de las respuestas de los Estados y la sociedad han sido únicamente nacionales. Lo más común ha sido la inclusión en los códigos penales nacionales y algunas políticas de tipos penales específicos, y algunas políticas no sistemáticas para prevenir y reprimir la comisión de estas conductas. Pero estas respuestas han sido insuficientes, pues las causas estructurales del tráfico y la trata no están dentro de las fronteras de los Estados, sino en las lógicas transnacionales de la exclusión económica y social. No es, en este sentido, una coincidencia que la mayoría de las víctimas estén en los países periféricos y, dentro de éstos, en los sectores más pobres. Tampoco es aleatorio que la demanda de explotación sea de los países centrales, donde las redes mafiosas de consumo operan con impunidad frente a la violencia que ocurre en nuestros países provocada por estos crímenes aberrantes.

Incluso, esta realidad transnacional del tráfico y la trata opera no sólo en la relación centro-periferia, sino que con la emergencia de polos económicos alternativos, la exclusión también opera entre países periféricos y semiperiféricos. Es el caso de nuestra Latinoamérica, donde las migraciones/explotación sur-sur son cada vez más comunes, mediante flujos que se dirigen a Brasil, México y Chile. O en flujos trasfronterizos con menos brecha económica, tales como Colombia-Ecuador-Perú, Bolivia-Argentina y Costa Rica-Guatemala.

La Comunidad Internacional lastimosamente no ha tenido una respuesta transnacional a estos delitos, a pesar de la enorme cantidad de normativa y algunas políticas de baja intensidad. A nivel regional, ni siquiera existe una respuesta consolidada para la migración/explotación su-sur entre nuestros países, lo cual constituye un punto ciego de la política de derechos humanos de nuestros países.

Por esta razón, es que me parece que, como un primer paso, tener claro cuál es el estatuto normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la protección integral del tráfico y la trata tiene una relación directa con el nivel de avance de nuestros sistemas de protección internacional y regional de derechos humanos. Es comenzar a pensar sobre la necesidad de construir un camino propio en nuestra Región para dar respuesta a los retos interregionales frente al tráfico y la trata. (1) En un primer momento, estableceré cuáles son las limitaciones y alcances del marco jurídico internacional en materia de tráfico de personas; (1) luego, procederá a identificar el estatuto normativo respecto del tráfico de personas, identificando las limitaciones y alcances del marco jurídico internacional en la estructura de los instrumentos internacionales de derechos humanos; y, (3) finalmente, ensayaré algunas conclusiones.

II. Limitaciones y alcances del marco jurídico internacional

Tal como ya se estableció, el tráfico de personas ha estado relacionado íntimamente con la normativa internacional sobre derechos de los migrantes, la cual ha ido implementando instrumentos y mecanismos de protección especializados en materia de movilidad humana debido a la complejidad del fenómeno en la contemporaneidad. Las migraciones internacionales son una prioridad para los Estados, pero los sistemas de protección internacional y estatales, son insuficientes ante lo atractivo como negocio que significa “traficar con seres humanos”, la delincuencia organizada en redes internacionales que ha perfeccionado los medios y formas jurídicas y políticas para evadir la actuación de la justicia.

Es un hecho que el fenómeno de las migraciones trasciende las fronteras locales y se inserta en la dinámica de la globalización y la distribución inequitativa de los recursos, lo cual hace de las políticas estatales insuficientes para frenar las enormes olas migratorias, sur-norte y sur-sur. La acumulación de los capitales en los países centrales genera la exclusión de millones de personas en la paradoja de nuestros días: fronteras abiertas para los capitales, pero no para las personas.² Cuando este postulado tolera la apertura de las fronteras para “gente mercancía” que genera la demanda de los mercados consumistas locales y los vincula a redes de corruptela que no aparece en las estadísticas, aquello se convierte en un crimen que atenta contra la humanidad en su conjunto.

La deficiencia ha provocado impunidad. Se hace necesario que ubiquemos en este trabajo el estatuto normativo en los instrumentos internacionales sobre tráfico de personas y los órganos internacionales respectivos que permiten el ejercicio sus mandatos, con el fin de direccionar los esfuerzos globales y las políticas nacionales en la construcción de una “ciudadanía universal”, que busca “descosificar” a las personas que son tratadas como mercancías.³ Consecuencias de este orden injusto son las innumerables detenciones arbitrarias, violencia física, psicológica, sexual, condiciones de vida deficientes, dificultades para la reintegración social, explotación laboral, etc. La condición jurídico-administrativa irregular de miles de seres humanos les impide denunciar las violaciones atroces a sus derechos por miedo a ser descubiertos, detenidos y deportados.

La primera cuestión que debo establecer es la definición de “tráfico de personas”. Tomaré con este fin la de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, que en el artículo 3 del Protocolo relativo al tráfico ilícito de migrantes por tierra mar y aire determina que:

2 Jorge Rojas, “Seguridad, Globalización y Migraciones”, en Centro de Documentación en Derechos Humanos “Segundo Montes Mozo s.j.” (CSMM), coord., Migraciones: reflexiones y propuestas de la sociedad civil, Memorias de las Jornadas Hemisféricas sobre Políticas Migratorias, Foro Social I, Quito, julio 2004, p. 21.

3 Lugi Ferrajoli, “Más Allá de la Soberanía y Ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Miguel Carbonel y Rodolfo Vásquez (coord.), Estado Constitucional y Globalización, Porrúa UNAM, México, 2001, p. 322.

“Por tráfico ilícito de migrantes se entenderá, la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”⁴.

La definición citada no es la única que se maneja a nivel de instrumentos internacionales, pero es la que nos servirá para este trabajo. De acuerdo a esto, el tráfico de personas, no necesariamente implica el delito de trata de personas ni viceversa. El elemento central del tráfico ilícito es la facilitación de ingresar a migrantes sin los requisitos legales necesarios, con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio material. La confusión entre trata y tráfico que reproduce unos instrumentos internacionales no es sólo una cuestión gramatical, sino que provoca, al instrumentarse en las leyes penales de los Estados, una correcta tipificación penal, afectando la interpretación de los jueces y la construcción de políticas públicas, con la correlativa deficiencia en la administración de justicia e impunidad del sistema penal.

En este contexto, las preguntas que debemos contestar son: (1) ¿qué rol tienen los instrumentos internacionales de derechos humanos respecto a la protección real de las personas por parte de la Comunidad Internacional?; b) ¿han servido realmente los instrumentos internacionales para proteger a las personas, en concreto frente al delito de tráfico de personas? La respuesta a esto no es unánime. Lo impiden tres grandes limitaciones de los instrumentos de derechos humanos.

En primer lugar, los avances del pacto político entre los Estados luego de la Segunda Guerra Mundial han sido modestos, puesto que el Derecho Internacional aún tienen como fundamento la fuerza y los procedimientos de control para garantizar la paz y la convivencia pacífica sólo son aplicables a los países de la periferia, y exonera a los países centrales, muy concretamente a aquellos que forman parte del Consejo de Seguridad –con poder de veto de las resoluciones de la Asamblea– del cumplimiento efectivo de los postulados de la Carta de Naciones Unidas. Es lo que *Chomsky* ha denominado Estados forajidos.⁵

Lo segundo es que los derechos humanos no dejan de ser eurocéntricos, por lo cual parte de una suposición de falsa uniformidad cultural, lo cual imposibilita que en muchos lugares del mundo los derechos establecidos en los instrumentos internacionales queden como simples postulados retóricos.

En tercer lugar, existe una exagerado optimismo en los efectos que *per se* tiene la normativa inter-

4 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que en el Protocolo relativo al tráfico ilícito de migrantes por tierra mar y aire.

5 Chomsky, Noam, Estados Fallidos. El abuso del poder y el ataque a la democracia, Ediciones B Grupo Z, Barcelona, 2007.

nacional en el ánimo de los Estados de garantizarlos y en el cambio de prácticas sociales lesivas de los derechos, que están sometidas a otras dinámicas lejos del derecho y las formas jurídicas que imponen la razón de los Estados, instrumentada en la normativa internacional. De hecho, debemos considerar que respecto del tráfico de personas, opera como fenómeno central la globalización de los procesos de acumulación capitalista que acentúa la enorme brecha de la exclusión.

Finalmente, creemos que, desde una perspectiva de derechos humanos, la situación del tráfico sobre la base de la movilidad humana, el ser humano es el centro y fin, lo cual impide que se restrinja toda su complejidad y riqueza física, moral y espiritual. Bajo esta idea, prefiero hablar de personas en situación de tráfico (o trata), puesto que considerarlo víctima (victimización) lo reduce como sujeto de protección penal y en el discurso supone una visión pesimista que lo desvaloriza frente a la sociedad en su conjunto. Sin embargo, tomando en cuenta que este trabajo tiene un énfasis penal, en muchas partes hablaremos de “víctimas” cuando nos refiramos a su relación con el proceso penal.

A la luz de estas ideas, vamos a analizar los instrumentos internacionales más importantes respecto del delito de tráfico de personas.

II. Estatuto normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto al tráfico de personas

1. Instrumentos internacionales relativos a la protección del tráfico de personas vigentes⁶ en el Ecuador.- Los instrumentos internacionales vigentes en nuestro país, son en su mayor parte, acuerdos de carácter bilateral y se refieren a temas específicos. Los convenios a revisar, son de carácter multilateral y de alcance universal; y han sido separados, según el organismo internacional determinado en los instrumentos internacionales y que interactúa por los Estados frente al fenómeno del tráfico de personas.

1.1 Instrumentos de tipo laboral.- Los convenios ratificados por un Estado Miembro de la OIT, tienen fuerza vinculante conforme lo señala los artículos 7 y 31 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados, la OIT ha sido el primer organismo en normar los derechos referentes a los migrantes, pero dentro del ámbito laboral únicamente. La citada limitación, hace que sean garantizados derechos como: la regulación laboral, la defensa de los derechos laborales de nacionales y extranjeros, entre otros temas; sin tomar en cuenta, que el fenómeno migratorio ha trascendido

6 Ver: <http://web.mmrree.gov.ec/sitrac/consultas/busqueda.aspx>.

el tema de la ocupación, empleo y remesas. Entre los temas que no son tomados en cuenta en las Convenciones de la OIT, están el de la reunificación familiar, regulación de documentos, tráfico de personas, entre otros. Razón por la cual, las reformas legislativas a nivel nacional han sido dirigidas a cuerpos normativos como el *Código de Trabajo*, el *Código de la Niñez y Adolescencia* y la *Ley de Amparo laboral de la Mujer*.

Las recomendaciones de la OIT complementan a los convenios y contienen directrices para la política nacional, orientando la función legislativa y las prácticas laborales en los países. A diferencia de los convenios, las recomendaciones no necesitan ser ratificados por los Estados, por lo que no generan obligaciones de forzoso cumplimiento sobre sus contenidos (soft law), pero pueden ser importantes fuentes para la generación de jurisprudencia y políticas públicas.⁷

Entre los principales instrumentos suscritos por el Ecuador y la OIT, tenemos: Convenio relativo a los trabajadores migrantes de 1949 (Nº 97) vigente desde el 22 de enero de 1952⁸; *Convenio sobre los trabajadores migrantes de 1975* (Nº 143⁹); *Convenio sobre igualdad de trato de nacionales y no nacionales en materia de Seguridad Social* (Nº 118¹⁰); y, *Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social* de 1982 (Nº 157¹¹).

Y entre las principales recomendaciones de la OIT, tenemos: *Recomendación sobre los trabajadores migrantes de 1975* (Nº 151)¹²; *Recomendación sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social* de 1983 (Nº 167); *Recomendación sobre los trabajadores migrantes de 1949* (Nº 86)¹³, entre otras. Conforme el artículo 19 inciso 5 de la Constitución¹⁴ de la OIT, todos los Estados Miembros tienen la obligación, dentro del plazo de un año, de someter los convenios y recomendaciones a las autoridades competentes.

También, a nivel Subregional, existe una normativa que tiene influencia de los instrumentos mencionados en el marco del proceso de integración andino: Decisión 545, “Instrumento Andino de Migración Laboral”, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; Decisión 503, “Reconocimiento de Documentos Nacionales de Identificación”, Consejo Andino de Ministros

7 Alberto Fernández, *Función Creadora del Juez*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 85-89.

8 Corporación de Estudio y Publicaciones, *Codificación del Código de Trabajo*, Serie Profesional, Documento 34, Nómina de Instrumentos Internacionales, Quito, marzo-2005. Este convenio fue revisado en 1949. Adoptado en Ginebra el 1º de Julio de 1949, sesión de la Conferencia 32.

9 Convenio 143 sobre los trabajadores migrantes (Disposiciones Complementarias 1975), sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de igualdad de oportunidades y trato de los trabajadores migrantes, adoptado en Ginebra el 24 de junio de 1975, Conferencia 60, entró en vigor el 9 de diciembre de 1978. Ver: www.ilo.org

10 Richard Perrochoud, *Normas Legales para la Protección de los Trabajadores Migrantes*, en *La Migración Internacional y el Desarrollo en las Américas*, Simposio sobre Migración Internacional en la Américas, San José de Costa Rica, septiembre de 2000, p. 457.

11 *Ibíd.*, p. 456: “... este segundo Convenio va acompañado de la Recomendación (No. 167) sobre el Establecimiento de un Sistema Interamericano para la Conservación de los Derechos en materias de Seguridad Social de 1982).

12 Recomendación Nº 151 Sobre los trabajadores migrantes, de 24 de junio de 1975, sesión de la Conferencia 60. Ver: www.ilo.org

13 Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisada en 1949), Ginebra, sesión de la Conferencia 32, adopción 1 de julio de 1949. Ver: www.ilo.org

14 Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada en Filadelfia, el 10 de mayo de 1944. Ver: www.ilo.org

de Relaciones Exteriores; Decisión 527, *Tarjeta Andina de Migración* (TAM)¹⁵; Secretaría General de la Comunidad Andina; Decisión 504, *Creación del Pasaporte Andino*, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; y, Decisión 526, “Ventanillas de entrada en aeropuertos para nacionales y extranjeros residentes en los Países Miembros”, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.¹⁶

Sin embargo, el impacto de esta normativa ha sido mínimo, debido a su visión economicista, alrededor de las reivindicaciones laborales. El problema no ha sido sólo la invisibilización de otra realidad fuera de lo laboral, sino que las plataformas laborales ya no representan el ideal de cambio y reconocimiento de los derechos como ocurrió en las décadas de los sesenta y setenta, puesto que los sindicatos y las organizaciones gremiales se burocratizaron en gran medida debido al desgaste de los Estados de bienestar en los países centrales y los Estados desarrollistas en los países periféricos y semiperiféricos. Las reivindicaciones sociales y la lucha de clase que se enarbolaron como lenguaje combativo, quedó en desuso durante la década de los ochenta y los noventa, facilitada, en gran parte, por las políticas neoliberales denominadas de ajuste estructural. Igual aconteció con la normativa subregional, sumado al fracaso del proceso de integración andina que dejó sin piso a gran parte de su normativa en la primera década del Siglo XXI.¹⁷

1.2 Instrumentos generales de Naciones Unidas.- La Organización de Naciones Unidas, es un organismo de carácter universal, en cuyo derredor se han desarrollado tratados internacionales en favor de los derechos de los migrantes con un mayor alcance al referido por la OIT. Van más allá del ámbito laboral y de la regularidad del trabajador mediante normas de protección para varios colectivos en desventaja. Un avance importante fue la convención internacional que pretende regular la asistencia internacional contra la delincuencia organizada, el protocolo sobre “el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire”. En definitiva, entre los instrumentos más destacados tenemos:

- *Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas del 30 de noviembre de 1990;

15 **Nota:** La Tarjeta Andina de Migración (TAM) fue creada por la Resolución 397. La TAM, por disposición del artículo 1 de la Resolución 387, fue establecida por la Junta del Acuerdo de Cartagena mediante Resolución 433 de septiembre de 1996. Posteriormente, el formato de la TAM fue modificado por Resolución 527 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (RO 386: 8-ago-2001).

16 Luis Ávila, “Marco Jurídico Internacional y de Ecuador en Migración y Refugio”, en Richard Salazar, coord., *Migración. Mitos, Propuestas y Desafíos*, Organización Mundial de las Migraciones y Fundación Esquel, Quito, 2007, 132,

17 Heinz Sonntag, “Estructuras y otras Estructuras: el desarrollo como progreso y otros actores sociales”, en Duda, Certeza y Crisis, Editorial Nueva Sociedad-UNESCO, Caracas, 1988; Fernando Cardozo y Enzo Faletto, “Dependencia y Desarrollo en América Latina”, en CEPAL, *Cincuenta Años de Pensamiento de la CEPAL*, Textos seleccionados, V.II, Siglo Veintiuno Editores, México, 1969.

- *Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1989;*
- *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de Palermo del año 2000;*
- *Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas del 20 de diciembre de 1959; y,*
- *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire.*

En todo caso, lo más importante del sistema de Naciones Unidas lo constituyen los mecanismos e instituciones que hacen exigibles los derechos y garantías consagrados en los tratados, acuerdos y resoluciones del citado organismo internacional. Me refiero a los comités especializados, ante los cuales los Estados suscriptores deben presentar, periódicamente, informes de situación sobre el cumplimiento de las obligaciones que compartan estos instrumentos. Incluso, estos comités conocen denuncias directas de las personas y colectividades afectadas por una violación de derechos humanos. Sin embargo, este mecanismo generalmente es denunciado por los Estados, por lo cual no tiene completa operatividad. Al mismo tiempo, las organizaciones pueden presentar informes alternativos o también denominados “informes sombra” (shadow reports), los cuales permiten a los expertos de estos comités tener mayores elementos de juicio para poder establecer las recomendaciones concretas para los Estados.

Estos mecanismos, no obstante, son poco utilizados por las organizaciones de sociedad civil y los informes sombra no representan esfuerzos técnico-jurídicos de uso común, por lo cual no tienen el impacto que se esperaba de este mecanismo. La razón se explicaría por la débil capacidad de organizar el trabajo en redes que se da en el Ecuador y a la informalidad del trabajo de las organizaciones. Por otra parte, la cooperación internacional no siempre está dispuesta a invertir en capacitación a largo plazo y al mantenimiento de equipos de trabajo bien remunerados, interdisciplinarios y con estructuras organizativas horizontales y participativas. Tampoco existe una cultura de abogacía o incidencia política en las organizaciones (abogacy),¹⁸ que permita judicializar los casos ante los organismos internacionales. Y, por si fuera poco, son pocas las agencias internacionales que están dispuestas a sufragar los gastos que estas defensas exigen en el ámbito nacional e internacional. Hago un repaso de los principales mecanismos de protección de los derechos de las personas en situación de tráfico.

18 Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA), Manual Básico para la Incidencia Política, Programa Centroamericano de Capacitación en Incidencia, Catholic Relief Service de El Salvador, 2006. La Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA, por sus siglas en inglés) fue fundada en 1974 por una coalición de líderes de la sociedad civil y religiosa para promover el respeto por los derechos humanos, la democracia y la justicia social y económica como elementos de la política estadounidense hacia América Latina y el Caribe. Algunos de sus integrantes son la American University of Washington, Johns Hopkins University, Ford Foundation, entre otros.

1.2.1 Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.- Según el artículo 72 de la mencionada Convención, el Comité es el principal órgano especializado de Naciones Unidas sobre el tema migratorio, conformado por expertos independientes que supervisan la aplicación de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Este Comité es el órgano de tratados de más reciente creación y celebró su primer período de sesiones en marzo de 2004. El procedimiento que siguen los Estados parte, incluye la presentación de informes periódicos al Comité sobre el ejercicio y la situación de los derechos migratorios en cada país miembro. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe un año después de su adhesión a la Convención y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado parte en forma de "observaciones finales". El Comité también podrá, en determinadas circunstancias, examinar denuncias o comunicaciones presentadas por particulares que aseveran que sus derechos han sido conculcados, conforme lo señala el artículo 77 de la Convención, previa la aceptación de dicho procedimiento por al menos diez Estados. El Comité está facultado para publicar su interpretación del contenido de las disposiciones de derechos humanos, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas.

