

El caso Familia Pacheco Tineo: expulsión de extranjeros, niñez migrante y asilo*

Familia Pacheco Tineo case: Expulsion of foreigners, migrant childhood and asylum

Fernando Arlettaz

Universidad de Zaragoza, España-UNISANGIL, Colombia

Es Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad de Zaragoza. Sus áreas de trabajo son, entre otras, la laicidad del Estado y la libertad de conciencia, el estatuto de extranjeros y migrantes, y el multiculturalismo y las minorías.

fernandoarlettaz@yahoo.com.ar

RESUMEN

El artículo realiza un análisis de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Se señalan tres aspectos. Primero, la aplicación de los criterios establecidos en decisiones previas sobre las garantías en caso de expulsión de extranjeros y su relación con el principio de no devolución. Segundo, la consideración que hace la Corte (por primera vez) sobre el derecho a buscar y recibir asilo reconocido convencionalmente. Tercero, la atención que se presta a la especial protección de la que es merecedora la niñez migrante, tanto en relación con la expulsión del territorio del Estado como en relación con el derecho al asilo, en vistas a la protección de su interés superior. El artículo ubica la sentencia en el contexto de los precedentes interamericanos (de la propia Corte y de la Comisión) sobre los temas involucrados y pone de manifiesto sus aportes novedosos.

Palabras clave: Migración – asilo – expulsión de extranjeros – derechos de la infancia.

ABSTRACT

The article analyzes the judgment of the Inter-American Court of Human Rights in the *Familia Pacheco Tineo vs. Plurinational State of Bolivia* case. Three aspects are considered. First, the application of the criteria set out in former decisions on guarantees in case of expulsion of foreigners and their relationship with the principle of *non-refoulement*. Second, the consideration of the Court (for the first time) on the right to seek and receive asylum recognized in the American Convention. Third, the attention put into the special protection that migrant children receive, both in relation to the expulsion from the territory of the State and the right to asylum, in view of the protection of their best interest. The article places the judgement in the context of the Inter-American Court and Commission precedents, on the issues involved and reveals its innovative contributions.

Key words: Migration – asylum – expulsion of foreigners – rights of children.

* Artículo preparado en el marco del proyecto de investigación "Derecho de asilo en la jurisprudencia interamericana" (Grupo de Estudios Constitucionales, UNISANGIL).

Introducción

A fines de noviembre de 2013 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dictó sentencia en el asunto *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*¹. En ella la Corte consideró tres temas, íntimamente relacionados entre sí: la expulsión de extranjeros del territorio del Estado, el derecho a buscar y recibir asilo, y la situación de los menores migrantes. De ellos nos ocupamos en este artículo.

Con carácter previo, resulta un dato de interés señalar que, en el caso, la Corte Interamericana hizo referencia a otras instancias internacionales, particularmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)². No es la primera vez que la instancia americana remite a su homóloga europea en temas migratorios³. Las posiciones de la instancia americana son más audaces que las de la europea, que suele tener opiniones conservadoras en relación con la protección de los migrantes. Sin embargo, es de destacar la notable precisión conceptual del Tribunal Europeo, frente a los grandes defectos de la técnica americana⁴. Como veremos, ambos aspectos (la audacia sobre el fondo y la imprecisión técnica) están presentes en la sentencia que motiva este artículo.

1. Los hechos del caso

La familia Pacheco Tineo se componía de Rumaldo Juan Pacheco y Fredesvinda Tineo, y sus hijos menores Frida Edith, Juana Guadalupe y Juan Ricardo. Todos ellos eran de nacionalidad peruana, con excepción de Juan Ricardo, de nacionalidad chilena.

A principios de la década de 1990 Rumaldo Pacheco y Fredesvinda Tineo fueron procesados en Perú por supuestos delitos de terrorismo. Estuvieron detenidos y fueron víctimas de violaciones a su integridad personal, como lo declararía con posterioridad la propia Corte Interamericana⁵. En 1994 fueron absueltos y puestos en libertad, aunque la sentencia absolutoria sería luego anulada. Al año siguiente, los señores Rumaldo y Fredesvinda, junto a sus dos hijas, se establecieron en Bolivia, donde les fue reconocido el estatuto de refugiados. En 1998 la familia se trasladó hacia Chile, donde también les fue reconocido el estatuto de refugiados. Allí nació el menor de los hijos de la familia.