Los informes por parte de los Estados deben contener al menos dos partes: a) Información General; y, b) Información relativa a los artículos de la Convención. En la primera parte, se deberá describir la estructura orgánica-jurídica y administrativa de cada Estado en relación al **ámbito migratorio, desagregando información cuantitativa y cualitativa de sus flujos migratorios, las dificultades en la aplicación de la Convención; y, las medidas tomadas para la** difusión y promoción de la Convención así como sobre la cooperación con la sociedad civil. La segunda parte constará información específica sobre la forma en que se aplica la Convención en el Estado informante, de conformidad con el orden en que figuran esos artículos y sus respectivas disposiciones.

El Reglamento provisional del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares fue expedido el 17 de mayo de 2004 (HRI/GEN/3/Rev.1/Add). En éste se organiza la estructura del mismo y se plantea la forma de elaboración del programa provisional del Comité, mismo que debe ser preparado por el Secretario General de Naciones Unidas¹⁹ en cada período ordinario de sesiones, en consulta con el Presidente del Comité para la consideración del pleno del Comité, quienes podrán revisar el programa y según corresponda aplazar o suprimir temas.

El Comité debe presentar un informe anual acerca de la aplicación de la Convención, previa

¹⁹ Artículo 5 del Reglamento Provisional del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores Migratorios y de sus familiares. Compilación de los Reglamentos adoptados por los Órganos de Supervisión de los Tratados en Derechos Humanos. Naciones Unidas, HRI/GEN/3/REV1/ADD, 17 de mayo de 2004. Ver: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cmw/index.htm>

revisión de informes²⁰ de los Estados parte, pudiendo hacer recomendaciones conforme con lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 74 de la Convención en concordancia con el 29, para su posterior difusión. Así mismo, el Comité está facultado para invitar a organismos especializados de Naciones Unidas y organizaciones intergubernamentales, a que presenten información respecto de cuestiones tratadas en la Convención en el marco de sus actividades.

Lastimosamente, este mecanismo de protección de los derechos, sin perjuicio de lo ya comentado en el acápite anterior de manera general, encuentra tres obstáculos que lo debilita. Por un lado, el Comité es un ente burocrático y lejano a la realidad que presentan los informes, por lo cual tienen que confiar en el contenido de los informes de los Estados; y, por el otro, las recomendaciones suelen ser en términos generales y muy diplomáticos –no se debe olvidar que las agencias de Naciones Unidas representan a los Estados y no a las personas directamente-, y con escasa participación de las organizaciones de sociedad civil, cuya presencia es discrecional del Comité, mucho menos de la personas en situación de violación de derechos. Ejemplo de esto pueden ser los procesos de informe de Uganda, México y Ecuador respecto de la Convención para Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias.²¹

1.2.2 Diálogos de Alto Nivel.- Este mecanismo consiste en instancias en las que participan altos funcionarios y representantes de los Estados miembros de Naciones Unidas para abordar temas de interés. Sobre la migración internacional y el desarrollo,²² sirven como una herramienta que canaliza el compromiso de los Estados, las entidades de Naciones Unidas, los observadores, las organizaciones no gubernamentales, la sociedad civil y el sector privado. Se busca examinar realidades fácticas y su relación entre la migración internacional y el desarrollo. Entre los análisis que se han llevado a cabo, se destaca la contribución de las y los trabajadores migratorios al desarrollo de los países en donde la mano de obra es escasa, el movimiento económico transnacional y el aumento de remesas que se han invertido o gastado en países receptores.

Los participantes en el diálogo se han preocupado de la situación de las y los trabajadores migratorios, en especial de aquellos que están en situación de irregularidad, y por el respeto de sus derechos y libertades fundamentales esenciales para aprovechar plenamente los beneficios de la migración internacional. Producto de ello, se han propuesto:

20 El Comité examinará los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 73 de la Convención de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 74 de la Convención. Reglamento Provisional del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (UN. HRI/gen/3/Rev.1/Add., 7 de mayo de 2004). Ver: <http://www2.ohchr.org>.

21 www.december18.com.

22 La Asamblea General, en su resolución 58/208, de 23 de diciembre de 2003, decidió celebrar en 2006, durante el sexagésimo primer período de sesiones, un diálogo de alto nivel dedicado a la migración internacional y el desarrollo, de conformidad con las normas y procedimientos de la Asamblea. Ver: <http://www.un.org/Depts/dhl/spanish/resguids/garessp.htm>

- Organizar campañas de información sobre los peligros de la migración no autorizada para ayudar a reducir las corrientes irregulares de trabajadores migratorios y de sus familiares.
- Reconocer que la adopción de medidas de control y seguridad no son suficientes para eliminar la migración irregular.
- Adoptar políticas de migración que mantuvieran un mejor equilibrio entre las necesidades de mano de obra y la entrada de trabajadores extranjeros.
- Estrategias nacionales para hacer frente a los efectos de la migración internacional.
- Proliferación de los procesos consultivos regionales como prueba de que la cooperación a nivel regional es particularmente eficaz.
- La migración puede ser una experiencia que conlleve al fortalecimiento del papel de las mujeres. Estas pasan a hacer parte del mercado de trabajo, donde aprenden nuevas técnicas que pueden generar un fortalecimiento de su *estatus* económico y social. Sin embargo, muchas mujeres emigran en situaciones que las exponen a circunstancias de alto riesgo, a sufrir explotación y abuso, en particular cuando la migración se da en el contexto de matrimonios y trabajo doméstico.

En definitiva, los participantes aportan ejemplos de mecanismos regionales por medio de los cuales, se pueden adoptar medidas prácticas para abordar las cuestiones de la migración, el goce de los derechos, el acceso a la justicia, la participación en la vida pública, la integración de las y los trabajadores migratorios y de sus familiares en la sociedad de acogida, con el propósito de cultivar un amplio margen de posibilidades para que sus derechos humanos sean respetados²³.

La principal crítica que se le puede hacer a este tipo de mecanismos, es su carácter no vinculante, incluso, menor a las de las recomendaciones y observaciones de los comités. Además, son espacios de intercambio de experiencias lejos de la realidad de las personas en situación de tráfico y las redes de tráfico de personas. Son, sin embargo, espacios de participación estatal, lo cual permite a los funcionarios compartir experiencias valiosas en materia de Política Pública, pero la participación de la sociedad civil organizada y de las personas en situación de tráfico es limitada. Las declaraciones, generalmente, se quedan en la lírica de las buenas intenciones.

23 Diálogo de alto nivel sobre la migración internacional y el desarrollo, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, 14 y 15 de septiembre de 2006, sexagésimo período de sesiones, tema 54 c) del programa globalización e interdependencia: migración internacional y desarrollo. Ver: <http://www.un.org/spanish/News/migration/>

1.2.3 La Relatoría Especial sobre los Derechos Humanos de los migrantes de Naciones Unidas²⁴.

Se trata de un mecanismo temático conforme lo estipula la resolución 1999/44 CDHNU y tiene entre sus funciones: a) Solicitar y recibir información de todas las fuentes pertinentes, incluidos los propios migrantes, sobre las violaciones de los derechos humanos de las y los trabajadores migratorios y de sus familiares; b) Formular recomendaciones apropiadas para impedir las violaciones de los derechos humanos de los migrantes y para remediarlas, dondequiera que se produzcan; c) Promover la aplicación efectiva de la normativa internacional pertinente sobre la materia; d) Recomendar actividades y medidas aplicables a escala nacional, regional e internacional, para eliminar las violaciones de los derechos humanos de los migrantes; e) Tener en cuenta una perspectiva de género al solicitar y analizar la información, así como prestar atención a la incidencia de múltiples casos de discriminación y violencia contra las mujeres migrantes²⁵.

Dentro de las atribuciones y deberes citados, se han podido verificar importantes avances desarrollados por los relatores especiales desde 1999, entre los más destacados podemos citar²⁶:

a) Principio de no discriminación.- En numerosos países existen legislaciones y prácticas discriminatorias contra el extranjero en busca de trabajo en un país distinto al suyo. El otorgamiento o la negación de visados en función del particular origen nacional del solicitante sobre la base de criterios justificados por el tema de la seguridad nacional, son algunas de las realidades comunes con las que tienen que convivir las y los trabajadores migratorios y sus familiares. La discriminación, la xenofobia y la intolerancia han sido tratadas por las relatorías (véase A/CONF.189/PC.1/19 sobre el tema específico de la discriminación contra la mujer)²⁷. Además, tenemos las medidas acordadas en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, entre otras²⁸.

24 Gaceta CEJIL, Centro para la Justicia y el Derecho Internacional, Relatoría para Trabajadores Migrantes y sus Familias, Tercer Informe del Relator Juan Méndez (2001). Las actividades del Relator Especial se llevan a cabo de conformidad con lo establecido en la resolución 1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos, mediante la cual la Comisión creó el mecanismo y definió sus funciones. (56ª sesión, 27 de abril de 1999). Ver: <http://www.acnur.org/nuevaspaginas/migracion/comisionderechoshumanos.htm>

25 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Derechos humanos de los migrantes, numeral 3 de la resolución 1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos. Ver: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3228.pdf>

26 Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, Grupos e individuos específicos, Trabajadores migrantes (E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002). Ver: www.acnur.org/biblioteca/pdf/3418.pdf

27 Ver: www.acnur.org/biblioteca/pdf/3152.pdf

28 Presentación por parte del Secretario General de la ONU a los miembros de la Asamblea General, de un informe sobre los derechos humanos de los migrantes, preparado por Gabriela Rodríguez Pizarro, Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, aprobada por el Consejo Económico y Social en su decisión 2002/266 (9 de agosto de 2002).

b) Garantías de los detenidos.- Las y los trabajadores migratorios y sus familiares generalmente son objeto de detención administrativa por violación de las leyes y los reglamentos internos de los países receptores. La permanencia ilegal, una vez vencido los permisos temporales, el no poseer documentos de identificación, el mal uso de los documentos de viaje o su adulteración, son las principales causas. El objetivo de la detención administrativa es garantizar que se pueda adoptar la medida conocida como *deportación o expulsión*. El elevado grado de discrecionalidad y las amplias facultades para proceder a una detención que se conceden a los funcionarios de inmigración y a otros agentes del orden público pueden dar lugar a abusos y violaciones de los derechos humanos.

La Relatora Especial, Gabriela Rodríguez Pizarro, ha insistido en la observancia de instrumentos internacionales como el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece que "nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado", el cual está en plena concordancia con el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), según el cual "toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tiene derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal". La Observación General N° 8²⁹ del Comité de Derechos Humanos señala que esas disposiciones son aplicables a todas las formas de privación de libertad, por detención o prisión, incluidos los casos de control de la inmigración, lo dicho es reforzado por la resolución 43/173 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988.

c) Duración de la detención y condiciones.- La privación de la libertad como medida administrativa debe durar únicamente el tiempo necesario para que la deportación o expulsión se haga efectiva, el Comité de Derechos Humanos declaró que "la detención no debe prolongarse más allá del período para el que el Estado pueda aportar una justificación adecuada. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria señala además que la ley debe prever un plazo máximo de retención que en ningún caso podrá ser indefinido ni tener una duración excesiva.

29 Ver: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Shrc-gencomments.html>

d) Medidas alternativas a la detención.- El Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria recomendó que "antes de recurrir a la detención deberían siempre examinarse otras medidas alternativas distintas de la detención". En su resolución 2000/21, la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos alentó a los Estados a adoptar medidas sustitutivas de la detención, como las que se enumeran en las directrices sobre los criterios y las normas aplicables en relación con la detención de los solicitantes de asilo. Entre las medidas sustitutivas más comunes tenemos: la libertad bajo fianza, la libertad condicional, la detención domiciliaria, el régimen de semilibertad, el pago de una suma determinada como garantía, la supervisión policial, la prohibición de salida del país, la obligación de residir en una dirección determinada y de presentarse periódicamente ante las autoridades y el retiro del pasaporte.

Detención de grupos y personas en estado de vulnerabilidad³⁰.- La Relatora Especial observó que con mucha frecuencia la legislación nacional no contiene disposiciones especiales con respecto a la detención administrativa de grupos y personas vulnerables como los niños, las mujeres embarazadas, las personas de edad y las personas con enfermedades mentales o físicas. La detención administrativa nunca debe ser de carácter punitivo y deben adoptarse disposiciones especiales para proteger a los grupos y personas citadas. En esos casos los daños causados parecen ser, a juicio de la Relatora Especial, totalmente desproporcionados con respecto a los objetivos de la política de control de la inmigración.

La detención administrativa no debería ser en ningún caso una medida punitiva. La Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos afirma que "si son privados de su libertad con arreglo a derecho, *los extranjeros* deben ser tratados con humanidad y con el respeto a la dignidad inherente de su persona"³¹, dicho mandato es consecuente con lo estipulado en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el caso de *menores*, se debe observar el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al *interés superior del niño*, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

30 El Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad y las Directrices revisadas sobre los criterios y normas aplicables en relación con la detención de los solicitantes de asilo, también proporcionan una lista exhaustiva de garantías para la protección de la dignidad humana de las personas privadas de libertad, entre las que se cuentan los migrantes. A pesar de su carácter no vinculante, reflejan principios reconocidos internacionalmente. *Ibíd.*

31 Observación General N° 15, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 27° período de sesiones (UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at. 159 (1986). Párr.7). Ver: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Shrc-gencomments.html>

Por otra parte el Relator Especial, Jorge Bustamante, observa con preocupación que países de destino tienen tendencia a la penalización de la migración irregular.³²

e) La situación de la mujer migrante y la violencia contra la mujer migrante.- Por su doble marginación como mujeres y personas que migran, las trabajadoras migratorias pueden encontrarse fácilmente en una situación de vulnerabilidad a la violencia y a los abusos, tanto en el ámbito doméstico como en el laboral. Como señaló la Relatora Especial en su primer informe (E/CN.4/2000/82, párr. 56), esas trabajadoras predominan en el mercado laboral no estructurado y realizan tareas domésticas, industriales o agrícolas o trabajan en el sector de los servicios. La manera en que los roles de género están tradicionalmente establecidos y en donde los hombres no participan de las responsabilidades domésticas y en especial del cuidado diario de los hijos, dificulta aún más su desarrollo personal y profesional.

f) Libertad de circulación.- En su 67º período de sesiones, en 1999, el Comité de Derechos Humanos aprobó el Comentario General N° 27 sobre la libertad de circulación y de escoger residencia. La Relatora Especial comparte con el Comité la opinión de que es importante que los Estados parte indiquen, en este sentido, las circunstancias en que tratan a los extranjeros de manera diferente a sus propios nacionales y cómo justifican la diferencia de trato. Un documento que refuerza dicho mandato, es la resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985, que en sus 10 artículos desarrolla principios básicos para la protección de los derechos humanos de las personas independientemente, entre otros aspectos, de su origen nacional.

El Relator Especial lamenta que los países de acogida resistan a reconocer que existe una demanda endógena de mano de obra de migrantes en situación irregular. Habida cuenta de esa demanda, podrían lograrse avances considerables en la lucha contra la migración irregular si los países de destino publicaran información estadística anual sobre los lectores de sus economías donde existe una demanda *de facto* de migrantes en situación irregular y sobre las características socioeconómicas básicas de su respectivo contingente de migrantes en situación irregular.³³

32 Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, Consejo de Derechos Humanos, cuarto período de sesiones, tema 2 del programa provisional, aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006 (A/HRC/4/24, 14 de febrero de 2007).

33 *Ibíd.*

El principal problema de las relatorías es el alcance que tienen. En el caso de esta relatoría, que está dentro del marco de la Organización de Estados Americanos OEA, tiene varias limitaciones. En primer lugar, la OEA es vista con desconfianza por los países de la Región por el enorme influjo político de los Estados Unidos. En consecuencia, mucha de su actividad se considera intromisiva o, en el mejor de los casos, extemporánea y de carácter meramente diplomática. Sin embargo, el Sistema Interamericano ha ganado mucho espacio y su voz es escuchada cada vez con más fuerza, debido al prestigio de algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la violación de los derechos humanos, especialmente, en Argentina, Chile, Colombia y Centro América, por lo cual algunas de sus resoluciones (competencia consultiva) no jurisdiccionales ganan notoriedad para la fijación de estándares para la defensa de los derechos humanos en la Región y la elaboración de políticas públicas con dicha perspectiva. Empero, estas resoluciones son de aplicación regional lo cual tendría gran relevancia en los flujos migratorios sur-sur, pero no los sur-norte que son aquellos en los cuales se evidencia máyormente violaciones de derechos humanos.

Incluso, no se debe olvidar que los Estados Unidos, uno de los países de destino migratorio por excelencia, no ha aceptado la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bajo el pretexto de la soberanía judicial y la dificultad de aprobación constitucional en su estructura política federal.³⁴

1.2.3 Otros instrumentos internacionales u órganos de protección.— A más de los instrumentos e instituciones citadas en los párrafos anteriores, queremos destacar la Opinión Consultiva 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre “Condición Jurídica de los Migrantes Indocumentados”, la cual da un lugar central a la protección consular, ya establecida en la *Opinión Consultiva OC-16/99*, como uno de los mecanismos adecuados para proteger a las personas migrantes respecto de las diversas situaciones que pudieran violentar sus derechos, entre ellas, lo relacionado al tráfico de personas.

De esta manera, fueron los Estados Unidos Mexicanos (México) quienes solicitaron una opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debido a la percepción de dificultades en la interpretación, práctica y aplicación normativa por parte de los Estados que participan de la jurisdicción especial dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que forma parte del Sistema de Derechos de la Organización de Estados Americanos (OEA), respecto del tratamiento de los trabajadores migratorios indocumentados, lo cual expondría a miles de seres humanos a la violación de sus derechos y garantías establecidos en los instrumentos internacionales universales y regionales³⁵.

34 Estados Unidos de América, Acta de Firma, 1-jun-1977. Los Estados Unidos de América sólo firmó la Convención Americana, pero no la ha ratificado, por lo cual las relatorías no tienen ni siquiera valor consultivo.

35 Opinión Consultiva C018/03: 17-sep-2003, Corte Interamericana de Derechos Humanos: “[...] privación

Las normas que se pidió se interpretaran fueron las referentes a la igualdad jurídica y la obligación de adecuar el Derecho Interno, contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos; y, la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA)³⁶.

En el procedimiento de consulta intervinieron los representantes de varios Estados, funcionarios de la OEA (principalmente la Relatora de Derechos de los Migrantes, quien compareció como observadora³⁷), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, varias organizaciones no gubernamentales de Derechos Humanos, y organizaciones intergubernamentales, especialmente, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR³⁸). El Ecuador no participó oficialmente, pero sí lo hicieron las Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito³⁹. El aporte de las Clínicas fue la mención de la normativa de la Organización Internacional del Trabajo⁴⁰ que fortalece la aplicación *erga omnes* de la normativa internacional sin discriminación, en el caso respectivo, a favor de los migrantes y sus familias.

La Corte, de acuerdo a estos antecedentes, opinó:

del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migrantes,] y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano". Además, la consulta trata sobre "el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación".

36 Jorge Sosa, *Estudios de Derechos Humanos Fundamentales*, Editorial Jurídica Míguez Mosquera, Guayaquil, 2002, 187-203.

37 *Ibíd.*: "El 29 de enero de 2003 la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente y mediante la comunicación CDH-S/067, invitó a la señora Gabriela Rodríguez, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, para que asistiera como Observadora a la audiencia pública convocada para el 24 de febrero de 2003..."

38 *Ibíd.* El ACNUR estimó que no existe aún mecanismos concretos de protección para los migrantes y sus familias: "...A partir de la década de 1990 el ACNUR ha estudiado el nexo existente entre asilo y migración y particularmente la necesidad de proteger a los refugiados dentro de las corrientes migratorias. Sin embargo, todavía no existe un mecanismo internacional que se ocupe estrictamente de la migración..."

39 *Ibíd.*, Escrito del 27 de noviembre de 2002.