A comienzos de 2001 la familia regresó por unos días a Perú. Según sus afirmaciones, el objetivo del viaje era gestionar su posible retorno definitivo. Sin embargo, al ser advertidos por su abogado de que todavía estaban vigentes las órdenes de detención en su contra, decidieron volver a salir del país con destino a Chile. Por temor a ser detenidos por las autoridades peruanas, optaron por cruzar de modo ilegal la frontera peruano-boliviana con el objetivo de llegar luego a su destino final.

¹ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.

² TEDH. *Caso Gebremedhin vs. Francia*. Segunda sección. Sentencia del 26 de abril de 2007 (referencia relativa al asilo). TEDH. *Caso Jabari vs. Turquía*. Cuarta sección. Sentencia del 11 de julio de 2000 (referencia sobre el riesgo en caso de expulsión). Ambos citados en Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, op. cit., párr. 156 y notas 196-197.

³ Ver, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, nota 236. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párrs. 85, 117, 229 y 235.

⁴ Para una perspectiva general sobre los extranjeros en el TEDH, ver LAMBERT, Hélène. *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*. Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2007.

⁵ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

Una vez en La Paz, los señores Rumaldo y Fredesvinda se presentaron ante el Servicio Nacional de Migración de Bolivia para solicitar su ayuda para llegar a Chile. Alegando su ingreso ilegal a Bolivia, el Servicio de Migración boliviano retuvo sus pasaportes y detuvo a la señora Fredesvinda. No se explica por qué la privación de libertad se limitó a ella, cuando la situación migratoria de toda la familia era la misma. El procedimiento de *habeas corpus* incoado, resuelto con posterioridad a la puesta en libertad de Fredesvinda y confirmado por el Tribunal Constitucional, determinaría la ilegalidad de la detención.

Paralelamente, el señor Rumaldo presentó una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiados a nombre propio y de su esposa. Al tomar la autoridad policial conocimiento de la solicitud, la señora Fredesvinda fue puesta en libertad. La solicitud de refugio fue rechazada por la Comisión Nacional del Refugiado, mediante un procedimiento que se hizo sin la audiencia de los interesados. El principal argumento para el rechazo fue que durante su anterior estancia en Bolivia en carácter de refugiado, y antes de salir hacia Chile, el señor Rumaldo había firmado una declaración jurada de repatriación voluntaria a su país (que luego no había cumplido, ya que había ido a Chile y no a Perú). A juicio de la autoridad, esto implicaba reconocer que había cesado la persecución en su contra. En consecuencia, el Servicio de Migración decidió expulsar a la familia, que nunca fue notificada de esa resolución.

A pesar del acuerdo entre las autoridades bolivianas y el consulado de Chile para que la expulsión se hiciera con destino a este país, las autoridades bolivianas entregaron a la familia a las autoridades migratorias peruanas en la frontera. Los esposos Pacheco Tineo permanecieron privados de su libertad, por parte de las autoridades peruanas, hasta mediados de 2001. Luego de su puesta en libertad, la familia regresó a Chile.

La Corte halló diversas violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), a las que nos referiremos de inmediato, y en consecuencia ordenó la reparación de los perjuicios causados: declaró que la sentencia (que debía ser publicada por Bolivia) constituía *per se* una forma de reparación y mandó indemnizar a las víctimas. Ordenó también a Bolivia implementar programas permanentes de capacitación dirigidos a los funcionarios que tengan contacto con personas migrantes o solicitantes de asilo.

2. La expulsión de extranjeros

Expulsión es el acto jurídico por el cual un Estado obliga a una persona o grupo de personas que no son nacionales suyos a abandonar su territorio⁶. Anteriormente, la Corte había tenido ocasión de pronunciarse sobre las exigencias convencionales aplicables a la expulsión. En el caso *Nadege Dorzema* encontró una violación del artículo 22.9 de la CADH, que prohíbe las expulsiones colectivas, ya que las autoridades nacionales no habían considerado las circunstancias individualizadas de cada una de las personas expulsadas⁷. En ese mismo caso había señalado algunas garantías aplicables: derecho a ser informado de los motivos de la expulsión; derecho a la debida notificación de la decisión de expulsión; derecho a someter el caso a revisión ante la autoridad competente; derecho a la asistencia letrada; derecho a contar con traductor o intérprete; derecho al respeto de las normas que garantizan la intervención consular⁸. La Corte había mencionado

⁶ KAMTO, Maurice. Informe preliminar del Relator Especial sobre la expulsión de extranjeros. A/CN.4/554, 2005, párr. 13.

⁷ Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, op. cit., párrs. 171-178.

⁸ *Ibídem*, párrs. 145-178. Sobre el derecho a la asistencia consular: Corte IDH. *El derecho a la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A

también, al pasar, la garantía de que la expulsión se haga de conformidad con la ley, expresa en el artículo 22.6 de la CADH⁹.

Estas garantías son una derivación del principio del debido proceso y pueden considerarse una exigencia no solo derivable de la CADH, sino también de la Declaración Americana de Derechos Humanos (DADH)¹⁰, aunque esta última no contenga ninguna mención sobre la expulsión de extranjeros. Por ello la Comisión Interamericana ha sostenido que tales garantías son aplicables a procedimientos de expulsión incluso respecto de Estados que no son parte en la CADH¹¹. En el caso que nos ocupa, la Corte reiteró los principios del debido proceso y las garantías específicas que de él se derivaban en relación con los procedimientos de expulsión¹². Dos puntos resultan de interés.

El primero es que la Corte obvió toda mención al artículo 22.6, que aunque establece el principio de que la decisión de expulsión esté fundada en la ley, limita esta garantía a la expulsión de extranjeros en situación legal en el territorio. Es verdad que el artículo había sido mencionado por los representantes de las víctimas en sus alegatos en relación con el principio de legalidad del artículo 9 de la CADH (referido literalmente a la legalidad en el ámbito penal) y que la Corte había rechazado estas alegaciones por extemporáneas. Sin embargo, en virtud del principio *iura novit curia*, la Corte habría podido invocar ella misma el artículo 22.6, a pesar de la extemporaneidad de su planteamiento por los interesados. Pero esto la habría llevado a confrontar un artículo de la CADH de espíritu restrictivo con su jurisprudencia según la cual la garantía del debido proceso ampara a todo extranjero, con independencia de su situación ante la ley migratoria¹³. En el caso que comentamos, la Corte reiteró el principio general de legalidad en la expulsión¹⁴, sin establecer ninguna restricción respecto de los extranjeros en situación irregular. Previamente, alguna doctrina había sostenido que la cláusula de la *legal estancia*, prevista en el artículo 22.6 como requisito para que sea de aplicación la garantía de la legalidad, resultaba inaplicable o había sido tácitamente derogada¹⁵. Creemos en cambio que una lectura sistemática de la CADH obligaría a afirmar que el principio de legalidad se aplica a todo proceso migratorio, pero que cuando se trata de un proceso de expulsión solo beneficia a los extranjeros en situación regular. Aunque esta solución resulte poco feliz desde el punto de vista de la progresividad de los derechos, no vemos de qué manera puede la Corte simplemente ignorar un artículo de la CADH que está llamada a aplicar.

El segundo punto de interés es que, por primera vez, la Corte señaló que las reglas aplicables en caso de expulsión de extranjeros deben leerse a la luz del principio de no devolución (artículo 22.8

No. 16. Sobre el debido proceso en relación con las personas migrantes: Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

⁹ *Ibidem*, párrs. 145-178.

¹⁰ O'DONNELL, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Ciudad de México, Superior Tribunal de Justicia del Distrito Federal, 2012, p. 627.