40 *Ibíd.*: "La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha emitido dos recomendaciones relevantes. Sin embargo, la Recomendación No. 86 sobre los Trabajadores Migrantes (revisada en 1949) "es en sí discriminatoria, en tanto sólo se aplica para los trabajadores que sean admitidos como trabajador migrante. Al parecer no se aplicaría a los indocumentados". En 1975 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) emitió la Recomendación No. 151 sobre los Trabajadores Migrantes, la cual también rige solamente para los migrantes documentados. "Es decir, aunque se manifiesta una preocupación por los trabajadores migrantes, se les reconoce derechos únicamente por su status legal, mas no por su condición de ser humano".

- Que los Estados dentro del Sistema Interamericana y el Sistema de Derechos Humanos de la OEA, están comprometidos al cumplimiento de los Derechos Humanos y a introducir los cambios en su legislación que permita su aplicación efectiva;
- Que la igualdad ante la ley y no discriminación es un principio internacional de aplicación obligatoria, y que el trato diferenciado en la actividad estatal puede ser lesiva de los Derechos Humanos si carece de justificación justa y razonable⁴¹. Su irrespeto provoca responsabilidad internacional de los Estados;
- Que el principio de igualdad y no discriminación es de ius cogens, es decir, es parte de una normativa superior que nulifica toda norma (escrita o no) o práctica contraria a ésta, y alcanza a todos los Estados del Mundo;
- Que es obligación de los Estados garantizar el debido proceso a los migrantes sin importar su condición migratoria⁴², de manera particular, a los derechos y beneficios laborales⁴³; y,
- Que las políticas públicas deben ser compatibles con el principio de igualdad y no discriminación y la condición de vulnerabilidad de los migrantes y sus familias⁴⁴.

41 Ibid.: "...89. Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por este Tribunal en el sentido de que "no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana". En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en "los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos", advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable". Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran. Por ejemplo, una desigualdad sancionada por la ley se refleja en el hecho de que los menores de edad que se encuentran detenidos en un centro carcelario no pueden ser recluidos conjuntamente con las personas mayores de edad que se encuentran también detenidas. Otro ejemplo de estas desigualdades es la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía..."

42 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99 sobre El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ob.cit.: "...160. La Corte considera que los trabajadores migrantes indocumentados, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos..."

44 Ibid.: "...172. La Corte considera 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. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos..."

Si bien es cierto, la situación central no fue el tráfico de personas, de acuerdo al nexo inescindible que hemos evidenciado entre la migración y el tráfico de personas; este instrumento internacional tiene que ver con el delito de tráfico de personas a partir del debido proceso y la protección consular, los cuales pueden ser mecanismos indispensables para la protección de las personas en situación de tráfico. Este instrumento ha tenido una acogida positiva, a pesar de las limitaciones ya aludidas, en la determinación de manuales de protección de migrantes para los consulados, donde surgen algunas tentativas novedosas, tales como los consulados itinerantes que se están intentando en Colombia, Perú y Argentina.⁴⁵ Para el caso ecuatoriano, se ha incluido en el “Anteproyecto de la Ley Especial para la Protección, Promoción y el Ejercicio de los Derechos de las Personas Migrantes Ecuatorianas y sus Familias”, coordinado por el Plan Migración, Comunicación y Desarrollo (PMCD) y varias organizaciones, en donde se encuentra un capítulo sobre la trata y el tráfico de personas.⁴⁶

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha decidido sobre un caso específico sobre migración, mucho menos sobre uno vinculado con el tráfico de personas; no obstante, es posible encontrar algunos casos en los cuales se le ha dado un tratamiento indirecto y se han propuesto varias soluciones que pudieran ser tomadas en cuenta respecto del delito de tráfico.⁴⁷ Vamos a resumir algunos de estos casos y establecer en qué pudiera influir sobre las personas en situación de tráfico:

- **Caso 6: Fairen Garbi y solis corrales, sentencia: 15-mar-1989: protección consular.-** Este es un caso en el cual se denuncia la desaparición de Francisco Fairén Garbi, estudiante y empleado público, y Yolanda Solís Corrales, educadora en Honduras cuando estaba de tránsito hacia México. Este caso guarda relación con el tráfico de personas, respecto de la obligación de protección consular de los Estados. No obstante, la CIDH resolvió que no se ha comprobado que la desaparición de los implicados haya sido responsabilidad del Estado hondureño;
- **Caso 16: Gangaram Panday, sentencia: 21-ene-1994: deportación de extranjeros.-** El implicado fue detenido en el aeropuerto de Surinam bajo el supuesto de haber sido deportado de Holanda. Este caso guarda relación con el tráfico de personas en la respon-

⁴⁵ http://www.hispanoargentinos.com/noticias/2005/hispanoargentinos/150205_hispanoargentinos_com_consulado_itinerante.htm; y, <http://conperchicago.googlepages.com/consuladomitinerante>.

⁴⁶ Plan Migración, Comunicación y Desarrollo (PMCD), “Anteproyecto de la Ley Especial para la Protección, Promoción y el Ejercicio de los Derechos de las Personas Migrantes Ecuatorianas y sus Familias”, 22-nov-2007.

⁴⁷ www.cidh.org.com.

sabilidad de las autoridades de control migratorio en el proceso de deportación, el cual se debe respetar el debido proceso. Luego, apareció el cuerpo de la víctima con muestras de haber sido sometido a torturas. La Corte IDH encontró responsabilidad internacional en Surinam.

Estas sentencias de la Corte IDH son importantes, pues han permitido en otros casos avivar el debate público e importantes reformas a partir de casos paradigmáticos o emblemáticos. Es necesario que las organizaciones no gubernamentales emprendan en la justicialidad de casos emblemáticos que puedan impulsar a los Estados a la elaboración de Política Pública en beneficio de las personas en situación de tráfico en los países de origen, tránsito y destino, sobre la plataforma de la responsabilidad internacional de los Estados.

Por otro lado, es necesario recordar que este sistema jurisdiccional es limitado a los países de la región, y de aquellos, únicamente a quienes forman parte de la OEA (Cuba no está, por ejemplo), no han denunciado la Convención y han aceptado expresamente la competencia contenciosa ante la CIDH.

De todas formas, las sentencias internacionales van adquiriendo importancia, aun cuando no existen todavía mecanismos para garantizar su cumplimiento a más de la presión política de la Comunidad Internacional. Una ventaja de este mecanismo de protección internacional es que permite una relación entre Estado y personas o colectividades convirtiéndolos en sujetos de derecho internacional (no sólo los Estados, según la teoría tradicional) a través de la exigibilidad de los derechos; pero una desventaja es que depende de la voluntad concreta de las personas, por lo cual escapa al interés de la comunidad y del Estado, amén de las limitaciones económicas (la Corte sesiona en San José de Costa Rica), de tiempo (un juicio puede durar de 5 a 10 años), y de experticia profesional que se necesita para el litigio internacional.

IV. Conclusiones

Tal como se ha podido observar, si bien es cierto la normativa internacional es enorme y, en ocasiones, bastante compleja, he tratado de identificar algunas líneas maestras y estructurales que, a mi criterio, constituyen un estatuto marco para regular la problemática del tráfico de personas, que tal como ya lo expresé constituye una de las afrentas más ignominiosas de la humanidad del siglo XXI. Al mismo tiempo intenté evaluar algunas limitaciones de este estatuto y sus posibilidades frente a las zonas grises que se presentan en la realidad cotidiana. Mi objetivo confeso en este esfuerzo es tener un mapa normativa que pueda servir de punto de partida para que desde el espacio político emergente de MERCOSUR pueda aportarse con normativa específica con el fin de fortalecer los mecanismos de defensa de los derechos de las personas en situación de tráfico. Esta

estrategia puede evitar decisiones retóricas de los Estados integrantes de este importante esfuerzo de integración o que se repitan las consideradas en el estatuto evidenciado.

Las zonas grises de la normativa, sin embargo, son apenas algunas de las que operan en la realidad de nuestra Región. Por tanto, el estatuto normativo no excluye la adopción de políticas regionales creativas y de amplio espectro de derechos, que eviten las respuestas únicamente penales y criminalizadoras. El compromiso, al mismo tiempo, de los organismos de defensa jurídica de la región (Defensorías Públicas o similares) es elaborar estrategias y políticas de acceso a la justicia mediante el patrocinio y asesoría de las causas que afectan a las personas en situación de tráfico en nuestros países, que guarden coherencia con el estatuto normativo referido y las políticas regionales que se elaboren en consecuencia. Es claro que un problema transnacional como lo es el del tráfico de personas, sólo puede ser afrontado por políticas igualmente más allá de las fronteras de los Estados.

Un nivel transnacional muy importante es precisamente MERCOSUR, que se presenta como el escenario propicio para el surgimiento de políticas pensadas desde nuestras realidades regionales, ante el debilitamiento paulatino que afecta a otros procesos políticos de integración en la Región, y ante la incidencia política global que es posible por el uniforme auge económico de la región, especialmente de Brasil.

Los organismos de defensa jurídica regionales son una de las políticas centrales en la realización de un orden alternativo a la hegemonía mercantil del mundo, y en el establecimiento de un mundo más justo y solidario, sustancialmente democrático y con gente comprometida con la transformación social.

Bibliografía

Libros y revistas

Ávila, Luis, “Marco Jurídico Internacional y de Ecuador en Migración y Refugio”, en Richard Salazar, coord., *Migración. Mitos, Propuestas y Desafíos*, Organización Mundial de las Migraciones y Fundación Esquel, Quito, 2007.

Cardozo, Fernando y Faletto, Enzo, “Dependencia y Desarrollo en América Latina”, en CEPAL, *Cincuenta Años de Pensamiento de la CEPAL, Textos seleccionados*, V.II, Siglo Veintiuno Editores, México, 1969.

Chomsky, Noam, *Estados Fallidos. El abuso del poder y el ataque a la democracia*, Ediciones B Grupo Z, Barcelona, 2007.

Corporación de Estudio y Publicaciones, *Codificación del Código de Trabajo, Serie Profesional*,

Documento 34, Nómina de Instrumentos Internacionales, Quito, marzo-2005.

Fernández, Alberto, Función Creadora del Juez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Ferrajoli, Lugi, “Más Allá de la Soberanía y Ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Miguel Carbonel y Vásquez, Rodolfo, (coord.), Estado Constitucional y Globalización, Porrúa UNAM, México, 2001.

Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA), Manual Básico para la Incidencia Política, Programa Centroamericano de Capacitación en Incidencia, Catholic Relief Service de El Salvador, 2006.

Perrochoud, Richard, Normas Legales para la Protección de los Trabajadores Migrantes, en La Migración Internacional y el Desarrollo en las Américas, Simposio sobre Migración Internacional en la Américas, San José de Costa Rica, septiembre de 2000.

Rojas, Jorge, “Seguridad, Globalización y Migraciones”, en Centro de Documentación en Derechos Humanos “Segundo Montes Mozo s.j.” (CSMM), coord., Migraciones: reflexiones y propuestas de la sociedad civil, Memorias de las Jornadas Hemisféricas sobre Políticas Migratorias, Foro Social I, Quito, julio 2004.

Sonntag, Heinz, “Estructuras y otras Estructuras: el desarrollo como progreso y otros actores sociales”, en Duda, Certeza y Crisis, Editorial Nueva Sociedad-UNESCO, Caracas, 1988.

Sosa, Jorge, Estudios de Derechos Humanos Fundamentales, Editorial Jurídica Míguez Mosquera, Guayaquil, 2002.

Instrumentos internacionales

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada en Filadelfia, el 10 de mayo de 1944.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que en el Protocolo relativo al tráfico ilícito de migrantes por tierra mar y aire.

Convenio 143 sobre los trabajadores migrantes (Disposiciones Complementarias 1975), sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de igualdad de oportunidades y trato de los trabajadores migrantes.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99 sobre El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido

Proceso Legal.

Diálogo de alto nivel sobre la migración internacional y el desarrollo, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, 14 y 15 de septiembre de 2006, sexagésimo período de sesiones, tema 54 c) del programa globalización e interdependencia: migración internacional y desarrollo.

Estados Unidos de América, Acta de Firma, 1-jun-1977.

Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, Consejo de Derechos Humanos, cuarto período de sesiones, tema 2 del programa provisional, aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006 (A/HRC/4/24, 14 de febrero de 2007).

Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, Grupos e individuos específicos, Trabajadores migrantes (E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002).

Observación General N° 15, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 27° período de sesiones (UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at. 159 (1986). Párr.7).

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Derechos humanos de los migrantes, numeral 3 de la resolución 1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos.

Opinión Consultiva C018/03: 17-sep-2003, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Plan Migración, Comunicación y Desarrollo (PMCD), “Anteproyecto de la Ley Especial para la Protección, Promoción y el Ejercicio de los Derechos de las Personas Migrantes Ecuatorianas y sus Familias”, 22-nov-2007.

Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisada en 1949), Ginebra, sesión de la Conferencia 32, adopción 1 de julio de 1949.

Reglamento Provisional del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores Migratorios y de sus familiares. Compilación de los Reglamentos adoptados por los Órganos de Supervisión de los Tratados en Derechos Humanos. Naciones Unidas, HRI/GEN/3/REV1/ADD, 17 de mayo de 2004.

Infografía

www.ilo.org

www.december18.com.

www.acnur.org

www1.umn.edu

www.hispanoargentinos.com

www.cidh.org.com

MIGRACIONES, ASPECTOS LEGALES DEL TRABAJO MIGRANTE Y LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESPACIO LABORAL INTEGRADO EN EL MERCOSUR

Yolanda Analía Yinde Kloss¹

Los países del Cono Sur de Sudamérica históricamente han sido un espacio de intensos movimientos migratorios, principalmente entre los países hispanohablantes. Nuestros pueblos han circulado a través de nuestras fronteras de forma constante desde el nacimiento mismo de nuestras naciones. Las continuas y fluidas migraciones han sido un elemento constitutivo de nuestras identidades. Con la formación del MERCOSUR, ese proceso se ha ido intensificado con la participación expresiva del trabajador migrante.

La libre circulación de trabajadores debe ser un elemento fundamental en la integración regional que estamos construyendo, no solo por ser el trabajo uno de los factores productivos más importantes en cada economía, sino porque la migración en búsqueda de mejores oportunidades de vida es un derecho humano esencial en la construcción de un espacio ampliado compartido, cómo es el MERCOSUR. No se puede por ende hablar de construcción de un mercado común sin concretar la libre movilidad de trabajadores.

El MERCOSUR se planteó ante sus objetivos fundamentales la libre circulación de factores productivos, aún que diez años después de su creación, el MERCOSUR alcanza de forma casi simultánea el acuerdo de regularización migratorio interna del MERCOSUR y el acuerdo de residencia para los nacionales de estados partes del MERCOSUR, instrumentos que significarán un cambio fundamental y que han puesto la región en la vanguardia de una visión progresista de las migraciones laborales y la garantía de los derechos humanos de los migrantes.

MIGRACION INTERNACIONAL EN EL PARAGUAY

Paraguay no ha sido un muy atractivo para la migración internacional al menos para grupos provenientes de países lejanos. Sin embargo, en los últimos cincuenta años surgió un dinamismo migratorio de personas de países vecinos, principalmente el Brasil y la Argentina.

¹ Abogada Defensora Pública Penal del Ministerio de la Defensa Pública del Paraguay y Presidenta de la Asociación de Defensores y Defensoras Públicas del Paraguay (ADEPPY).

La migración brasileña se ha concentrado históricamente en la porción este de la región oriental, principalmente en los departamentos de Alto Paraná y Canindeyú. Por su parte, los argentinos se concentran principalmente en la capital, Asunción, su área metropolitana y como segundo foco, la zona fronteriza de Itapúa.

Resulta prácticamente imposible estimar la cantidad de inmigrantes en situación irregular en el país, un tema que se ha asociado particularmente con la inmigración brasileira por ser la más reciente y más numerosa. Sobre el real volumen de esta inmigración se han manejado cifras sumamente dispares, de diversas fuentes y escaso rigor estadístico (en el orden de 300.000 personas) de manera tal que la única fuente confiable resulta la de los censos nacionales de población, aun con los sub registros en el que los mismos podrían incurrir.

Por su parte, hasta mediados del 2009, la Dirección General de Migraciones no había emprendido un programa explícito, continuado y sistemático, de regularización migratoria. Sus registros de inmigrantes han sido llevados de manera manual hasta el 2003 cuando se inicia el proceso de informatización de los datos. Las estadísticas más recientes sobre regularización de inmigrantes son las que se originan en la DGM y son publicadas por los anuarios de la DGEEC.

A partir de la ratificación por el Gobierno del Paraguay en julio del 2009, del acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados partes del MERCOSUR y del Acuerdo sobre Regularización Migratoria Interna de Ciudadanos del MERCOSUR, la DGM con el apoyo de la OIM y del Gobierno Brasileiro inició un Proyecto Piloto de regularización Residencial de Emigrantes del vecino país, para lo cual un equipo móvil se instaló por cinco días en la ciudad de Santa Rita (Departamento de Alto Paraná) fronteriza con el Brasil, logrando expedir en ese breve lapso, más de 1.100 carnets de residencia temporario a nuevos y antiguos residentes (más de 68% de los mismos superaban 10 años de vida en el país) Los carnets temporarios serán canjeados por los de residencia permanente luego de transcurridos sus dos años de validez (DGM, 2009). A fines de 2009 el proyecto piloto se ha convertido en programa de regularización Migratoria e Implementación del Acuerdo MERCOSUR, que se extendió por el año 2010 y 2011.

El trabajo de perfeccionamiento de la aplicación de las leyes migratorias en Paraguay se ha intensificado actualmente -Octubre 2014- en el marco del proyecto de "Fortalecimiento del Sistema de Administración Migratoria de Paraguay" impulsado por la Dirección General de Migraciones, con el apoyo de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Este trabajo consiste en que los principales puntos de entrada al país en frontera y aeropuertos están siendo evaluados por técnicos extranjeros de la OIM. Los mismos fueron convocados para ejecutar el relevamiento técnico en materia administrativa y tecnológica, en el marco del proyecto de "Fortalecimiento de la Gestión Migratoria en el Paraguay" iniciado por la Dirección General de Migraciones (DGM), con la cooperación de la OIM.

De igual manera, en julio de 2009 fueron firmadas entre los presidentes de Paraguay y del Brasil

las notas revérseles que comprometen de ambos gobiernos a implementar las medidas concernientes a la regularización migratoria entre ambos países, en el marco el Acuerdo de Regularización del MERCOSUR.

En ese contexto el Brasil promulgó en julio de 2009, la Ley de Regularización de Extranjero en Situación Irregular para personas que ingresaron a territorio brasileiro hasta el 1 de febrero de ese año, quienes podrían solicitar y obtener la residencia provisoria por dos años, contando para ello con un plazo de 180 días desde la publicación de la Ley en el Diario Oficial 90 días antes de vencer la residencia temporal a solicitud de los interesados, se les otorgará la Residencia Permanente. A fines del 2008 fuentes consulares estimaban que, sólo en San Pablo, vivían 40.000 paraguayos de los cuales 35.000 en situación irregular.

La situación de irregularidad migratoria de los paraguayos ha sufrido cambios importantes en los últimos años en la Argentina, gracias a la nueva Ley de Migraciones argentina, la 25.871 de diciembre de 2003, que otorga derechos y garantías a los inmigrantes y al programa “Patria Grande”, que se implementa desde el 2006 y que recibe el Acuerdo de Reciprocidad del Gobierno del Paraguay por Decreto 9.032 de 2007.

Según informe de la Dirección Nacional de Migraciones del Ministerio del Interior de ese país, en el período 2006 al 2008 se habían iniciado 248.144 expedientes de radicación de Migrantes paraguayos, con 76.597 radicaciones temporarias resueltas entre 2007 y 2010 y 47.217 radicaciones permanentes resueltas en igual periodo, equivalente al 50% de los expedientes iniciados hasta agosto del 2010. Esta regularización constituye el primer requisito para circular libremente por el territorio argentino y obtener derecho a un trabajo formal. El número de mujeres y varones beneficiados era prácticamente similar y la edad media de los que se encontraban en proceso de regularizarse era de menos de 30 años.