¹¹ Entre otros: Comisión IDH. *Andrea Mortlock (Estados Unidos)*. Informe 63/08 de 25 de julio de 2008. Caso 12.534, párrs. 82-84. Comisión IDH. *Smith, Armendáriz y otros (Estados Unidos)*. Informe 81/10 de 12 de julio de 2010. Caso 12562, párrs. 62-63.

¹² Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, op. cit., párrs. 129-135.

¹³ Respecto de la legalidad en los procesos migratorios ver: ARLETTAZ, Fernando. *Límites convencionales a las políticas migratorias en el sistema interamericano de derechos humanos*. Papeles "El tiempo de los derechos". (17), 2014.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, op. cit., párr. 133.

¹⁵ MENDOS, Lucas y MUÑOZ, Rosario. *Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes*. En: REY, Sebastián (Ed.). *Problemas actuales de Derechos Humanos*. Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 208.

de la CADH), que beneficia a todas las personas, con independencia de si se les ha reconocido o no el carácter de asilados, y de su situación migratoria a la luz de la normativa del Estado¹⁶.

En el caso, la Corte halló que del conjunto de infracciones procedimentales (la falta de notificación de la apertura del procedimiento de expulsión y de los cargos bajo el régimen migratorio; la falta de audiencia de los interesados; la falta de motivación de la decisión de expulsión y del país de destino elegido para ejecutarla; el plazo irrazonablemente corto en el que la decisión fue adoptada y ejecutada) y de la falta de consideración de los riesgos que implicaba la devolución se colegía una violación del derecho a buscar y recibir asilo (artículo 22.7 de la CADH) y el principio de no devolución (artículo 22.8), en relación con los principios del debido proceso (artículo 8). Además, existía violación del derecho a la efectiva protección judicial (artículo 25), ya que por las circunstancias del caso los recursos teóricamente existentes no resultaban efectivos.

Creemos que la Corte incurrió aquí en un error conceptual¹⁷. En efecto, expulsar a una persona del territorio del Estado sin verificar si esa expulsión puede colocar a esa persona en situación de riesgo implica violar el principio de no devolución, pero no necesariamente el derecho a buscar y recibir asilo (por ejemplo, porque el expulsado nunca pidió asilo, porque lo pidió y su solicitud fue correctamente rechazada, etcétera). Es verdad que en el caso, como veremos luego, se daba además una violación del derecho a buscar y recibir asilo. Pero tal violación no provenía de la expulsión, sino del hecho de que el Estado no había considerado con las debidas garantías la solicitud de protección internacional.

3. Asilo

3.1 Aspectos conceptuales

Esta sentencia es la primera ocasión en la que la Corte Interamericana se pronuncia sobre un caso de asilo. En sentido amplio, el concepto de *asilo* comprende la protección que un Estado ofrece a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligro por actos, amenazas y persecuciones de las autoridades de otro Estado o por personas o grupos de personas que hayan escapado al control de esas autoridades¹⁸. La institución del asilo asume dos formas: la territorial y la diplomática, según que la protección sea concedida en el territorio mismo del Estado que lo presta o en sus legaciones diplomáticas.

Sin embargo, junto con la expresión *asilo* se utiliza la de *refugio* sin que las relaciones entre una y otra sean totalmente transparentes. Así, en el contexto de la denominada *tradición latinoamericana de asilo*, los tratados regionales utilizan de forma bastante promiscua las voces *asilo* y *refugio*¹⁹.

¹⁶ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, op. cit., párr. 136.

¹⁷ La jurisprudencia de la Corte en materia migratoria no se caracteriza precisamente por la precisión conceptual. Ver: ARLETTAZ, Fernando. Extranjeros, migrantes y trabajadores migrantes en la jurisprudencia interamericana. *Revista de derecho migratorio y extranjería*. (36): 247-260, 2013.

¹⁸ DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid, Tecnos, 1985, p. 465.

¹⁹ Convención sobre Asilo (La Habana, 1928), modificada por la Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1939); Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos (Montevideo, 1939); Convención sobre Asilo Territorial y Convención sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954). Ver ESPONDA FERNÁNDEZ, Jaime. La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados. En: FRANCO, Leonardo (coord.). *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*. Costa Rica, ACNUR, 2004, pp. 79-125. SAN JUAN, César y MANLY, Mark. Informe general de la investigación. En: FRANCO, Leonardo (Coord.). op. cit., pp. 31-72.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se contempla la protección territorial. Tanto la CADH como la DADH utilizan la expresión *asilo*, para referirse a una protección otorgada a quienes son perseguidos por delitos políticos o conexos (artículo 22.7 de la CADH), o por cualquier razón que no sea originada en delito común (artículo XXVII de la DADH). El mismo vocablo es utilizado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y la Declaración sobre Asilo Territorial de 1967. En cambio, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951 y su Protocolo hablan de *refugio* como la protección que se reconoce a quien tiene “fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”.

Este desarrollo estratificado del derecho internacional en relación con la materia de la protección internacional de personas perseguidas ha dado lugar a una gran controversia en torno del alcance de los conceptos de *asilo* y *refugio*. Se han dado múltiples intentos de delimitación, de forma más o menos exitosa²⁰. En nuestro criterio no es posible distinguir el asilo y el refugio como si fueran dos instituciones distintas y bien delimitadas. Existen muchos instrumentos de protección internacional de personas perseguidas que guardan complejas relaciones entre sí: el alcance concreto de la protección internacional dependerá de los compromisos internacionales que haya asumido cada Estado. Si para esa protección se utiliza el término *asilo* o el término *refugio* también dependerá del contexto convencional en el que esa protección se enmarque, aunque no parece que sea tan importante que se use uno u otro término mientras que el Estado cumpla con sus obligaciones sustantivas. Igualmente, si el Estado decide, de modo interno, organizar un sistema unitario de protección internacional o, por el contrario, establecer cauces diferentes (por ejemplo, uno para quienes solicitan protección bajo determinada convención de la tradición latinoamericana y otro para quienes solicitan protección bajo la Convención de 1951) es una cuestión que, aunque por supuesto tiene gran relevancia práctica desde el punto de vista del solicitante de protección, es irrelevante desde la perspectiva internacional mientras el Estado cumpla con sus obligaciones en la extensión debida.

3.2 El tratamiento del asilo por la Corte

En el caso que analizamos, la Corte incurre en una lamentable vaguedad conceptual acerca de las relaciones entre el asilo de la CADH y el refugio del sistema universal. Señala que el asilo es un *mecanismo* para la protección de los refugiados²¹ y habla de *interrelación* y *complementariedad* entre el derecho al asilo y el derecho internacional de los refugiados²². Pero también dice que el refugio es una *modalidad* del asilo²³. En estas idas y vueltas conceptuales, el resultado termina

²⁰ El asilo se otorgaría para proteger a una persona que es perseguida por delitos políticos, mientras que el refugio tendría una finalidad protectoria más amplia que comprende a cualquier persona perseguida (FISCHEL DE ANDRADE, José H. Derecho de los refugiados en América Latina: reflexiones sobre su futuro. En: NAMIHAS, Sandra. Derecho internacional de los refugiados. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 99. RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. Consideraciones generales acerca del derecho internacional de los refugiados. En: Jornadas sobre los sistemas internacionales de protección jurídica de la persona humana. Buenos Aires, CICR – IIDH – ACNUR – Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 1991, pp. 24-101). Según otra perspectiva, el asilo sería la institución genérica de protección que incluiría tanto el régimen de los refugiados de la Convención de 1951 como el del asilo propiamente dicho de los tratados americanos (*Declaración de Tlatelolco sobre acciones prácticas en el derecho de los refugiados en América Latina y el Caribe* (1999), parte II, considerando 6).

²¹ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, op. cit., párr. 139.

²² Ibídem, párrs. 142-143.

²³ Ibídem, párr. 139.

siendo una identificación entre la figura del asilo del sistema interamericano y la del refugio del sistema universal.