NORMAS LEGALES QUE PROTEGEN A LOS TRABAJADORES MIGRANTES DE MERCOSUR EN PARAGUAY

La Constitución Nacional de la República del Paraguay (1992) establece los derechos y garantías esenciales de los trabajadores, al disponer que todos los habitantes de la República tienen el derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas. La ley protegerá el trabajo en todas sus formas y los derechos que ella otorgue al trabajador son irrenunciables. (Art. 86). Más adelante la Carta Magna refiere también a las normas internacionales de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificados por el país (Art. 137).

La Ley 978/96 “de Migraciones” regula la migración de extranjeros, así como la migración y

repatriación de nacionales, admitiendo categorías de admisión para “residentes permanentes y temporarios y para “no residentes”, en tanto que para los nacionales de los países del MERCOSUR se reconoce el derecho a solicitar una residencia temporaria mediante la acreditación de su nacionalidad, en virtud de la aplicación del criterio de nacionalidad previsto en el Acuerdo sobre Residencia para los Nacionales de los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR.

A nivel internacional el Paraguay ha adoptado: a) la Declaración Universal de los Derechos Humanos. París, 10 de diciembre de 1948; b) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948); c) la Convención sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); d) el Convenio N° 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, por Ley 1154/1966; e) la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares – ICRMW- por Ley N° 3452/2008.

La Declaración Socio laboral, adoptada por los presidentes de los Estados Parte del MERCOSUR en el 2008 consagra principios y derechos mínimos para la protección del trabajador migrante. El artículo 1° de la mencionada Declaración afirma que: “todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes”. Ello supone, la asunción del compromiso por parte de los Estados de garantizar la vigencia del principio de no discriminación. Asimismo, el artículo 4° “Trabajadores Migrantes y Fronterizos” prescribe: “1.- Todo trabajador migrante, independientemente de su nacionalidad, tiene derecho a ayuda, información, protección e igualdad de derechos y condiciones de trabajo reconocidos a los nacionales del país en el que estuviere ejerciendo sus actividades, de conformidad con las reglamentaciones profesionales de cada país.

Los ciudadanos del MERCOSUR, pueden optar por la residencia temporaria de 2 (años) con mínimos requisitos, se exceptúan especialmente la solvencia y la constancia de ingreso, por medio de la Ley 3.565 “Acuerdo sobre residencia del MERCOSUR” y está vigente en Paraguay desde el 1° de setiembre de 2009.

La construcción de un espacio laboral integrado en el MERCOSUR depende del constante perfeccionamiento de los marcos legales que garanticen la protección de los derechos fundamentales de esos ciudadanos. Paraguay ha contribuido decisivamente en ese esfuerzo por medio de la adopción de la normativa MERCOSUR y de los instrumentos internacionales correspondientes internamente y al demandar de sus socios regionales la aplicación de esas mismas garantías a los trabajadores paraguayos que ejercen sus actividades en los países vecinos.

Fuentes de Información:

Como Trabajar en los Países del MERCOSUR. Guía Dirigida a los Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR. Facilitado por el Ministerio de Justicia y Trabajo del Paraguay.

La OIM y la Asistencia a Migrantes. Revistas informativas de la OIM.

Perfil Migratório De Paraguay 2011. Dinâmica de Migraciones. Facilitado por el Ministerio de Justicia y Trabajo del Paraguay.

Normas legales que protegen a los trabajadores migrantes: La Ley No. 978 de 1996 de Migraciones, Constitución Nacional del Paraguay 1992.

Dirección Nacional de Migraciones del Paraguay. <http://www.migraciones.gov.py>.

LA DEFENSA PÚBLICA VENEZOLANA COMO INSTITUCIÓN GARANTE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA DEFENSA DE LOS INMIGRANTES

Resumen: La migración en cualquiera de sus formas (inmigración-emigración) es parte de un proceso que se manifiesta en todos los países del mundo, donde influye el contexto de cada región y la facilidad de comunicación e interdependencia, existente en diversas culturas y sociedades, conocida como globalización. Por esta razón, la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela da gran importancia a aquellas personas que, por diversas circunstancias, dejaron su país de origen y vieron en esta nación una alternativa para mejorar su condición de vida.

En este caso, serán señalados los esfuerzos realizados desde la institución a fin de garantizar el derecho constitucional a la defensa, específicamente, de los inmigrantes. Esta población es reconocida en el Estado venezolano, dada su importancia en el desarrollo económico y social de la nación, por ello, el interés en garantizar el resguardo de sus derechos más allá de su nacionalidad, apelando al respeto de su condición humana.

Palabras claves: Inmigrantes; inmigración; justicia; defensa; Venezuela.

1-Introducción

La migración, según el diccionario de la Real Academia Española, se entiende como la “Acción y efecto de pasar de un país a otro para establecerse en él” (RAE, 2014), a su vez, este proceso se expresa en dos grandes movimientos: emigración, se refiere a la salida de un lugar a otro diferente; y la inmigración, a un “Movimiento de llegada de un lugar de origen a otro destino diferente, pueden tener un carácter permanente o temporal” (Uña Juárez y Hernández Sánchez, 2004).

En este caso, se presenta el contexto de los inmigrantes en Venezuela. Esta población es considerada de gran importancia; en primer lugar, por su aporte al desarrollo socioeconómico del país y, en segundo, debido al incremento en el número de personas que se desplazan en búsqueda de nuevas oportunidades y alternativas. Este proceso globalizador que desdibuja las fronteras no es ajeno a la realidad venezolana.

En el ámbito nacional, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (CRBV), fuente de la cual derivan todas las leyes del país, establece como principios fundamentales los siguientes:

Artículo 2.

Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político (CRBV, 1999).

Estos derechos son legítimos para los nacionales y población extranjera residente en el país; y su condición se encuentra amparada por los siguientes artículos:

Artículo 19

El Estado garantizará a toda persona conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantías son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los trata-

dos sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

Artículo 20

Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público social.

Artículo 21

Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia

1-No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona (...)

Artículo 40.

Los derechos políticos son privativos de los venezolanos y venezolanas por nacimiento, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución.

Gozan de los mismos derechos de los venezolanos y venezolanas por nacimiento los venezolanos y venezolanas por naturalización que hubieren ingresado al país antes de cumplir los siete años de edad y residido en él permanentemente hasta alcanzar la mayoría (CRBV, 2009)

Asimismo, el Estado venezolano se encarga de garantizar el cumplimiento de lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en lo referente al reconocimiento del individuo sin menoscabo de su condición particular:

Artículo 6:

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica

Artículo 7:

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación

a tal discriminación

Artículo 11:

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Artículo 13:

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Los inmigrantes representan un factor significativo dentro de la estructura nacional de los países suramericanos, tal como se expresa en el *Informe de Políticas Migratorias 2012*: “(...) Fue un cruce de caminos, el de la política, más tradicionalmente concebida, el de las personas migrantes, que se han vuelto imprescindibles actores a considerar en la escena política nacional” (Adrianzen, 2012, p. 5). De esta forma, se evidencia el interés de tomar en cuenta a los inmigrantes como parte del Estado venezolano, al momento de formular políticas públicas que beneficien al Poder Popular.

La Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela se incluye dentro de estas iniciativas, por lo cual, el objetivo principal de este artículo es señalar la actuación y desenvolvimiento de la institución a partir de su experiencia en atención a los inmigrantes; materias de competencia, casos emblemáticos y avances en el reconocimiento de sus garantías como individuos sin importar su procedencia, procurando el legítimo derecho a la defensa y al debido proceso establecidos en la CRBV

Para el logro de este objetivo, se hace referencia a la Defensa Pública como institución del Estado venezolano y a su actuación en pro de los inmigrantes establecidos en Venezuela. Adicionalmente, se presentan los antecedentes del proceso de la inmigración en Venezuela, evidenciando un país atractivo para el inmigrante, en diferentes momentos históricos y condiciones. Para finalizar, se indican otras acciones emprendidas por el Gobierno Nacional en materia de atención a inmigrantes.

2-La Defensa Pública: Antecedentes, institución y principios

La denominación “Defensa Pública” fue establecida en el Código Orgánico Procesal Penal que entró en vigencia el 1° de julio de 1999, cuyos artículos 134 y siguientes regularon la institución defensoril como un derecho del imputado y un deber del Estado de proveer a este último, de un defensor, en caso de que carezca de uno de confianza.

Posteriormente, la CRBV del 30 de diciembre de 1999, en su artículo 253, constitucionalizó la Defensa Pública como órgano integrante del sistema de justicia, con autonomía, organización y funcionamiento propio, otorgados por el artículo 268, estableciendo su creación en su Disposición Transitoria Cuarta, numeral 5, segundo párrafo, mediante una Ley Orgánica de la Defensa Pública:

(...) La legislación referida al Sistema Judicial, a la Administración Pública Nacional, al Poder Ciudadano, al Poder Electoral, y a la legislación tributaria, de Régimen Presupuestario y de Crédito Público. Una ley orgánica sobre la defensa pública. Hasta tanto no se sancione dicha ley, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, estará a cargo del desarrollo y operatividad efectiva del Sistema Autónomo de la Defensa Pública, a los fines de garantizar el derecho a la defensa.

De acuerdo con esta disposición, en la Asamblea Nacional es discutida y, posteriormente, aprobada la Ley Orgánica de la Defensa Pública (2008), vigente en la actual gestión. Esta Ley permite que, desde el año 2010, la institución goce de autonomía administrativa, financiera y funcional, razón por la cual, se designa el Defensor (a) Público General sin ningún tipo de subordinación a otro órgano del Estado, con el sagrado deber de garantizar los derechos a la defensa, debido proceso y acceso a la justicia de las personas que requieran estos servicios.

La Defensa Pública tiene como principal objetivo lo siguiente:

Artículo 2

La Defensa Pública es un órgano del sistema de justicia que tiene como propósito fundamental garantizar la tutela judicial efectiva del derecho constitucional a la defensa en las diversas áreas de su competencia. Asimismo, está

dedicada a prestar a nivel nacional un servicio de defensa pública, en forma gratuita a las personas que lo requieran, sin distinción de clase socioeconómica (Ley Orgánica de la Defensa Pública, 2008 LODP).

Sus materias de competencia se encuentran identificadas de la siguiente manera:

Artículo 36

Se designarán defensores públicos o defensoras públicas con competencias en materia penal, en la jurisdicción Penal Militar, Agraria, Laboral, y de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo; de Protección del Niño, Niña y Adolescente; de Responsabilidad Penal del Adolescente; Indígena; Civil; Mercantil; Transito y Contencioso Administrativa, para actuar ante los órganos y entes nacionales, estatales y municipales; el Tribunal Supremo de Justicia y demás competencias que por necesidad del servicio sean creadas (LODP, 2008).

De acuerdo al Informe de Gestión de la Institución año 2013, denominado “*El Año de la eficiencia*”, han sido atendidas un total de 647.434 personas por 1286 defensores y defensoras en cada una de las materias de competencia, siendo la más solicitada la de penal ordinario, con un 71% de los defendidos (ver Tabla 1 y Gráfico 1 a partir de los datos del *Informe de Gestión Defensa Pública, 2013*)

Tabla 1. Cantidad de Defensores Públicos según área de competencia de la Defensa Pública. Año 2013.

Área de Competencia	Total defensores
Penal Ordinario: Ordinario, indígena, adolescentes, responsabilidad penal indígena, municipal, violencia contra la mujer	642
Protección Niñas, Niños y Adolescentes	155
Protección Indígena	1
Agraria	58
Agraria Indígena	3
Indígena	3
Integral	2
Laboral	2
Civil y Especial Inquilinaria	12
TSJ	4
Defensores auxiliares	
Penal Ordinario	57
Competencia Plena	347
Total Defensores	1286

Fuente: Defensa Pública. Informe de Gestión 2013. Coordinación de RRHH.

Gráfico 1. Total de defendidos y defendidas en la Defensa Pública, por área de competencia. Año 2013.

Fuente: Defensa Pública. Informe de Gestión 2013. Coordinación de RRHH.

Los servicios de asesoría, asistencia y representación legal gratuita se ofrecen de manera integral, ya que no se limitan a un determinado campo de acción. Además, uno de los principios fundamentales de la institución ha sido la no discriminación de personas, independientemente de su condición racial, cultural, étnica, económica, social o física, expuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la institución y ratificado por lo siguiente:

Artículo 5

Las disposiciones de esta Ley son aplicables a las personas, sin más limitaciones que las establecidas en las normas, tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela (LODP, 2008).

3-La Defensa Pública en materia de inmigrantes

La disposición establecida en el artículo 5 de la LODP sustenta la posición de la Defensa Pública ante la figura de los inmigrantes. En la institución no existe una dependencia creada exclusivamente para esta población, ya que, con ello se generaría discriminación, pues cuando las personas acuden a la Defensa Pública se da atención a su solicitud y/o requerimiento, sin que su nacionalidad sea una limitante para la prestación del servicio, en concordancia con los artículos 2 y 40 de la CRBV

En este sentido, la institución es cuidadosa del debido proceso y del acceso a la justicia -como las diferentes leyes del país lo disponen-, sobre todo si se trata de una población vulnerable como los extranjeros, pues esta condición, más allá de su estatus legal, está arraigada en el imaginario del inmigrante, quien se enfrenta a una sociedad distinta y desconocida.

La evidencia de esto no solo está fundamentada en las disposiciones legales establecidas y en los organismos existentes en el país, sino que se convalida en la práctica a través de la experiencia de un grupo de Defensores Públicos, quienes señalan su aprendizaje en la asistencia a inmigrantes en Defensa Pública y ratifican la necesidad de ocuparse de esta población. Asimismo, condicionan la prestación del servicio a los principios de la no discriminación e igualdad ante la Ley, pues su

objeto fundamental es la defensa y su marco de acción está supeditado a las leyes venezolanas.

En el ámbito penal, el imputado extranjero goza de los mismos derechos que los nacionales. El acto de juicio se realiza conforme al lugar donde se haya cometido el presunto delito (Venezuela o país de origen), pues los procedimientos son diferentes según el hecho ocurrido y cambian a partir de los acuerdos y legislación del país de nacimiento y la dimensión del caso.

Artículo 1:

Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado sin dilaciones indebidas, sin formalismos ni reposiciones inútiles, ante un Juez o Jueza, o tribunal imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República (Código Orgánico Procesal Penal, 2012. COPP).

El procedimiento en esta materia –como se establece en la CRBV, artículo 40- no hace diferencias en el proceso entre nacionales y extranjeros, asimismo declara:

Artículo 10

En el proceso penal toda persona debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con protección de los derechos que de ella derivan, y podrá exigir a la autoridad que le requiera su comparecencia el derecho de estar acompañada de un abogado de su confianza.

El abogado requerido, en esta circunstancia, solo podrá intervenir para garantizar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 1 de este Código (COPP, 2012).

El ámbito penal es una materia relevante para la Defensa Pública, en virtud de ser el servicio más solicitado por los inmigrantes y debido a su complejidad, pues las acciones en su ejercicio están relacionadas con penas, sanciones, delitos e infracciones que se condenan o previenen desde el Estado, sumadas a diferencias en el marco legal, existentes entre los distintos países.

Toda la acción judicial hacia los inmigrantes cuenta con una serie de mecanismos que facilitan el

acceso a la justicia, garantizan transparencia en el proceso y la debida asistencia legal, documentados en artículos de la CRBV y del COPP citados a continuación:

Artículo 44.

La libertad personal es inviolable, en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso.

La constitución de caución exigida por la ley para conceder la libertad de la persona detenida no causará impuesto alguno.

2. Toda persona detenida tiene derecho a comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o abogada o persona de su confianza, y éstos o éstas, a su vez, tienen el derecho a ser informados o informadas sobre el lugar donde se encuentra la persona detenida, a ser notificados o notificadas inmediatamente de los motivos de la detención y a que dejen constancia escrita en el expediente sobre el estado físico y psíquico de la persona detenida, ya sea por sí mismos o por sí mismas, o con el auxilio de especialistas. La autoridad competente llevará un registro público de toda detención realizada, que comprenda la identidad de la persona detenida, lugar, hora, condiciones y funcionarios o funcionarias que la practicaron.

Respecto a la detención de extranjeros o extranjeras se observará, además, la notificación consular prevista en los tratados internacionales sobre la materia (...).

Artículo 49.

El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser

notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario (Incluso si es extranjero y ha cometido algún delito en el exterior por el cual es solicitado)

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete (...). (Caso de que existan extranjeros que hablen otros idiomas y por alguna razón estén enfrentando cargos) (CRBV, 1999) (Paréntesis del autor)

Estos artículos constitucionales reflejan las condiciones en las que se desarrollan los procesos legales y/o administrativos de las personas en Venezuela. En el artículo 49, especialmente en los párrafos 1 y 3, se define su aplicabilidad a cualquier persona, incluso a aquellas que presenten problemas de comunicación - por idioma o por impedimento físico- con las autoridades correspondientes.

El COPP detalla las acciones específicas a seguir durante estos procesos, así como, los derechos de los imputados, las alternativas para su comunicación con las autoridades venezolanas, el juicio efectivo y la atención jurídica.

Artículo 127

El imputado o imputada tendrá los siguientes derechos:

1. Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputan.

2. Comunicarse con sus familiares, abogado o abogada de su confianza, para informar sobre su detención.
3. Ser asistido o asistida, desde los actos iniciales de la investigación, por un defensor o defensora que designe el o ella, o sus parientes y, en su defecto, por un Defensor Público o Defensora Pública.
4. Ser asistido o asistida gratuitamente por un traductor o traductora o intérprete si no comprende o no habla el idioma castellano (...).

Artículo 151

El idioma oficial es el castellano. Todos los actos del proceso se efectuarán en este idioma, bajo pena de nulidad.

Los o las que no conozcan el idioma castellano serán asistidos o asistidas por uno o más intérpretes que designará el tribunal.

Todo documento redactado en idioma extranjero, para ser presentado en juicio, deberá ser traducido al idioma castellano por intérprete público.

Artículo 154

Si el examinado o examinada padece de discapacidad auditiva, o no sabe leer o escribir, se nombrarán como intérpretes dos personas, escogidos o escogidas preferentemente entre aquellas habituadas a tratarle, para que por su medio preste la declaración.

Si sabe leer y escribir, su manifestación la hará por escrito para establecer la declaración en el proceso (COPP, 2012).

En el párrafo 3, del artículo 127, del COPP cobra importancia la figura del Defensor o Defensora Pública, pues una de sus funciones es asistir, orientar y representar a la persona imputada y resolver eficazmente los inconvenientes, jurídicos, comunicacionales y logísticos que puedan presentarse, para no interferir con el debido proceso establecido en la ley. Además, el COPP hace mención específica sobre el servicio de la Defensa Pública:

Artículo 515

La Defensa Pública es un órgano del Sistema de Justicia con plena autonomía

funcional, financiera y administrativa, única e indivisible, bajo la dirección y responsabilidad del Defensor Público General o Defensora Pública General.

Este servicio se rige por la Ley Orgánica de la Defensa Pública, la cual tiene por objeto regular su naturaleza y organización, autonomía funcional y administrativa, así como la disciplina e idoneidad de la Defensa Pública, con el fin de asegurar la eficacia del servicio y garantizar los beneficios de la carrera del Defensor Público o Defensora Pública y demás funcionarios y funcionarias que establezca dicha Ley y sus estatutos:

Asimismo, garantizará los principios, normas y procedimientos para el pleno desarrollo del derecho Constitucional de toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses legítimo y garantizar el derecho a la defensa en cualquier proceso judicial.

En la práctica, los Defensores Públicos procuran la asistencia jurídica inmediata a todas las personas; a partir de estas experiencias reflexionan sobre ciertas condiciones que les gustaría fueran evaluadas por otros Estados. Una de ellas es la referente a la atención que debe prestar el Estado de origen a sus nacionales en otros países, a fin de garantizar sus derechos, el cumplimiento del debido proceso y la estabilidad individual, procurando una corresponsabilidad entre los Estados involucrados.