La incorporación de la protección de los refugiados propia del sistema universal en el contexto del asilo del sistema interamericano ya había sido sugerida por trabajos de doctrina²⁴. A pesar de la imprecisión conceptual de la Corte, la vinculación entre ambas figuras es pertinente: por un lado, porque el propio artículo 22.7 indica que el derecho de buscar y recibir asilo se reconoce “de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”; por otro lado, porque de acuerdo con el artículo 29.b de la CADH, ella no debe interpretarse en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho que pueda estar reconocido de acuerdo con otra convención en que sea parte el Estado. La posición es además consistente con la interpretación que la Comisión Interamericana ha hecho de la disposición equivalente de la DADH (artículo XXVII) que también se refiere al derecho de buscar y recibir asilo “de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”²⁵.

Una cuestión de trascendental importancia en el contexto de la CADH es si existe un verdadero derecho a obtener asilo o si su reconocimiento es un acto discrecional del Estado y solo existe un derecho a buscarlo, pero no a obtenerlo. Según la CADH, el derecho a buscar y recibir asilo se tiene “de acuerdo con legislación interna y el derecho internacional”. Esta remisión parecería llevar a reconocer un derecho condicional: solo habrá un derecho a buscar o a recibir asilo amparado por la CADH si el derecho interno o el derecho internacional (distinto de la CADH) así lo reconocen. En el caso que nos ocupa la Corte no solo dijo que los instrumentos interamericanos no aseguran que un solicitante de asilo reciba la protección que busca, sino que además dejó claramente sentado que no le correspondía hacer evaluación de la procedencia de la solicitud de asilo, que “es competencia de las autoridades nacionales”²⁶.

Sin embargo, esta afirmación de la Corte debe compatibilizarse con aquella otra según la cual la solicitud de asilo debe ser considerada “con las debidas garantías”²⁷. En efecto, la Corte subrayó que las garantías del debido proceso y de la protección judicial (artículos 8 y 25) resultan de aplicación en los procedimientos de asilo²⁸. Así, deben garantizarse las facilidades necesarias para someter su solicitud ante las autoridades. Esta debe examinarse con objetividad, por una autoridad competente claramente identificada, realizándose una entrevista personal. Las decisiones deben estar expresamente fundamentadas. El procedimiento debe respetar la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad. Si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre cómo recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello. El recurso debe tener efectos suspensivos, a menos de que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada²⁹. Además, el principio de no devolución, que incluye la prohibición de la devolución indirecta, obliga a los Estados a realizar

²⁴ PIZA ESCALANTE, Rodolfo y CISNEROS SÁNCHEZ, Máximo. Algunas ideas sobre la incorporación del derecho de asilo y de refugio al sistema interamericano de Derechos Humanos. En: VVAA. Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina. México, UNAM, 1982, p. 110.

²⁵ Comisión IDH. *Caso de interdicción de haitianos (Estados Unidos)*. Caso 10.675. Informe 51/96 de 13 de marzo de 1997. Comisión IDH. *Cheryl Monica Joseph (Canadá)*. Caso 11.092. Informe 27/93 de 06 de octubre de 1993. Comisión IDH. *Michael Edwards (Bahamas)* caso 12.067; *Omar Hall (Bahamas)*, caso 12.068; y *Brian Schroeter y Jeronimo Bowleg (Bahamas)*, caso 12.086. Informe 48/01 de 04 de abril de 2001.

²⁶ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, op. cit., párr. 197.

²⁷ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, op. cit., párrs. 154-155.

²⁸ *Ibidem*, párr. 154.

²⁹ *Ibidem*, párr. 159.

un análisis “adecuado e individualizado” de las peticiones de protección internacional antes de rechazar a una persona en frontera o expulsarla del territorio del Estado³⁰.

Lo dicho antes puede conciliarse del siguiente modo. El derecho a recibir asilo solo se tiene si la legislación nacional lo reconoce. Sin embargo, la legislación nacional no puede establecer a su antojo los supuestos de asilo, sino que debe ceñirse a los instrumentos internacionales vigentes. De este modo, la Corte podrá hallar una violación del derecho a recibir asilo si la legislación de un Estado excluye del derecho a recibir asilo a quien goza de él según el derecho internacional o si en la evaluación de la solicitud de asilo se han violado las reglas del debido proceso. Pero supuesto que la legislación interna ha pasado el test del derecho internacional y que las garantías en la evaluación de la solicitud han sido respetadas, la Corte no puede entrar a evaluar el mérito de la decisión interna.

En el caso que comentamos, las autoridades bolivianas habían determinado sumariamente sobre la solicitud de asilo, sin dar audiencia a los solicitantes ni cumplir con su deber de orientación. Tampoco se había recibido prueba, ni se había valorado la situación concreta de cada solicitante al momento de la solicitud: el único fundamento de la negativa había sido la renuncia tácita que habría formulado el señor Pacheco a su condición anterior de refugiado. Además, la resolución que había denegado el asilo no se había notificado.

Por todo ello, la Corte declaró la violación del derecho a buscar y recibir asilo (artículo 22.7) y del principio de no devolución (artículo 22.8), en relación con las normas del debido proceso (artículo 8). En nuestra opinión, resulta más conveniente caracterizar la actividad del Estado solo como violación del derecho a buscar y recibir asilo en relación con el debido proceso, pero no del principio de no devolución, ya que la sola negativa al asilo (aunque sea manifiestamente infundada y violatoria de garantías procesales) no constituye una violación del principio de no devolución mientras no haya expulsión del territorio hacia otro territorio donde exista peligro. Es verdad que en el caso la negativa fue seguida de la expulsión del territorio hacia un territorio en el que la familia corría peligro; pero se trata de dos situaciones conceptualmente distinguibles: si la familia en lugar de ser expulsada hacia Perú hubiese sido expulsada hacia Chile (que, como vimos, estaba dispuesto a recibirla) habría habido violación del derecho a buscar y recibir asilo, pero no del principio de no devolución.

4. Derechos de la infancia

En relación con los hijos menores de la familia Pacheco Tineo, la Corte reiteró su jurisprudencia según la cual los niños son titulares de los derechos establecidos en la CADH, además de ser acreedores de las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las que deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso³¹. La especial protección que menciona la Corte exige una acción reforzada de parte del Estado, que va más allá de la protección

³⁰ *Ibídem*, párr. 152. En este punto la Corte cita: Comisión IDH. *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1. 28 de febrero de 2000, párr. 111.

³¹ Entre otros, Corte IDH. *Caso de los “niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63. Corte IDH. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C N° 242.

de derechos que se dispensa a la generalidad de las personas³². Por otro lado, cualquier decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño debe tomar en cuenta su interés superior³³.

En un caso anterior la Corte ya se había pronunciado sobre la situación de menores de edad extranjeros: se trataba de la falta de inscripción en el registro civil, por parte de la República Dominicana, de dos niñas nacidas en territorio de este país, pero cuyas familias eran de origen haitiano. La Corte había concluido que había existido una violación de los derechos a la nacionalidad, al nombre, a la igualdad ante la ley y a la personalidad jurídica, en todos los casos con base en el artículo respectivo de la CADH en relación con el artículo 19. El Estado no solo había incumplido su deber de especial protección de la infancia, sino que además había creado él mismo una nueva causa de vulnerabilidad, al colocar a las niñas en situación de apátridas³⁴.

Para la Corte, el artículo 19 de la CADH establece una obligación a cargo del Estado de respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños en otros instrumentos internacionales aplicables. En lo que aquí interesa, han de tenerse en cuenta los artículos 12 y 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los que reconocen, respectivamente, el derecho de los niños de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte y su derecho a recibir la protección y asistencia necesaria cuando tienen o buscan el estatuto de refugiados³⁵.