Otra experiencia desarrollada en la Defensa Pública ha sido un caso en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en el cual se está brindando asistencia jurídica gratuita a una ciudadana venezolana y, al mismo tiempo, a una persona proveniente de los Estados Unidos Mexicanos. Este caso es considerado como antecedente para la jurisprudencia nacional en esta materia, pues ambas personas irán a juicio siendo defendidas por Defensores Públicos, quedando en evidencia el principio de atención jurídica incluso sobre el principio de cohesión, establecidos en la institución.

En los últimos dos años (2012-2013), se han atendido unos 24.790 inmigrantes (ver gráfico 2) de los cuales 10.968 son de 2013, en cada una de las áreas de competencia (ver tabla 2): “(...) 81,7% fue asistido en materia Penal Ordinario, el 2,8% en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, 11,8% en Violencia contra la Mujer y el 3,7% en Responsabilidad Penal de Adolescentes, Agraria, Civil y Especial Inquilinaria, Integral y Laboral” (*Informe de Gestión 2013*).

Gráfico 2. Población de inmigrantes atendidos en la Defensa Pública venezolana. 2012-2013.

Fuente: Defensa Pública. Coordinación de Actuación Procesal. Cifras provisionales.

Tabla 2. Total de extranjeros asistidos por la Defensa Pública, distribuidos por materia. Al 31 de diciembre de 2013

Materias	Total atendidos
Penal Ordinario	8.961
Responsabilidad Penal de Adolescentes	310
Violencia de género	1.298
Protección de Niños, Niñas y Adolescentes	314
Agraria	16
Civil y Especial Inquilinaria	17
Integral	25
Laboral	27
Total	10.968

Fuente: Defensa Pública. Coordinación de Actuación Procesal. Cifras provisionales.

En el *Informe de Gestión 2013* se demuestra que la mayoría de los atendidos provienen del continente suramericano, en especial de la República de Colombia, ratificando las tendencias inmigratorias de Venezuela en la actualidad (ver Tabla 3 y Gráfico 3). En los últimos años, se evidencia una tendencia predominante de extranjeros latinoamericanos. A partir del *Censo de Población y Vivienda*, realizado en el año 2001, el cuadro de inmigrantes residenciados en Venezuela según su país de origen se expresa de la siguiente manera: Colombia, España, Portugal, Italia, Ecuador y Perú.

Tabla 3. Porcentaje de inmigrantes atendidos en la Defensa Pública de Venezuela, según continente de origen. Año 2013.

Continente de origen	Total atendidos (%)
África	0,6%
América	96%
Asia	0,8%
Europa	2,3%
Total	100%

Fuente Defensa Pública. Coordinación de Actuación Procesal. Cifras provisionales.

Gráfico 3. Cantidad de inmigrantes latinoamericanos atendidos por la Defensa Pública de Venezuela, según país de origen. Año 2013.

Fuente: Defensa Pública. Coordinación de Actuación Procesal. Cifras provisionales

Venezuela es un país que, más allá de las dificultades sociales, políticas y económicas, ha mantenido sus puertas abiertas para recibir a toda la población que desee hacer vida en el territorio nacional, consciente de la importancia en el desarrollo económico y social que esto conlleva: “(...) En términos generales, Venezuela ofrece al inmigrante una situación que, en sus características predominantes, podemos calificar de favorable” (Hernández, S/F: 15).

Los extranjeros han encontrado en Venezuela una alternativa como destino, ubicándose entre los tres primeros países de la región con mayor recepción de inmigrantes según el Banco Mundial (2011). La diferencia en la actualidad son las características de esta población y su procedencia, pues, la mayor parte de este sector no proviene de Europa¹, la tendencia es la recepción de inmigrantes provenientes del continente asiático y suramericanos (haitianos, peruanos, ecuatorianos y colombianos). Este grupo presenta un perfil más cercano a la clase obrera trabajadora es decir, no son necesariamente profesionales, se dedican al área comercial, de oficios y prestación de servicios, principalmente.

En el país se garantizan los derechos de los inmigrantes siempre y cuando sus condiciones legales lo permitan. En términos de adaptación, la propia idiosincrasia nacional ha brindado hospitalidad y cercanía a niveles generales, pues no existen en la sociedad venezolana rasgos evidentes de xenofobia, ya que, históricamente, Venezuela se ha caracterizado por promover una política de “puertas abiertas” para todos.

El propio espíritu de las leyes en Venezuela impide la discriminación por condición étnica, cultural o racial hacia una persona, haciendo posible el libre tránsito de inmigrantes sin el riesgo de ser excluidos. Desde la CRBV hasta los diversos códigos inherentes al trato de personas, derechos humanos y apego a tratados internacionales, se evidencia el respeto hacia este sector de la población, solo con las limitaciones expuestas en la ley que, en ningún caso, van en contra de su integridad física y/o moral.

El origen del respeto a la diversidad en el país tiene sus antecedentes en la historia nacional, y son presentados a continuación en el contexto migratorio venezolano del siglo XX.

¹ Por el contrario muchos se devolvieron a su país de origen cuando la situación logró estabilizarse, luego de la II Guerra Mundial.

4-Antecedentes de la inmigración en Venezuela: Siglo XX

El origen del contexto inmigratorio para el continente americano y Venezuela viene dado de la transculturización heredada de los conquistadores.

En el caso venezolano, es a partir de la posguerra, en el año 1945, que se produce un incremento de la inmigración, por circunstancias adversas en otros países, de los cuales provenían los inmigrantes -caso emblemático el de los europeos- y también por condiciones creadas desde el gobierno, con la finalidad de apoyar algunas iniciativas para el desarrollo. Estas se produjeron especialmente en el sector agrícola, el campo técnico y académico en diversas áreas.

Para ubicar cada uno de los escenarios del país se divide este contexto inmigratorio venezolano en cuatro períodos:

- **Período 1900-1936:** El inicio de este siglo vino dado por un gobierno que se mantuvo en el poder durante 27 años, hasta la muerte del entonces presidente, Juan Vicente Gómez², además, del descubrimiento del petróleo, en lo sucesivo la materia prima de exportación (aunque no la única) en Venezuela, gran atractivo para extranjeros en términos de inversión y posibles fuentes de empleo.

La toma del poder por el Gral. Eleazar López Contreras, en el año 1936, aun cuando no se establece bajo un sistema político democrático³, trae consigo el interés por la modernización del país y el desarrollo económico, cuya población para entonces era fundamentalmente rural y analfabeta.

Por esta razón, surgen iniciativas para traer capital humano capacitado, a los fines de orientar ciertos procesos en el país; producto de ello se crea el Instituto Técnico de Inmigración y Colonización, cuya función era velar por el buen trato a los inmigrantes y su instalación en áreas adecuadas para el trabajo.

- **Período 1936-1948:** En gobiernos sucesivos continuó esta política nacional con diversos estilos, requerimientos más exigentes pero siempre de “puertas abiertas” al capital humano extranjero. En este período correspondiente a la posguerra, hubo gran flujo de inmi-

² Juan Vicente Gómez sustituye en el año 1908 a su antecesor Cipriano Castro, tras su salida del país por temas de salud. Esta presidencia no es el resultado de una elección popular pues todavía en el país no se había establecido un sistema político democrático. Su fuerte trato a la disidencia lo caracterizaron como un gobierno autoritario.

³ No existe sistema de elección popular a través de votos, división de poderes, partidos políticos entre otros

grantes, especialmente desde Europa: españoles, portugueses e italianos y otros contingentes menores provenientes de países suramericanos como el caso de los colombianos.

- **Período 1949-1958:** Fase durante la cual se apostó como política de gobierno la construcción de grandes infraestructuras e instituciones.
- **Período 1958-1999:** El año 1958 fue muy inestable en el aspecto político nacional; sin embargo, la situación de los inmigrantes no variaba de la que vivían los nacionales, pues la mayor parte de los que vinieron luego de 1945 ya habían logrado establecerse. En la tabla 4 se puede observar el incremento de los inmigrantes a Venezuela y crecimiento exponencial entre 1939 y 1969.

Tabla 4. Cantidad de inmigrantes residenciados en Venezuela durante el siglo XX.

Año	Cantidad de inmigrantes
1939	5538
1940-1969	236.034
1970-1979	243.130
1980-1999	304.928

Fuente: Elaboración propia con Información del Instituto Nacional de Estadística (INE) Población nacida en el exterior, según año de llegada a Venezuela. Censo 2001.

Según el Censo de 1950, se pasó de 17.000 inmigrantes en 1945 (traídos de la gestión oficial) a unos 57.542 en tan solo diez años, durante ese primer contingente y por lo menos hasta los años 60, estuvieron compuestos por españoles, portugueses, italianos y colombianos, incrementándose la presencia de estos últimos para los años 70, cuya actividad principal se desarrollaba en el campo, debido a la falta de mano de obra campesina producto del éxodo rural. En general, la tendencia inmigratoria aumenta progresivamente y con ella algunos problemas como el desempleo y los ilegales (Hernández, S/F).

El censo de población y vivienda de 1980, además de la cifra de residentes extranjeros, incluye la procedencia, esto permite afirmar que la inmigración en Venezuela ha sido tradicionalmente suramericana (considerablemente colombiana), dada la proximidad territorial y cultural entre las naciones.

La tendencia inmigratoria mantiene este comportamiento hasta aproximadamente mediados de la década: “A partir de los años 1980 hay una reducción en los saldos migratorios que comienzan a presentar signos negativos” (Hernández, S/F: 6). Este hecho obedece a dos causas principales: La primera, la vulnerabilidad del sistema económico nacional que se tradujo en el “viernes negro” de 1983 y, posteriormente, las crisis experimentadas en Venezuela como la devaluación y el “Caracazo”, en 1989, evidenciando dificultades económicas, pero también políticas y sociales. La segunda causa obedece a los diversos controles aplicados desde principios de la década a los inmigrantes, esto dio lugar a la Matrícula General de Extranjeros la cual legaliza y regula su presencia en el país.

En Venezuela, más allá de las políticas en materia de control de inmigración, también han existido a lo largo de su historia preceptos legales en resguardo a la población extranjera, tales como: Ley de Extranjeros, en 1932; Ley de Inmigración y Colonización, en 1966; la Ley de Naturalización, los acuerdos firmados de libre tránsito con otros países, además de la Constitución Nacional, tanto la de 1961 como la vigente, que amparan a las personas por encima de su lugar de origen.

Desde esta perspectiva se puede decir que la inmigración en Venezuela pasó por tres etapas fundamentales durante el siglo XX:

- Etapa de las “puertas abiertas”
- Etapa de la inmigración selectiva
- Etapa de políticas migratorias

En Venezuela han cambiado las condiciones y, asimismo, las tendencias inmigratorias, con ellas han variado las características de los inmigrantes en lo referente a su formación profesional, así como a los oficios que desarrollan.

5- Otras iniciativas del Estado venezolano en materia de protección y defensa de los inmigrantes

En párrafos precedentes se han mencionado algunos de los instrumentos legales que existieron en el país e impulsaron la construcción por el respeto y garantía de los inmigrantes, aun cuando no todos hayan sido de forma directa -es decir, creados exclusivamente para esta población-. El marco legal de la Venezuela actual ampara su condición, respetando sus derechos, dando acceso

a la justicia y a la defensa. Es así como el Estado venezolano, consciente de esta responsabilidad, promueve iniciativas que coadyuven a mejorar las condiciones de vida del Poder Popular.

Una de estas iniciativas es la creación, en el año 2004, de la Ley de Extranjería y Migración (LEM), que nace como iniciativa del Ejecutivo Nacional, con el fin de regular y proteger los derechos y deberes de inmigrantes en Venezuela.

Este proyecto lo dirigen en forma directa el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Gobierno Central, conjuntamente, sin embargo, contarían con el apoyo de otras instituciones y ministerios según la materia, esto último está establecido en los artículos 28 y 29 de la citada ley, que se expresan así:

Artículo 28. Se crea la Comisión Nacional de Migración, la cual tendrá como objeto asesorar al Ejecutivo Nacional en el cumplimiento de las funciones establecidas en esta Ley

Artículo 29. La Comisión Nacional de Migración estará integrada por el ministro con competencia en materia de extranjería y migración, quien la presidirá, y por un (1) representante de los ministerios con competencia en relaciones exteriores, defensa, educación, pesca, agricultura, ganadería, producción, comercio y trabajo (LEM 37.944, 2004).

En general, el espíritu de esta ley procura establecer cuáles son las facultades y deberes de los inmigrantes y en qué consiste su ámbito de acción dentro de Venezuela, en cada una de las áreas de la vida ciudadana del país.

Aun con la existencia de leyes nacionales y organismos que promueven la defensa de los derechos humanos y garantizan el cumplimiento de las normas, vigilando la igualdad entre quienes se encuentran en Venezuela, este precepto legal ratifica la amplitud de los derechos de los nacionales hacia los extranjeros:

Artículo 13. Los extranjeros y extranjeras que se encuentren en el territorio de la República, tendrán los mismos derechos que los nacionales, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes (LEM, 2004).

Además, dentro de las disposiciones transitorias de esta ley, se establece la creación, durante su primer año en vigencia, de un registro de extranjeros y la automatización permanente del sistema, con el objetivo de identificar esta población, en función de una mejor asistencia y colaboración. Independientemente de su situación.

6-Conclusiones

En Venezuela, la principal norma de la cual derivan todas las demás leyes es la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; su artículo 40 deja en evidencia uno de sus principios básicos: el respeto a las personas más allá de su condición y, en este caso, de su nacionalidad, siendo su única limitación los derechos políticos.

La historia inmigratoria del país da cuenta de la familiaridad de los venezolanos no solo con el tema, sino con el trato cotidiano a los inmigrantes en todo ámbito de acción, incluyendo las instituciones del Estado y el sector jurídico.

Es por esta razón que la CRBV, las leyes nacionales y las instituciones creadas para la defensa de los derechos humanos extienden sus acciones hacia los inmigrantes, quienes por diversos motivos se encuentran en el país esperando mantenerse con algunas garantías y oportunidades para su desarrollo individual.

Desde la Defensa Pública se ha respetado el derecho legítimo a la defensa y se ha promovido el acceso a la justicia, a los fines de que todas las personas que habitan en el país reconozcan sus derechos y puedan acudir a esta institución en caso de necesitar de la asesoría, orientación o representación legal gratuitas, brindadas por la Defensora o Defensor Público sin menoscabo de su nacionalidad, pues esta institución pretende borrar las fronteras imaginarias y promover la integración, respetando los diferentes tratados internacionales, así como su jurisprudencia.

La migración es una circunstancia compleja, pues involucra al individuo y su entorno; tanto del que sale, como del que llega; es por esta razón que los inmigrantes son siempre considerados una población vulnerable, a la cual cada Estado debe ofrecer seguridad, justicia, solidaridad y confianza en el sistema, valores que desde el Estado venezolano se garantizan a través de instituciones públicas como la Defensa Pública, que, en concordancia con la CRBV y con sus fines y objetivos, procura garantizar la defensa de los derechos de estos individuos, además, de promover acciones conjuntas desde los organismos de integración regional para garantizar el acceso a la justicia para todo el Poder Popular suramericano.

BIBLIOGRAFÍA

ADRIAZÉN, Alberto. **Retrato del Sur en movimiento. En Políticas migratorias e integración en América del Sur. Del Informe de Políticas Migratorias 2012.** Centro de Derechos Humanos y Ciudadanía del Inmigrante (CDHIC). Sao Paulo Brasil. 2013 512p.

ARAUJO, Ciro. **Informe de Gestión Defensa Pública 2013.** Caracas-Venezuela. 2014 240 p.

BANCO MUNDIAL. **Informe sobre Migración y Remesas 2011.**

CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL. 2012 263p

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Enmienda, año 2009. Editorial. Panapo 144p.

DEFENSA PÚBLICA. **Institución.** 2014. En <http://www.defensapublica.gob.ve/>

HERNÁNDEZ, Oscar. **Tendencias de la inmigración en Venezuela. La situación del trabajador inmigrante y la participación de su familia en el sistema educativo.** U.C.L.A. Barquisimeto. S/A. 24p.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (INE). **Población nacida en el exterior, según año de llegada a Venezuela. Censo 2001.** Disponible en <http://www.ine.gov.ve> 2014.

LEY ORGÁNICA DE LA DEFENSA PÚBLICA. 2008 94p.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. **Declaración Universal de Derechos Humanos.** En https://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml

UÑA JUÁREZ, O. y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, A. (2004). **Diccionario de Sociología.** ESIC Editorial. Madrid-España. 1657 p.

BOLETÍN DE NORMAS DEL MERCOSUR RELACIONADAS CON LA DEFENSA PÚBLICA Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

Índice

Recomendación CMC 01/12 “Defensa Pública Oficial Autónoma e Independiente como Garantía de Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”	pg 136
Decisión CMC N° 05/92 “Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa”	pg 137
Decisión CMC N° 27/94 “Protocolo de Medidas Cautelares”	pg 146
Decisión CMC N° 2/96 “Protocolo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales”	pg 153
Decisión CMC N° 50/00 “Beneficio de Litigar sin gastos y asistencia jurídica gratuita”	pg 166
Decisión CMC N° 17/05 “Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos del MERCOSUR”	pg 172



DEFENSA PÚBLICA OFICIAL AUTÓNOMA E INDEPENDIENTE COMO GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD

VISTO: El Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, las Decisiones N° 19/02, 06/05 y 12/11 del Consejo del Mercado Común y la Resolución N° 12/04 del Grupo del Mercado Común.

CONSIDERANDO:

Que los Estados Partes del MERCOSUR entienden prioritario avanzar hacia la plena independencia y autonomía de los sistemas de Defensa Pública Oficial, con el propósito de garantizar el efectivo acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

EL CONSEJO DEL MERCADO COMÚN RECOMIENDA:

Art. 1 - Promover y profundizar, de conformidad a los ordenamientos jurídicos internos, el modelo de Defensa Pública Oficial gratuita e integral en los Estados Partes, en el ámbito nacional, provincial, estadual y/o departamental, según corresponda; con órganos independientes, con autonomía funcional y autarquía financiera, a los fines de fortalecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Art. 2 - Fomentar la cooperación entre las Defensorías Públicas Oficiales a fin de promover la adopción de medidas de protección de las personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad para ejercer con plenitud los derechos reconocidos por los ordenamientos jurídicos.

Art. 3 - Profundizar el intercambio de buenas prácticas entre los Estados Partes relativas a promover y fortalecer el desarrollo institucional de la Defensa Pública Oficial gratuita e integral con independencia, autonomía funcional y autarquía financiera.

Art. 4 - Promover la capacitación sobre el derecho internacional de los derechos humanos, destinada a sensibilizar a los operadores judiciales en la efectiva protección de los derechos fundamentales de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

XLIII CMC - Mendoza, 29/VI/12

PROTOCOLO DE COOPERACION Y ASISTENCIA JURISDICCIONAL EN MATERIA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y ADMINISTRATIVA

Vigente para: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay

MERCOSUR/CMC/DEC N° 05/92

VISTO:

El Tratado de Asunción suscrito el 26 de marzo de 1991 y el “Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa”, refrendado por los Ministros de Justicia de los Estados Partes y

CONSIDERANDO:

Que es necesario establecer un marco jurídico que permita a los ciudadanos y residentes permanentes acceder a la Justicia de los Estados Partes en igualdad de condiciones;

Que resulta necesario simplificar y allanar las tramitaciones jurisdiccionales, en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los Estados Partes;

EL CONSEJO DEL MERCADO COMUN

DECIDE:

ARTICULO 1ro. Aprobar el “Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa”, anexo a la presente.

ARTICULO 2do. Elevar el Protocolo a sus respectivos Gobiernos para que inicien los trámites internos pertinentes para su ratificación, a fin de su pronta entrada en vigencia.

PROTOCOLO DE COOPERACION Y ASISTENCIA JURISDICCIONAL EN MATERIA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y ADMINISTRATIVA

Los Gobiernos de la REPUBLICA ARGENTINA, de la REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, de la REPUBLICA DEL PARAGUAY y de la REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY,

CONSIDERANDO que el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) previsto en el Tratado de Asunción implica el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración;

DESEOSOS de promover e intensificar la cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, a fin de contribuir de este modo al desarrollo de sus relaciones de integración en base a los principios de respeto a la soberanía nacional y a la igualdad de derechos e intereses recíprocos;

CONVENCIDOS de que este Protocolo coadyuvará al trato equitativo de los ciudadanos y residentes permanentes de los Estados Partes del Tratado de Asunción y les facilitará el libre acceso a la jurisdicción en dichos Estados para la defensa de sus derechos e intereses;

CONSCIENTES de la importancia que reviste para el proceso de integración de los Estados Partes la adopción de instrumentos comunes que consoliden la seguridad jurídica y tengan como finalidad alcanzar los objetivos del Tratado de Asunción, suscrito el 26 de marzo de 1991.

ACUERDAN

CAPITULO I

COOPERACION Y ASISTENCIA JURISDICCIONAL

ARTÍCULO 1.- Los Estados Partes se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. La asistencia jurisdiccional se extenderá a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los tribunales.

CAPITULO II

AUTORIDADES CENTRALES

ARTÍCULO 2.- A los efectos del presente Protocolo cada Estado Parte designará una Autoridad Central encargada de recibir y tramitar los pedidos de asistencia jurisdiccional en materia civil,

comercial, laboral y administrativa. A tal fin, dichas Autoridades Centrales se comunicarán directamente entre ellas, dando intervención a las respectivas autoridades competentes, cuando sea necesario.

Los Estados Partes, al depositar el instrumento de ratificación al presente Protocolo, comunicarán dicha designación al Gobierno depositario, el cual lo pondrá en conocimiento de los demás Estados Partes.

La Autoridad Central podrá ser cambiada en cualquier momento, debiendo el Estado Parte comunicarlo en el menor tiempo posible al Gobierno depositario del presente Protocolo, a fin de que ponga en conocimiento de los demás Estados Partes el cambio efectuado.

CAPITULO III

IGUALDAD DE TRATO PROCESAL

ARTICULO 3.- Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses.

El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes.

ARTICULO 4.- Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte.

El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes.

CAPITULO IV

COOPERACION EN ACTIVIDADES DE MERO TRÁMITE Y PROBATORIAS

ARTÍCULO 5.- Cada Estado Parte deberá enviar a las autoridades jurisdiccionales del otro Estado, según la vía prevista en el artículo 2, los exhortos en materia civil, comercial, laboral o administrativa, cuando tengan por objeto:

a) diligencias de mero trámite, tales como citaciones, intimaciones, emplazamientos, notificacio-

nes u otras semejantes;

b) recepción u obtención de pruebas.

ARTÍCULO 6.- Los exhortos deberán contener:

- a) denominación y domicilio del órgano jurisdiccional requirente;
- b) individualización del expediente con especificación del objeto y naturaleza del juicio y del nombre y domicilio de las partes;
- c) copia de la demanda y transcripción de la resolución que ordena la expedición del exhorto;
- d) nombre y domicilio del apoderado de la parte solicitante en el Estado requerido, si lo hubiere;
- e) indicación del objeto del exhorto, precisando el nombre y domicilio del destinatario de la medida;
- f) información del plazo de que dispone la persona afectada por la medida para cumplirla;
- g) descripción de las formas o procedimientos especiales con que ha de cumplirse la cooperación solicitada;
- h) cualquier otra información que facilite el cumplimiento del exhorto.

ARTÍCULO 7.- Si se solicitare la recepción de pruebas, el exhorto deberá además contener:

- a) una descripción del asunto que facilite la diligencia probatoria;
- b) nombre y domicilio de testigos u otras personas o instituciones que deban intervenir;
- c) texto de los interrogatorios y documentos necesarios.

ARTÍCULO 8.- La ejecución de los exhortos deberá ser diligenciada de oficio por la autoridad jurisdiccional competente del Estado requerido y sólo podrá denegarse cuando la medida solicitada, por su naturaleza, atente contra los principios de orden público del Estado requerido.

Dicha ejecución no implicará un reconocimiento de la jurisdicción internacional del juez del cual emana.

ARTÍCULO 9.- La autoridad jurisdiccional requerida tendrá competencia para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo del cumplimiento de la diligencia solicitada.

Si la autoridad jurisdiccional requerida se declarare incompetente para proceder a la tramitación del exhorto, remitirá de oficio los documentos y antecedentes del caso a la autoridad jurisdiccional

competente de su Estado.

ARTICULO 10.- Los exhortos y los documentos que los acompañen deberán redactarse en el idioma de la autoridad requirente y ser acompañados de una traducción al idioma de la autoridad requerida.

ARTICULO 11.- La autoridad requirente podrá solicitar de la autoridad requerida se le informe el lugar y la fecha en que la medida solicitada se hará efectiva, a fin de permitir que la autoridad requirente, las partes interesadas o sus respectivos representantes puedan comparecer y ejercer las facultades autorizadas por la legislación de la Parte requerida.

Dicha comunicación deberá efectuarse con la debida antelación por intermedio de las Autoridades Centrales de los Estados Partes.

ARTÍCULO 12.- La autoridad jurisdiccional encargada de la ejecución de un exhorto aplicará su ley interna en lo que a los procedimientos se refiere.

Sin embargo, podrá accederse, la solicitud de la autoridad requirente, a otorgar al exhorto una tramitación especial o aceptarse el cumplimiento de formalidades adicionales en la diligencia del exhorto, siempre que ello no sea incompatible con el orden público del Estado requerido.

La ejecución del exhorto deberá llevarse a cabo sin demora.

ARTICULO 13.- Al ejecutar el exhorto, la autoridad requerida aplicará las medidas coercitivas previstas en su legislación interna, en los casos y con el alcance en que deba hacerlo para ejecutar un exhorto de las autoridades de su propio Estado o un pedido presentado a este efecto por una parte interesada.

ARTÍCULO 14.- Los documentos en los que conste la ejecución del exhorto serán comunicados por intermedio de las Autoridades Centrales.

Cuando el exhorto no haya sido ejecutado en todo o en parte, este hecho, así como las razones que determinaron el incumplimiento, deberán ser comunicados de inmediato a la autoridad requirente, utilizando el medio señalado en el párrafo precedente.

ARTÍCULO 15.- La ejecución del exhorto no podrá dar lugar al reembolso de ningún tipo de gastos, excepto cuando se soliciten medios probatorios que ocasionen erogaciones especiales o se designen profesionales para intervenir en el diligenciamiento.

En tales casos, se deberá consignar en el cuerpo del exhorto los datos de la persona que en el Estado requerido procederá a dar cumplimiento al pago de los gastos y honorarios devengados.

ARTICULO 16.- Cuando los datos relativos al domicilio del destinatario del acto o de la persona

citada estén incompletos o sean inexactos, la autoridad requerida deberá agotar los medios para satisfacer el pedido. Al efecto, podrá también solicitar al Estado requirente los datos complementarios que permitan la identificación y la localización de la referida persona.

ARTÍCULO 17.- Los trámites pertinentes para hacer efectivo el cumplimiento del exhorto no requerirán necesariamente la intervención de parte interesada, debiendo ser practicados de oficio por la autoridad jurisdiccional competente del Estado requerido.

CAPITULO V

RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE SENTENCIAS Y LAUDOS ARBITRALES

ARTÍCULO 18.- Las disposiciones del presente Capítulo serán aplicables al reconocimiento y ejecución de las sentencias y laudos arbitrales pronunciados en las jurisdicciones de los Estados Partes en materia civil, comercial, laboral y administrativa. Las mismas serán igualmente aplicables a las sentencias en materia de reparación de daños y restitución de bienes pronunciadas en jurisdicción penal.

ARTÍCULO 19.- La solicitud de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales por parte de las autoridades jurisdiccionales se tramitará por vía de exhortos y por intermedio de la Autoridad Central.

ARTÍCULO 20.- Las sentencias y laudos arbitrales a que se refiere el artículo precedente, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las siguientes condiciones:

- a) que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden;
- b) que éstos y los documentos anexos que fueren necesarios, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado en el que se solicita su reconocimiento y ejecución;
- c) que éstos emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional;
- d) que la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión haya sido debidamente citada y se haya garantizado el ejercicio de su derecho de defensa;
- e) que la decisión tenga fuerza de cosa juzgada y/o ejecutoria en el Estado en el que fue dictada;
- f) que no contraríen manifiestamente los principios de orden público del Estado en el que se solicitare el reconocimiento y/o la ejecución.

Los requisitos de los incisos a), c), d), e) y f) deben surgir del testimonio de la sentencia o laudo arbitral.

ARTÍCULO 21.- La parte que en un juicio invoque una sentencia o un laudo arbitral de alguno de los Estados Partes, deberá acompañar un testimonio de la sentencia o laudo arbitral con los requisitos del artículo precedente.

ARTÍCULO 22.- Cuando se tratare de una sentencia o laudo arbitral entre las mismas partes, fundadas en los mismos hechos y que tuviere el mismo objeto que el de otro proceso jurisdiccional o arbitral en el Estado requerido, su reconocimiento y ejecutoriedad dependerán de que la decisión no sea incompatible con otro pronunciamiento anterior o simultáneo recaído en tal proceso en el Estado requerido.

Asimismo, no se reconocerá ni se procederá a la ejecución, cuando se hubiere iniciado un procedimiento entre las mismas partes, fundado en los mismos hechos y sobre el mismo objeto, ante cualquier autoridad jurisdiccional de la Parte requerida con anterioridad a la presentación de la demanda ante la autoridad jurisdiccional que hubiere pronunciado la resolución de la que se solicite el reconocimiento.

ARTÍCULO 23.- Si una sentencia o laudo no pudiere tener eficacia en su totalidad, la autoridad jurisdiccional competente en el Estado requerido podrá admitir su eficacia parcial mediando solicitud de parte interesada.

ARTÍCULO 24.- Los procedimientos, incluso la competencia de los respectivos órganos jurisdiccionales, a los efectos del reconocimiento y ejecución de las sentencias o laudos arbitrales, se regirán por la ley del Estado requerido.

CAPITULO VI

DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS Y OTROS DOCUMENTOS

ARTÍCULO 25.- Los instrumentos públicos emanados de un Estado Parte tendrán en el otro la misma fuerza probatoria que sus propios instrumentos públicos.

ARTÍCULO 26.- Los documentos emanados de autoridades jurisdiccionales u otras autoridades de uno de los Estados Partes, así como las escrituras públicas y los documentos que certifiquen la validez, la fecha y la veracidad de la firma o la conformidad con el original, que sean tramitados por intermedio de la Autoridad Central, quedan exceptuados de toda legislación, apostilla u otra formalidad análoga cuando deban ser presentados en el territorio de otro Estado Parte.

ARTÍCULO 27.- Cada Estado Parte remitirá, a través de la Autoridad Central, a solicitud de otro y para fines exclusivamente públicos, los certificados de las actas de los registros de estado civil, sin cargo alguno.

CAPITULO VII

INFORMACION DEL DERECHO EXTRANJERO

ARTÍCULO 28.- Las Autoridades Centrales de los Estados Partes se suministrarán, en concepto de cooperación judicial, y siempre que no se opongan a las disposiciones de su orden público, informes en materia civil, comercial, laboral, administrativa y de derecho internacional privado, sin gasto alguno.

ARTÍCULO 29.- La información a que se refiere el artículo anterior podrá también efectuarse ante la jurisdicción del otro Estado, a través de informes suministrados por las autoridades diplomáticas o consulares del Estado Parte de cuyo derecho se trate.

ARTICULO 30.- El Estado que brinde los informes sobre el sentido y alcance legal de su derecho, no será responsable por la opinión emitida ni está obligado a aplicar su derecho según la respuesta proporcionada.

El Estado que reciba dichos informes no estará obligado a aplicar o hacer aplicar el derecho extranjero según el contenido de la respuesta recibida.

CAPITULO VIII

CONSULTAS Y SOLUCION DE CONTROVERSIAS

ARTÍCULO 31.- Las Autoridades Centrales de los Estados Partes celebrarán consultas en las oportunidades que convengan mutuamente con el fin de facilitar la aplicación del presente Protocolo.

ARTICULO 32.- Las dificultades derivadas de la aplicación del presente Protocolo serán solucionadas por la vía diplomática.

Los procedimientos previstos en el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias se aplicarán cuando éste entre en vigor y hasta tanto se adopte un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común del Sur.

CAPITULO IX

DISPOSICIONES FINALES

ARTÍCULO 33.- El presente Protocolo, parte integrante del Tratado de Asunción, entrará en vigor TREINTA (30) días después de la fecha de depósito del segundo instrumento de ratificación, y se aplicará provisionalmente a partir de la fecha de su firma.

ARTICULO 34.- La adhesión por parte de un Estado al Tratado de Asunción, implicará Ipso iure la adhesión al presente Protocolo.

ARTICULO 35.- El Gobierno de la República del Paraguay será el depositario del presente Protocolo y de los instrumentos de ratificación y enviará copias debidamente autenticadas de los mismos a los Gobiernos de los demás Estados Partes.

Asimismo, el Gobierno de la República del Paraguay notificará a los Gobiernos de los demás Estados Partes la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo y la fecha de depósito de los instrumentos de ratificación.

Hecho en a los días del mes de mayo de 1992, en un original en los idiomas español y portugués, siendo ambos textos igualmente auténticos.

PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES

Vigente para: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay

MERCOSUR/CMC/DEC N° 27/94

PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES

VISTO: El artículo 10 del Tratado de Asunción de 26/03/91, la Decisión No. 4/91 del Consejo del Mercado Común y el “Protocolo de Medidas Cautelares” aprobado por la Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR.

CONSIDERANDO:

La necesidad de que los Estados Partes avancen en la armonización de las legislaciones en las áreas pertinentes con el objetivo de lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

La importancia de viabilizar la cooperación cautelar entre los Estados Partes del Tratado de Asunción.

EL CONSEJO DEL MERCADO COMUN**DECIDE:**

Art. 1 – Aprobar el “Protocolo de Medidas Cautelares”, que consta como anexo a la presente Decisión.

VII CMC – Ouro Preto, 17/XII/1994

PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES

Los Gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, en adelante denominados “Estados Partes”, Considerando que el Tratado de Asunción, suscripto el 26 de marzo de 1991, establece el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes;

Reafirmando la voluntad de los Estados Partes de acordar soluciones jurídicas comunes para el fortalecimiento del proceso de integración;

Convencidos de la importancia y la necesidad de brindar al sector privado de los Estados Partes un marco de seguridad jurídica que garantice soluciones justas a las controversias privadas y haga viable la cooperación cautelar entre los Estados Partes del Tratado de Asunción,

Acuerdan:

Objeto de Protocolo**Artículo 1**

El presente Protocolo tiene por objeto reglamentar, entre los Estados Partes del Tratado de Asunción, el cumplimiento de medidas cautelares destinadas a impedir la irreparabilidad de un daño en relación a personal, bienes u obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Artículo 2

Las medidas cautelares podrán ser solicitadas en procesos ordinarios, ejecutivos, especiales o extraordinarios, de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil.

Artículo 3

Se admitirán las medidas cautelares preparatorias, las incidentales de una acción principal y las que garanticen la ejecución de una sentencia

Ámbito de Aplicación

Artículo 4

Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes del Tratado de Asunción darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por los Jueces o Tribunales de los otros Estados Partes, competentes en la esfera internacional, adoptando las providencias necesarias de acuerdo con la ley del lugar donde estén situados los bienes o residan las personas objeto de la medida.

Ley Aplicable

Artículo 5

La admisibilidad de la medida cautelar será regulada por las leyes y resuelta por los Jueces o Tribunales del Estado requirente.

Artículo 6

La ejecución de la medida cautelar y su contracautela o garantía respectiva serán resueltas por los Jueces o Tribunales del Estado requerido, según sus leyes.

Artículo 7

Serán también reguladas por las leyes y resueltas por los Jueces o Tribunales del Estado requerido:

- a) las modificaciones que en el curso del proceso se justificaren para su correcto cumplimiento o, cuando correspondiere, para su reducción o sustitución;
- b) las sanciones por peticiones maliciosas o abusivas; y
- c) las cuestiones relativas al dominio y demás derechos reales.

Artículo 8

El Juez o Tribunal del Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de la medida o, en su caso, disponer su levantamiento, cuando sea verificada su absoluta improcedencia, de conformidad con los términos de este Protocolo.

Oposición

Artículo 9

El presunto deudor de la obligación, así como los terceros interesados que se consideraren perjudicados, podrán oponerse a la medida ante la autoridad judicial requerida.

Sin perjuicio del mantenimiento de la medida cautelar, dicha autoridad restituirá el procedimiento al juez o tribunal de origen para que decida sobre la oposición según sus leyes, con excepción de lo dispuesto en el artículo 7, literal c).

Autonomía de la Cooperación Cautelar

Artículo 10

El cumplimiento de una medida cautelar por la autoridad jurisdiccional requerida no implicará el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera pronunciada en el proceso principal.

Cooperación Cautelar en la Ejecución de Sentencia

Artículo 11

El Juez o Tribunal a quien se solicitare el cumplimiento de una sentencia extranjera podrá disponer las medidas cautelares que garanticen la ejecución, de conformidad con sus leyes.

Medidas Cautelares en Materia de Menores

Artículo 12

Cuando una medida cautelar se refiera a la custodia de menores, el Juez o Tribunal del Estado requerido podrá limitar el alcance de la medida exclusivamente a su territorio, a la espera de una decisión definitiva del Juez o Tribunal del proceso principal.

Interposición de la Demanda en el Proceso Principal

Artículo 13

La interposición de la demanda en el proceso principal fuera del plazo previsto en la legislación del Estado requirente, producirán la plena ineficacia de la medida cautelar preparatoria concedida.

Obligación de Informar

Artículo 14

El Juez o Tribunal del Estado requirente comunicará al del Estado requerido:

- a) al transmitir la rogatoria, el plazo - contado a partir del cumplimiento de la medida cautelar - en el cual la demanda en el proceso principal deberá ser presentada o interpuesta;
- b) a la mayor brevedad posible, la fecha de presentación o la no presentación de la demanda en el proceso principal.

Artículo 15

El Juez o Tribunal del Estado requerido comunicará inmediatamente al del Estado requirente, la fecha en que se dio cumplimiento a la medida cautelar solicitada o las razones por las cuales no fue cumplida.

Cooperación Interna**Artículo 16**

Si la autoridad jurisdiccional requerida se declarara incompetente para proceder a la tramitación de la carta rogatoria, transmitirá de oficio los documentos y antecedentes del caso a la autoridad jurisdiccional competente de su Estado.

Orden Público**Artículo 17**

La autoridad jurisdiccional del Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de una carta rogatoria referente a medidas cautelares, cuando éstas sean manifiestamente contrarias a su orden público.

Medio Empleado para la Formulación del Pedido**Artículo 18**

La solicitud de medidas cautelares será formulada a través de exhortos o cartas rogatorias, términos equivalentes a los efectos del presente Protocolo.

Transmisión y Diligenciamiento**Artículo 19**

La carta rogatoria referente al cumplimiento de una medida cautelar se transmitirá por vía diplomática o consular, por intermedio de la respectiva Autoridad Central o por las partes interesadas.

Cuando la transmisión sea efectuada por la vía diplomática o consular o por intermedio de las Autoridades Centrales, no se exigirá el requisito de la legalización.

Cuando la carta rogatoria se transmita por intermedio de la parte interesada deberá ser legalizada ante los agentes diplomáticos o consulares del Estado requerido salvo que, entre los Estados requirente y requerido, se hubiere suprimido el requisito de la legalización o sustituido por otra formalidad.

Los Jueces o Tribunales de las zonas fronterizas de los Estados Partes podrán transmitirse en forma directa los exhortos o cartas rogatorias previstos en este Protocolo, sin necesidad de legalización.

No se aplicará al cumplimiento de las medidas cautelares el procedimiento homologatorio de las sentencias extranjeras.

Autoridad Central

Artículo 20

Cada Estado Parte designará una Autoridad Central encargada de recibir y transmitir las solicitudes de cooperación cautelar.