En nuestro caso, los niños habrían debido ser escuchados tanto en relación con la solicitud de refugio como en el contexto del procedimiento de expulsión. En cuanto a la solicitud de refugio, la Corte dijo que los niños deben gozar de garantías procedimentales específicas para proteger su superior interés, tanto si son ellos mismos solicitantes de asilo como si el solicitante de asilo es uno de los miembros de su familia y ellos se ven indirectamente beneficiados en razón del principio de unidad familiar³⁶.

Por otro lado, los niños deben ser escuchados no solo en los procedimientos de expulsión que puedan seguirse contra ellos mismos, sino también contra miembros de su familia³⁷. Bajo ciertas condiciones, la separación de niños de su familia puede constituir una violación del artículo 17 sobre la protección debida a la familia³⁸. En el caso que comentamos, pues, los niños tenían derecho a una protección especial en relación con el debido proceso y la protección de la familia. Al no haber ejercitado esta protección especial, el Estado violó los derechos reconocidos en los artículos 19 y 17 de la CADH, en relación con los artículos 8, 22.7, 22.8 y 25, en perjuicio de los tres menores³⁹.

³² AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*. 6(1):223-247, 2008.

³³ Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 65.

³⁴ Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

³⁵ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, op. cit., párrs. 217-219.

³⁶ *Ibíd*em, párrs. 224-225.

³⁷ *Ibíd*em, párr. 227.

³⁸ Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, op. cit., párrs. 71-72. Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*, op. cit., párr. 116.

³⁹ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, op. cit., párrs. 228-229.

Conclusiones

La Corte determinó que en el caso hubo violación de diversos derechos convencionales: las normas del debido proceso, el principio de no devolución y el derecho a buscar y recibir asilo, así como aquellas relativas a la protección de la infancia y de la familia y el derecho a la integridad física y moral.

Uno de los aspectos más importantes de esta sentencia es que la Corte se refirió por primera vez, en forma directa, a la institución del asilo. Dos cuestiones resultaban tradicionalmente controvertidas en el contexto del sistema interamericano⁴⁰. La primera era si las garantías de los artículos 8 y 25 eran también aplicables a los procedimientos de asilo. La Corte dio una respuesta positiva. La segunda era si la obtención del asilo es un verdadero derecho. Aunque es verdad que una denegación de asilo absolutamente carente de motivación resultaría violatoria del debido proceso, no es menos cierto que la Corte deja la decisión sobre el fondo de la solicitud de asilo en manos del Estado. Sugiere así que lo único que exige el régimen interamericano es que la solicitud sea considerada bajo las debidas garantías, no que el asilo sea efectivamente otorgado.

Un poco después, en la Opinión Consultiva sobre niñez migrante la Corte afirmará directamente que existe un derecho subjetivo a recibir asilo⁴¹. Al afirmar la existencia de este verdadero derecho subjetivo la Corte remite a su posición en el caso *Pacheco Tineo*⁴². Sin embargo, en este lugar la Corte no dijo lo que luego *dice que dijo*, sino que fue mucho más ambigua.

En lo que se refiere a la expulsión de extranjeros, la Corte reafirmó su jurisprudencia previa. Sin embargo, introdujo un elemento nuevo: el principio de no devolución resulta operativo no solo en el contexto concreto de las solicitudes de asilo, sino también en procedimientos de expulsión.

Por otra parte, la mención a la protección específica de la que es merecedora la infancia puede verse quizá como un anticipo de lo que la Corte dijo más tarde en la Opinión Consultiva sobre niñez migrante⁴³. El principio general que informa la Opinión Consultiva es que los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de los niños, de modo que su protección y desarrollo integral deben primar por sobre cualquier consideración de nacionalidad o estatus migratorio. Más concretamente, tres de los puntos específicos de la solicitud de opinión consultiva se refirieron a la situación de niños solicitantes de asilo o refugio, al principio de no devolución y al derecho a la vida familiar de los menores al disponerse la expulsión de sus padres.

⁴⁰ MANLY, Mark. La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En: FRANCO, Leonardo (coordinador). op. cit., pp. 126-160.

⁴¹ Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 73.

⁴² La remisión es a Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, op. cit., párrs. 137-140.

⁴³ Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, op. cit., párrs. 61-71.