Documentos e Información

Artículo 21

Las cartas rogatorias contendrán:

- a) la identificación y el domicilio del juez o tribunal que impartió la orden;
- b) copia autenticada de la petición de la medida cautelar y de la demanda principal, si la hubiere;
- c) documentos que fundamenten la petición;
- d) auto fundado que ordene la medida cautelar;
- e) información acerca de las normas que establezcan algún procedimiento especial que la autoridad jurisdiccional requiera o solicite que se observe; y
- f) indicación de la persona que en el Estado requerido deba atender a los gastos y costas judiciales debidas, salvo las excepciones contenidas en el artículo 25. Será facultativo de la autoridad jurisdiccional del Estado requerido dar trámite al exhorto o carta rogatoria que carezca de indicación acerca de la persona que deba atender los gastos y costas cuando se causaren.

Las cartas rogatorias y los documentos que las acompañan deberán estar revestidos de las formalidades externas necesarias para ser considerados auténticos en el Estado de donde proceden.

Las medidas cautelares serán cumplidas, salvo que faltaren requisitos, documentos o información considerados fundamentales y que hagan inadmisibles su procedencia. En este supuesto, el Juez o Tribunal requerido se comunicará con celeridad con el requirente para que, en forma urgente, se subsane dicho defecto.

Artículo 22

Cuando las circunstancias del caso lo justifiquen de acuerdo a la apreciación del Juez o Tribunal requirente, la rogatoria informará acerca de la existencia y domicilio de las defensorías de oficio competentes.

Traducción

Artículo 23

Las cartas rogatorias y los documentos que las acompañan deberán redactarse en el idioma del Estado requirente y serán acompañadas de una traducción en el idioma del Estado requerido.

Costas y Gastos

Artículo 24

Las costas judiciales y demás gastos serán responsabilidad de la parte solicitante de la medida cautelar.

Artículo 25

Quedan exceptuados de las obligaciones establecidas en el artículo precedente las medidas cautelares solicitadas en materia de alimentos provisionales, localización y restitución de menores y las que solicitaren las personas que han obtenido en el Estado requirente el beneficio de litigar sin gastos.

Disposiciones Finales

Artículo 26

Este Protocolo no restringirá la aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación contenidas en otras Convenciones sobre Medidas Cautelares en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados Partes.

Artículo 27

Las controversias que surjan entre los Estados Partes con motivo de la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Protocolo, serán resueltas mediante negociaciones diplomáticas directas.

Si mediante tales negociaciones no se alcanzare un acuerdo o si la controversia fuera solucionada sólo en parte, se aplicarán los procedimientos previstos en el Sistema de Solución de Controversias vigente entre los Estados Partes del Tratado de Asunción.

Artículo 28

Los Estados Partes al depositar el instrumento de ratificación al presente Protocolo comunicarán la designación de la Autoridad Central al Gobierno depositario, el cual lo pondrá en conocimiento de los demás Estados.

Artículo 29

El presente Protocolo, parte integrante del Tratado de Asunción, será sometido a los procedimientos constitucionales de aprobación de cada Estado Parte y entrará en vigor treinta (30) días después del depósito del segundo instrumento de ratificación con relación a los dos primeros Estados Partes que lo ratifiquen.

Para los demás signatarios entrará en vigor el trigésimo día posterior al depósito del respectivo instrumento de ratificación.

Artículo 30

La adhesión por parte de un Estado al Tratado de Asunción implicará de pleno derecho la adhesión al presente Protocolo.

Artículo 31

El Gobierno de la República del Paraguay será el depositario del presente Protocolo y de los instrumentos de ratificación y enviará copias debidamente autenticadas de los mismos a los Gobiernos de los demás Estados Partes.

Asimismo, el Gobierno de la República del Paraguay notificará a los Gobiernos de los demás Estados Partes la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo y la fecha de depósito de los instrumentos de ratificación.

Hecho en Ouro Preto, en de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, en un original, en los idiomas portugués y español, siendo ambos textos igualmente auténticos.

PROTOCOLO DE ASISTENCIA JURIDICA MUTUA EN ASUNTOS PENALES
Vigente para Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay

MERCOSUR/CMC/ DEC. N° 2/96

PROTOCOLO DE ASISTENCIA JURÍDICA MUTUA EN ASUNTOS PENALES

VISTO: el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto; las Decisiones N° 4/91, 5/91, y 8/91 del Consejo del Mercado Común; el Acuerdo N° 2/96 de la Reunión de Ministros de Justicia; y la Resolución N° 64/96 del Grupo Mercado Común.

CONSIDERANDO:

Que es necesario intensificar la cooperación jurídica en materia penal entre los Estados Partes, así como simplificar las tramitaciones jurisdiccionales;

Que la asistencia mutua en el ámbito penal implicará un mayor acercamiento entre las instancias judiciales de los Estados Partes.

EL CONSEJO DEL MERCADO COMÚN

DECIDE:

Art. 1 - Aprobar el “Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales” que consta como Anexo a la presente Decisión.

X CMC, San Luis 26/VI/1996.

ANEXO

PROTOCOLO DE ASISTENCIA JURIDICA MUTUA EN ASUNTOS PENALES

Los Gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay,

CONSIDERANDO que el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto implican el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en función de los objetivos comunes allí establecidos,

CONSCIENTES que estos objetivos deben ser fortalecidos con normas comunes que brinden seguridad jurídica en el territorio de los Estados Partes,

CONVENCIDOS que la intensificación de la cooperación jurídica en materia penal contribuirá a profundizar la reciprocidad de intereses de los Estados Partes en el proceso de integración,

DESTACANDO la importancia que reviste para el proceso de integración la adopción de instrumentos que contribuyan de manera eficaz a alcanzar los objetivos del Tratado de Asunción,

RECONOCIENDO que muchas actividades delictivas representan una grave amenaza y se manifiestan a través de modalidades criminales transnacionales respecto de las que frecuentemente las pruebas radican en diversos Estados,

Han resuelto concluir un Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en los siguientes términos:

CAPITULO I DISPOSICIONES GENERALES

Ámbito

Artículo 1

- 1.- El presente Protocolo tiene por finalidad la asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre las autoridades competentes de los Estados Partes.
- 2.- Las disposiciones del presente Protocolo no confieren derechos a los particulares para la obtención, supresión o exclusión de pruebas, o para oponerse al cumplimiento de una solicitud de asistencia.
- 3.- Los Estados Partes se prestarán asistencia mutua, de conformidad con las disposiciones del presente Protocolo, para la investigación de delitos, así como para la cooperación en los procedimientos judiciales relacionados con asuntos penales.
- 4.- La asistencia será prestada aún cuando las conductas no constituyan delitos en el Estado requerido, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 23.
- 5.- El presente Protocolo no faculta a las autoridades o a los particulares del Estado requirente a emprender en el territorio del Estado requerido funciones que, conforme a sus leyes internas están reservadas a sus Autoridades, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 17, párrafo 3.

Alcance de la Asistencia

Artículo 2

La asistencia comprenderá:

- a) notificación de actos procesales;

- b) recepción y producción de pruebas tales como testimonios o declaraciones, realización de pericias y examen de personas, bienes y lugares;
- c) localización o identificación de personas;
- d) notificación a testigos o peritos para la comparecencia voluntaria a fin de prestar testimonio en el Estado requirente;
- e) traslado de personas sujetas a un proceso penal a efectos de comparecer como testigos en el Estado requirente o con otros propósitos expresamente indicados en la solicitud, conforme al presente Protocolo;
- f) medidas cautelares sobre bienes;
- g) cumplimiento de otras solicitudes respecto de bienes;
- h) entrega de documentos y otros elementos de prueba;
- i) incautación, transferencia de bienes decomisados y otras medidas de naturaleza similar;
- j) aseguramiento de bienes a efectos del cumplimiento de sentencias judiciales que impongan indemnizaciones o multas; y
- k) cualquier otra forma de asistencia acorde con los fines de este Protocolo que no sea incompatible con las leyes del Estado requerido.

Autoridades Centrales

Artículo 3

- 1.- A los efectos del presente Protocolo, cada Estado Parte designará una Autoridad Central encargada de recibir y transmitir los pedidos de asistencia jurídica mutua. A tal fin, dichas Autoridades Centrales se comunicarán directamente entre ellas, remitiendo tales solicitudes a las respectivas autoridades competentes.
- 2.- Los Estados Partes, al depositar el instrumento de ratificación del presente Protocolo, comunicarán dicha designación al Gobierno depositario, el cual lo pondrá en conocimiento de los demás Estados Partes.
- 3.- La Autoridad Central podrá ser cambiada en cualquier momento, debiendo el Estado Parte comunicarlo, en el menor tiempo posible, al Estado depositario del presente Protocolo, a fin de que ponga en conocimiento de los demás Estados Partes el cambio efectuado.

Autoridades Competentes para la Solicitud de Asistencia**Artículo 4**

Las solicitudes transmitidas por una Autoridad Central, al amparo del presente Protocolo, se basarán en pedidos de asistencia de las autoridades judiciales o del Ministerio Público del Estado requirente encargados del juzgamiento o investigación de delitos.

Denegación de la Asistencia**Artículo 5**

1.- El Estado Parte requerido podrá denegar la asistencia cuando:

- a) la solicitud se refiera a un delito tipificado como tal en la legislación militar pero no en su legislación penal ordinaria;
- b) la solicitud se refiera a un delito que el Estado requerido considerare como político o como delito común conexo con un delito político o perseguido con una finalidad política;
- c) la solicitud se refiera a un delito tributario;
- d) la persona en relación a la cual se solicita la medida ha sido absuelta o ha cumplido condena en el Estado requerido por el mismo delito mencionado en la solicitud. Sin embargo, esta disposición no podrá ser invocada para negar asistencia en relación a otras personas; o
- e) el cumplimiento de la solicitud sea contrario a la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales del Estado requerido.

2.- Si el Estado requerido deniega la asistencia, deberá informar al Estado requirente por intermedio de la Autoridad Central, las razones en que se funda la denegatoria, salvo lo dispuesto en el artículo 15, literal b).

CAPITULO II**CUMPLIMIENTO DE LA SOLICITUD****Forma y Contenido de la Solicitud****Artículo 6**

1.- La solicitud de asistencia deberá formularse por escrito.

2.- Si la solicitud fuere transmitida por telex, facsímil, correo electrónico o similares deberá confirmarse por documento original firmado por la autoridad requirente dentro de los diez (10) días siguientes a su formulación, de acuerdo a lo establecido por este Protocolo.

3.- La solicitud deberá contener las siguientes indicaciones:

- a) identificación de la autoridad competente requirente;
- b) descripción del asunto y naturaleza del procedimiento judicial, incluyendo los delitos a que se refiere;
- c) descripción de las medidas de asistencia solicitadas;
- d) los motivos por los cuales se solicitan dichas medidas;
- e) el texto de las normas penales aplicables;
- f) la identidad de las personas sujetas a procedimiento judicial, cuando se la conozca.

4.- Cuando fuere necesario y en la medida de lo posible, la solicitud deberá también incluir:

- a) información sobre la identidad y domicilio de las personas cuyo testimonio se desea obtener;
- b) información sobre la identidad y domicilio de las personas a ser notificadas y la relación de dichas personas con los procedimientos;
- c) información sobre la identidad y paradero de las personas a ser localizadas;
- d) descripción exacta del lugar a inspeccionar, identificación de la persona que ha de someterse a examen y de los bienes que hayan de ser cautelados;
- e) el texto del interrogatorio a ser formulado para la recepción de la prueba testimonial en el Estado requerido, así como, en su caso, la descripción de la forma en que ha de recibirse y registrarse cualquier testimonio o declaración;
- f) descripción de las formas y procedimientos especiales con que ha de cumplirse la solicitud, si así fueren requeridos;
- g) información sobre el pago de los gastos que se asignarán a la persona cuya presencia se solicite al Estado requerido;
- h) cualquier otra información que pueda ser de utilidad al Estado requerido a los efectos de facilitar el cumplimiento de la solicitud;
- i) cuando fuere necesario, la indicación de la autoridad del Estado requirente que participará en el diligenciamiento en el Estado requerido.

5.- La solicitud deberá redactarse en el idioma del Estado requirente y será acompañada de una

traducción en el idioma del Estado requerido.

Ley Aplicable

Artículo 7

1.- El diligenciamiento de las solicitudes se regirá por la ley del Estado requerido y de acuerdo con las disposiciones del presente Protocolo.

2.- A pedido del Estado requirente, el Estado requerido cumplirá la asistencia de acuerdo con las formas o procedimientos especiales indicados en la solicitud, a menos que éstos sean incompatibles con su ley interna.

Diligenciamiento

Artículo 8

La Autoridad Central del Estado requerido tramitará con prontitud la solicitud y la transmitirá a la autoridad competente para su diligenciamiento.

Aplazamiento o Condiciones para el Cumplimiento

Artículo 9

La autoridad competente del Estado requerido podrá aplazar el cumplimiento de la solicitud, o sujetarla a condiciones, en caso de que interfiera un procedimiento penal en curso en su territorio.

Sobre esas condiciones, el Estado requerido hará la consulta al requirente por intermedio de las Autoridades Centrales. Si el Estado requirente acepta la asistencia sujeta a condiciones, la solicitud se cumplirá de conformidad con la forma propuesta.

Carácter Confidencial

Artículo 10

A petición del Estado requirente, se mantendrá el carácter confidencial de la solicitud y de su tramitación. Si la solicitud no puede cumplirse sin infringir ese carácter confidencial, el Estado requerido informará de ello al Estado requirente, que decidirá si insiste en la solicitud.

Información sobre el Cumplimiento

Artículo 11

- 1.- A pedido de la Autoridad Central del Estado requirente, la Autoridad Central del Estado requerido informará, dentro de un plazo razonable, sobre la marcha del trámite referente al cumplimiento de la solicitud.
- 2.- La Autoridad Central del Estado requerido informará a la brevedad el resultado del cumplimiento de la solicitud y remitirá toda la información o prueba obtenida a la Autoridad Central del Estado requirente.
- 3.- Cuando la solicitud no ha podido ser cumplida en todo o en parte, la Autoridad Central del Estado requerido lo hará saber inmediatamente a la Autoridad Central del Estado requirente e informará las razones por las cuales no ha sido posible su cumplimiento.
- 4.- Los informes serán redactados en el idioma del Estado requerido.

Limitaciones al Empleo de la Información o Prueba Obtenida

Artículo 12

- 1.- Salvo consentimiento previo del Estado requerido, el Estado requirente solamente podrá emplear la información o la prueba obtenida en virtud del presente Protocolo en la investigación o el procedimiento indicado en la solicitud.
- 2.- La autoridad competente del Estado requerido podrá solicitar que la información o la prueba obtenida en virtud del presente Protocolo tengan carácter confidencial, de conformidad con las condiciones que especificará. En tal caso, el Estado requirente respetará dichas condiciones. Si no pudiere aceptarlas, lo comunicará al requerido, que decidirá sobre la prestación de la cooperación.

Costos

Artículo 13

El Estado requerido tomará a su cargo los gastos de diligenciamiento de la solicitud. El Estado requirente pagará los gastos y honorarios correspondientes a los informes periciales, traducciones y transcripciones, gastos extraordinarios que provengan del empleo de formas o procedimientos especiales y los costos del viaje de las personas referidas en los artículos 18 y 19.

CAPITULO III

FORMAS DE ASISTENCIA

Notificación

Artículo 14

1.- Corresponderá a la Autoridad Central del Estado requirente transmitir la solicitud de notificación para la comparecencia de una persona ante una autoridad competente del Estado requirente, con una razonable antelación a la fecha prevista para la misma.

2.- Si la notificación no se realizare, la autoridad competente del Estado requerido deberá informar, por intermedio de las Autoridades Centrales, a la autoridad competente del Estado requirente, las razones por las cuales no pudo diligenciarse.

Entrega de Documentos Oficiales

Artículo 15

A solicitud de la autoridad competente del Estado requirente, la del Estado requerido:

- a) proporcionará copias de documentos oficiales, registros o información accesibles al público; y
- b) podrá proporcionar copias de documentos oficiales, registros o información no accesibles al público, en las mismas condiciones por las cuales esos documentos se proporcionarían a sus propias autoridades. Si la asistencia prevista en este literal es denegada, la autoridad competente del Estado requerido no estará obligada a expresar los motivos de la denegatoria.

Devolución de Documentos y Elementos de Prueba

Artículo 16

El Estado requirente deberá, tan pronto como sea posible, devolver los documentos y otros elementos de prueba facilitados en cumplimiento de lo establecido en el presente Protocolo, cuando así lo solicitare el Estado requerido.

Testimonio en el Estado requerido

Artículo 17

1.- Toda persona que se encuentre en el Estado requerido y a la que se solicita prestar testimonio, aportar documentos, antecedentes o elementos de prueba en virtud del presente Protocolo, deberá comparecer, de conformidad con las leyes del Estado requerido, ante la autoridad competente.

2.- El Estado requerido informará con suficiente antelación el lugar y la fecha en que se recibirá la declaración del testigo o los mencionados documentos, antecedentes o elementos de prueba. Cuando sea necesario, las autoridades competentes se consultarán, por intermedio de las Au-

toridades Centrales, a efectos de fijar una fecha conveniente para las autoridades requirente y requerida.

3.- El Estado requerido autorizará la presencia de las autoridades indicadas en la solicitud durante el cumplimiento de las diligencias de cooperación, y les permitirá formular preguntas si ello estuviera autorizado por las leyes del Estado requerido y de conformidad con dichas leyes. La audiencia tendrá lugar según los procedimientos establecidos por las leyes del Estado requerido.

4.- Si la persona a que se hace referencia en el párrafo 1 alega inmunidad, privilegio o incapacidad según las leyes del Estado requerido, esta alegación será resuelta por la autoridad competente del Estado requerido con anterioridad al cumplimiento de la solicitud y comunicada al Estado requirente por intermedio de la Autoridad Central.

Si la persona a que se hace referencia en el párrafo 1 alega inmunidad, privilegio o incapacidad según las leyes del Estado requirente, la alegación será informada por intermedio de las respectivas Autoridades Centrales, a fin de que las autoridades competentes del Estado requirente resuelvan al respecto.

5.- Los documentos, antecedentes y elementos de prueba entregados por el testigo u obtenidos como resultado de su declaración o en ocasión de la misma, serán enviados al Estado requirente junto con la declaración.

Testimonio en el Estado Requirente

Artículo 18

1.- Cuando el Estado requirente solicite la comparecencia de una persona en su territorio para prestar testimonio o rendir informe, el Estado requerido invitará al testigo o perito a comparecer ante la autoridad competente del Estado requirente.

2.- La autoridad competente del Estado requerido registrará por escrito el consentimiento de la persona cuya comparecencia se solicita en el Estado requirente e informará con prontitud a la Autoridad Central del Estado requirente de dicha respuesta.

3.- Al solicitar la comparecencia, la autoridad competente del Estado requirente indicará los gastos de traslado y de estadía a su cargo.

Traslado de Personas Sujetas a Procedimiento Penal

Artículo 19

1.- La persona sujeta a un procedimiento penal en el Estado requerido, cuya comparecencia en

el Estado requirente sea necesaria en virtud de la asistencia prevista en el presente Protocolo, será trasladada con ese fin al Estado requirente, siempre que esa persona y el Estado requerido consientan dicho traslado.

2.- La persona sujeta a un procedimiento penal en el Estado requirente de la asistencia y cuya comparecencia en el Estado requerido sea necesaria, será trasladada al Estado requerido, siempre que lo consienta esa persona y ambos Estados estén de acuerdo.

3.- Cuando un Estado Parte solicite a otro, de acuerdo al presente Protocolo, el traslado de una persona de su nacionalidad y su Constitución impida la entrega a cualquier título de sus nacionales, deberá informar el contenido de dichas disposiciones al otro Estado Parte, que decidirá acerca de la conveniencia de lo solicitado.

4.- A los efectos del presente artículo:

- a) el Estado receptor deberá mantener a la persona trasladada bajo custodia, a menos que el Estado remitente indique lo contrario;
- b) el Estado receptor devolverá la persona trasladada al Estado remitente tan pronto como las circunstancias lo permitan y con sujeción a lo acordado entre las autoridades competentes de ambos Estados, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior;
- c) respecto a la devolución de la persona trasladada, no será necesario que el Estado remitente promueva un procedimiento de extradición;
- d) el tiempo transcurrido bajo custodia en el Estado receptor, será computado a los efectos del cumplimiento de la sentencia que se le impusiere;
- e) la permanencia de esa persona en el Estado receptor no podrá exceder de noventa (90) días, a menos que la persona y ambos Estados consientan en prorrogarlo;
- f) en caso de fuga en el Estado receptor de la persona trasladada que esté sujeta a una medida restrictiva de libertad en el Estado remitente, éste podrá solicitar al Estado receptor el inicio de un procedimiento penal a fin del esclarecimiento del hecho así como su información periódica.

Salvoconducto

Artículo 20

1.- La comparecencia o traslado de la persona que consienta declarar o dar testimonio según lo dispuesto en los artículos 18 y 19, estará condicionada a que el Estado receptor conceda un salvoconducto bajo el cual, mientras se encuentre en ese Estado, éste no podrá:

- a) detener o juzgar a la persona por delitos anteriores a su salida del territorio del Estado remitente;
- b) convocarla para declarar o dar testimonio en procedimientos no especificados en la solicitud.

2.- El salvoconducto previsto en el párrafo anterior, cesará cuando la persona prolongue voluntariamente su estadía en el territorio del Estado receptor por más de 10 (diez) días a partir del momento en que su presencia ya no fuera necesaria en ese Estado, conforme a lo comunicado al Estado remitente.

Localización o Identificación de Personas

Artículo 21

El Estado requerido adoptará las providencias necesarias para averiguar el paradero o la identidad de las personas individualizadas en la solicitud.

Medidas Cautelares

Artículo 22

1.- La autoridad competente del Estado requerido diligenciará la solicitud de cooperación cautelar, si ésta contiene información suficiente que justifique la procedencia de la medida solicitada.

Dicha medida se someterá a la ley procesal y sustantiva del Estado requerido.

2.- Cuando un Estado Parte tenga conocimiento de la existencia de los instrumentos, del objeto o de los frutos del delito en el territorio de otro Estado Parte que puedan ser objeto de medidas cautelares según las leyes de ese Estado, informará a la Autoridad Central de dicho Estado. Esta remitirá la información recibida a sus autoridades competentes a efectos de determinar la adopción de las medidas que correspondan. Dichas autoridades actuarán de conformidad con las leyes de su país y comunicarán al otro Estado Parte, por intermedio de las Autoridades Centrales, las medidas adoptadas.

3.- El Estado requerido resolverá, según su ley, cualquier solicitud relativa a la protección de los derechos de terceros sobre los objetos que sean materia de las medidas previstas en el párrafo anterior.

Entrega de Documentos y otras Medidas de Cooperación

Artículo 23

1.- La autoridad competente diligenciará la solicitud de cooperación en lo referente a inspecciones y a la entrega de cualesquiera objetos, comprendidos entre otros, documentos o antecedentes, si ésta contiene la información que justifique la medida propuesta. Dicha medida se someterá a la ley

procesal y sustantiva del Estado requerido, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 15, literal b) y artículo 22, párrafo 3.

2.- Los Estados Partes se prestarán asistencia, de conformidad con sus respectivas leyes, en los procedimientos referentes a medidas asegurativas, indemnización a las víctimas de delitos y cobro de multas impuestas por sentencia judicial.

Custodia y Disposición de Bienes

Artículo 24

El Estado Parte que tenga bajo su custodia los instrumentos, el objeto o los frutos del delito, dispondrá de los mismos de conformidad con lo establecido en su ley interna. En la medida que lo permitan sus leyes y en los términos que se consideren adecuados, dicho Estado Parte podrá transferir al otro los bienes decomisados o el producto de su venta.

Autenticación de Documentos y Certificaciones

Artículo 25

Los documentos emanados de autoridades judiciales o del Ministerio Público de un Estado Parte, cuando deban ser presentados en el territorio de otro Estado Parte, que sean tramitados por intermedio de las Autoridades Centrales, quedan exceptuados de toda legalización u otra formalidad análoga.

Consultas

Artículo 26

Las Autoridades Centrales de los Estados Partes celebrarán consultas en las oportunidades que convengan con el fin de facilitar la aplicación del presente Protocolo.

Solución de Controversias

Artículo 27

Las controversias que surjan entre los Estados Partes con motivo de la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Protocolo, serán resueltas mediante negociaciones diplomáticas directas.

Si mediante tales negociaciones no se alcanzare un acuerdo o si la controversia fuera solucionada sólo en parte, se aplicarán los procedimientos previstos en el Sistema de Solución de Controversias

vigente entre los Estados Partes del Tratado de Asunción.

CAPITULO IV DISPOSICIONES FINALES

Artículo 28

El presente Protocolo, parte integrante del Tratado de Asunción, entrará en vigor con relación a los dos primeros Estados Partes que lo ratifiquen, treinta (30) días después que el segundo país proceda al depósito de su instrumento de ratificación.

Para los demás ratificantes, entrará en vigor el trigésimo día posterior al depósito del respectivo instrumento de ratificación.

Artículo 29

La adhesión por parte de un Estado al Tratado de Asunción implicará de pleno derecho la adhesión al presente Protocolo.

Artículo 30

El presente Protocolo no restringirá la aplicación de las Convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscriptas anteriormente entre los Estados Partes en tanto fueran más favorables para la cooperación.

Artículo 31

El Gobierno de la República del Paraguay será el depositario del presente Protocolo y de los instrumentos de ratificación y enviará copias debidamente autenticadas de los mismos a los Gobiernos de los demás Estados Partes.

Asimismo, el Gobierno de la República del Paraguay notificará a los Gobiernos de los demás Estados Partes la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo y la fecha de depósito de los instrumentos de ratificación.

Hecho en Buenos Aires y San Luis, República Argentina, a los 24 y 25 días del mes de junio de 1996, en un original en los idiomas portugués y español, siendo ambos textos igualmente auténticos.

MERCOSUR/CMC/DEC. N° 50/00

ACUERDO SOBRE EL BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS Y ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA ENTRE LOS ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR, LA REPÚBLICA DE BOLIVIA Y LA REPÚBLICA DE CHILE

Vigente para Brasil, Paraguay y Uruguay

VISTO: El Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, las Decisiones N° 14/96 y 12/97 del Consejo del Mercado Común y el Acuerdo N° 2/00 de la Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR, Bolivia y Chile.

CONSIDERANDO

Que es voluntad de los Estados Partes acordar soluciones jurídicas para la profundización del Proceso de Integración.

Manifestando la voluntad de reunir y sistematizar las normas que existen en la Región sobre el Beneficio de Litigar Sin Gastos y la Asistencia Jurídica Gratuita, en un cuerpo único de normas.

EL CONSEJO DEL MERCADO COMÚN

DECIDE:

Art. 1 - Aprobar el “Acuerdo sobre el Beneficio de Litigar Sin Gastos y Asistencia Jurídica Gratuita entre los Estados del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile”, en sus versiones en español y portugués, que consta como Anexo y forma parte de la presente Decisión.

Art. 2 - Esta Decisión no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR.

XIX CMC - Florianópolis, 14/XII/00

SECRETARÍA DEL MERCOSUR

FE DE ERRATAS - ORIGINAL – 02/10/13

Jeferson Miola

Director

ANEXO

ACUERDO SOBRE EL BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS Y ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA ENTRE LOS ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR, LA REPÚBLICA DE BOLIVIA Y LA REPÚBLICA DE CHILE

La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay, la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del Mercado Común, la República de Bolivia y la República de Chile estos Asociados del MERCOSUR, todos en lo sucesivo denominados “Estados Partes”, a los efectos del presente

Acuerdo.

VISTO el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, el Acuerdo de Complementación Económica N° 36, el Acuerdo de Complementación Económica N°

35 y las Decisiones del Consejo del Mercado Común N° 14/96 “Participación de

Terceros Países Asociados en Reuniones del MERCOSUR” y N° 12/97 “Participación de Chile en Reuniones del MERCOSUR”;

REAFIRMANDO el deseo de los Estados Partes del MERCOSUR, de la República de Bolivia y de la República de Chile de acordar soluciones jurídicas comunes con el objeto de fortalecer el proceso de integración;

DESTACANDO la importancia que atribuyen a los más necesitados;

MANIFESTANDO la voluntad de recopilar y sistematizar las normas que existen en la región sobre el beneficio de litigar sin gastos y la asistencia jurídica gratuita en un cuerpo único de normas;

ENFATIZANDO la fundamental importancia del establecimiento de mecanismos que permitan el efectivo acceso a la justicia;

MOTIVADOS por la voluntad de promover e intensificar la cooperación jurisdiccional;

TENIENDO PRESENTE las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

SECRETARÍA DEL MERCOSUR**FE DE ERRATAS - ORIGINAL – 02/10/13**

Jeferson Miola

Director

ACUERDAN:**TRATO IGUALITARIO****Artículo 1º**

Los nacionales, ciudadanos y residentes habituales de cada uno de los Estados Partes gozarán, en el territorio de los otros Estados Partes, en igualdad de condiciones, de los beneficios de litigar sin gastos y de la asistencia jurídica gratuita concedidos a sus nacionales, ciudadanos y residentes habituales.

**JURISDICCIÓN INTERNACIONAL PARA RESOLVER LA SOLICITUD DEL
BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS**

Artículo 2º

Será competente para conceder el beneficio de litigar sin gastos la autoridad del Estado Parte que tenga jurisdicción para entender en el proceso en el que se solicita.

La autoridad competente podrá requerir según la circunstancia del caso, la cooperación de las autoridades de otros Estados Partes conforme a lo establecido en el artículo 12º del presente Acuerdo.

DERECHO APLICABLE A LA SOLICITUD**Artículo 3º**

La oportunidad procesal para presentar la solicitud del beneficio de litigar sin gastos, los hechos en que se fundare, la prueba, el carácter de la resolución, el asesoramiento y la defensa del beneficiario y cualesquiera otras cuestiones procesales, se regirán por el derecho del Estado Parte que tenga jurisdicción para conceder el beneficio.

La extinción del beneficio de litigar sin gastos, si correspondiere, se regirá por el derecho del Estado Parte que tenga jurisdicción para concederlo.

EXTRATERRITORIALIDAD DEL BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

Artículo 4º

El beneficio de litigar sin gastos concedido en el Estado Parte requirente en un proceso en el que se solicitaren medidas cautelares, recepción de pruebas en el extranjero y cualesquiera otras medidas de cooperación tramitadas mediante exhortos o cartas rogatorias, será reconocido en el Estado Parte requerido.

SECRETARÍA DEL MERCOSUR

FE DE ERRATAS - ORIGINAL – 02/10/13

Jeferson Miola

Director

Artículo 5º

El beneficio de litigar sin gastos concedido en el Estado Parte de origen de la sentencia será mantenido en el de su presentación para su reconocimiento o ejecución.

Artículo 6º

Los Estados Partes, según las circunstancias del caso, adoptarán las medidas que sean necesarias para lograr la gratuidad de los procedimientos de restitución del menor conforme a su derecho interno. Informarán a las personas legítimamente interesadas en la restitución del menor, acerca de la existencia de las defensorías de oficio, de los beneficios de litigar sin gastos y de las instancias de asistencia jurídica gratuita a que pudieran tener derecho, conforme a las leyes y los reglamentos de los Estados Partes respectivos.

Artículo 7º

El beneficio de litigar sin gastos concedido al acreedor alimentario en el Estado Parte donde hubiere presentado su reclamación, será reconocido en el Estado Parte donde se hiciere efectivo el reconocimiento o la ejecución.

Artículo 8º

Si el juez del Estado Parte que presta la cooperación prevista en los artículos 4º, 5º, 6º y 7º tuviere la certeza de que las circunstancias por las que se concedió el beneficio de litigar sin gastos han cambiado sustancialmente, se lo comunicará al juez de la concesión del referido beneficio.

Artículo 9°

Los Estados Partes se comprometen a prestar asistencia jurídica gratuita a las personas que gocen del beneficio de litigar sin gastos, en igualdad de condiciones con sus nacionales o ciudadanos.

COOPERACIÓN INTERNACIONAL**Artículo 10°**

La cooperación internacional en materia de beneficio de litigar sin gastos y asistencia jurídica gratuita se tramitará conforme a las Convenciones y normas vigentes entre los Estados Partes.

SECRETARÍA DEL MERCOSUR**FE DE ERRATAS - ORIGINAL – 02/10/13**

Jeferson Miola

Director

Artículo 11°

Los exhortos o cartas rogatorias y los documentos que los acompañen, así como el que acredite el beneficio de litigar sin gastos, deberán redactarse en el idioma de la autoridad requirente y estar acompañados de una traducción al idioma de la autoridad requerida. Los gastos de traducción no estarán a cargo del Estado Parte requerido.

Artículo 12°

La autoridad con competencia para conceder el beneficio de litigar sin gastos podrá solicitar información sobre la situación económica del requirente dirigiéndose a las autoridades de los otros Estados Partes contratantes a través de la Autoridad Central, a ser designada en el momento de la ratificación, o por vía diplomática o consular. Tratándose de información en zonas de frontera, las autoridades podrán, según las circunstancias, efectuarlas en forma directa y sin necesidad de legalización.

La autoridad encargada del reconocimiento del beneficio de litigar sin gastos mantendrá, dentro de sus atribuciones, el derecho de verificar la suficiencia de los certificados, declaraciones e informes que le sean suministrados y de solicitar información complementaria para documentarse.

GASTOS Y COSTAS**Artículo 13°**

Todos los trámites y documentos relacionados con la solicitud del beneficio de litigar sin gastos y la asistencia jurídica gratuita, estarán exentos de todo tipo de gastos.

Artículo 14°

Quedan dispensadas del pago de costas judiciales y demás gastos procesales las medidas requeridas en el ámbito de la cooperación jurisdiccional internacional por personas que hayan obtenido el beneficio de litigar sin gastos y la asistencia jurídica gratuita en uno de los Estados Partes, en materia civil, comercial, laboral, y, en su caso, en materia judicial contencioso-administrativa.

Artículo 15°

El Estado Parte que concede el beneficio de litigar sin gastos y la asistencia jurídica gratuita de conformidad con este Acuerdo no tendrá derecho a exigir reembolso alguno al Estado Parte del beneficiario.

**SECRETARÍA DEL MERCOSUR
FE DE ERRATAS - ORIGINAL – 02/10/13**

Jeferson Miola
Director

DISPOSICIONES FINALES**Artículo 16°**

El presente Acuerdo entrará en vigor, treinta (30) días después del depósito de los instrumentos de ratificación de por lo menos un Estado Parte del MERCOSUR y de por lo menos un Estado Asociado del MERCOSUR.

Para los demás Estados Partes, entrará en vigor el trigésimo día posterior al depósito de su respectivo instrumento de ratificación.

Artículo 17°

El Gobierno de la República del Paraguay será el depositario del presente Acuerdo y de los instrumentos de ratificación y enviará copias debidamente autenticadas de los mismos a los Gobiernos de los demás Estados Partes.

El Gobierno de la República del Paraguay notificará a los Gobiernos de los demás Estados Partes la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo y la fecha del depósito de los instrumentos de ratificación.

Hecho en la ciudad de Florianópolis, el 15 de diciembre de 2000, en un ejemplar original, en los idiomas portugués y español, siendo ambos textos igualmente auténticos.

MERCOSUR/CMC/DEC. N° 17/05 PROTOCOLO DE ASUNCIÓN SOBRE COMPROMISO CON LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR

VISTO: El Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto y la Decisión N° 40/04 del Consejo del Mercado Común.

CONSIDERANDO: Que es fundamental asegurar la protección, promoción y garantía de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de todas las personas

Que el goce efectivo de los derechos fundamentales es condición indispensable para la consolidación del proceso de integración

El CONSEJO DEL MERCADO COMÚN DECIDE:

Art. 1 – Aprobar la suscripción del Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR, que consta como Anexo de la presente Decisión.

Art. 2 – Esta Decisión no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR.

XXVIII CMC – Asunción, 19/VI/05

PROTOCOLO DE ASUNCIÓN SOBRE COMPROMISO CON LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR

La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del MERCOSUR, en adelante las Partes,

REAFIRMANDO los principios y objetivos del Tratado de Asunción y del Protocolo de Ouro Preto;

TENIENDO PRESENTE la Decisión CMC 40/04 que crea la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del MERCOSUR;

REITERANDO lo expresado en la Declaración Presidencial de las Leñas el 27 de junio de 1992, en el sentido de que la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición indispensable para la existencia y el desarrollo del MERCOSUR;

REAFIRMANDO lo expresado en la Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR;

RATIFICANDO la plena vigencia del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en

el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile;

REAFIRMANDO los principios y normas contenidas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos regionales de derechos humanos, así como en la Carta Democrática Interamericana;

RESALTANDO lo expresado en la Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, que la democracia, el desarrollo y el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente;

SUBRAYANDO lo expresado en distintas resoluciones de la Asamblea General y de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que el respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales son elementos esenciales de la democracia;

RECONOCIENDO la universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos, sean derechos económicos, sociales, culturales, civiles o políticos;

REITERANDO la Declaración Presidencial de Puerto Iguazú del 8 de julio de 2004 en la cual los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR destacaron la alta prioridad que le asignan a la protección, promoción y garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas que habitan el MERCOSUR;

REAFIRMANDO que la vigencia del orden democrático constituye una garantía indispensable para el ejercicio efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, y que toda ruptura o amenaza del normal desarrollo del proceso democrático en una de las Partes pone en riesgo el goce efectivo de los derechos humanos;

ACUERDAN LO SIGUIENTE:

ARTICULO 1

La plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre las Partes.

ARTICULO 2

Las Partes cooperarán mutuamente para la promoción y protección efectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales a través de los mecanismos institucionales establecidos en el MERCOSUR.

ARTICULO 3

El presente Protocolo se aplicará en caso de que se registren graves y sistemáticas violaciones de

los derechos humanos y libertades fundamentales en una de las Partes en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción previstos en los ordenamientos constitucionales respectivos. A tal efecto las demás Partes promoverán las consultas pertinentes entre sí y con la Parte afectada.

ARTÍCULO 4

Cuando las consultas mencionadas en el artículo anterior resultaren infructuosas, las demás Partes considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente

Dichas medidas abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos del proceso de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes del mismo.

ARTÍCULO 5

Las medidas previstas en el artículo 4 serán adoptadas por consenso por las Partes, y comunicadas a la Parte afectada, la cual no participará en el proceso decisorio pertinente. Esas medidas entrarán en vigencia en la fecha en que se realice la comunicación respectiva a la Parte afectada.

ARTÍCULO 6

Las medidas a que se refiere el artículo 4 aplicadas a la Parte afectada, cesarán a partir de la fecha de la comunicación a dicha Parte de que las causas que las motivaron fueron subsanadas. Dicha comunicación será transmitida por las Partes que adoptaron tales medidas.

ARTÍCULO 7

El presente Protocolo es parte integrante del Tratado de Asunción.

ARTÍCULO 8

El presente Protocolo se encuentra abierto a la adhesión de los Estados Asociados al MERCOSUR.

ARTICULO 9

El presente Protocolo entrará en vigor treinta (30) días después del depósito del instrumento de ratificación por el cuarto Estado Parte del MERCOSUR.

ARTICULO 10

La República del Paraguay será depositaria del presente Protocolo y de los respectivos instrumentos de ratificación, debiendo notificar a las Partes la fecha de los depósitos de esos instrumentos y de la entrada en vigor del Protocolo, así como enviarles copia debidamente autenticada del mismo. HECHO en la ciudad de Asunción, República del Paraguay, a los diecinueve días del mes de junio de dos mil cinco, en un original, en los idiomas español y portugués, siendo ambos textos igualmente auténticos.

