Litigio en red para la defensa de derechos de la población migrante y refugiada en Colombia

A propósito de las obligaciones derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos

Equipo Programa de Asistencia Legal a Población con Necesidad de Protección Internacional - PNPI Consultorio Jurídico, Universidad del Rosario¹⁵

Recibido: mayo 30 de 2019 - Aprobado: julio 2 de 2019

Resumen

La única fuente normativa en Colombia que hace referencia al reconocimiento de la condición de refugio es el Decreto 1067 de 2015. Su contenido atiende, en principio, a las disposiciones consagradas en el marco de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la Declaración de Cartagena. En este contexto, como parte del litigio en red, el Programa de Asistencia Legal a Población con Necesidad de Protección Internacional (PNPI), del que hacen parte cinco universidades del país, entre ellas la Universidad del Rosario, han encontrado que en el Decreto en mención, existe una serie de elementos que limitan el ejercicio pleno de los derechos de los solicitantes y perjudican la integralidad de las declaraciones respecto de la solicitud de reconocimiento. De ahí que se quiera impulsar la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de los artículos que consideramos, ya que no atienden al fin último de los compromisos internacionales y obligaciones estatales referidas a este procedimiento.

15 Equipo Programa de Asistencia Legal a Población con Necesidad de Protección Internacional - PNPI Consultorio Jurídico, Universidad del Rosario: Shannon McGuire, Karol Tatiana Sanabria Rodríguez, Evelin Yusseth Asprilla Caicedo, Daniel López Álvarez, María Daniela Pacheco Aranda; María Fernanda Calero Durán; Santiago Garzón Amaya; Valentina Carvajal Henao; Jorge Andrés Bustillo Naranjo; David Canchila Monsalve; Alejandro Martínez Guzmán; María Daniela Novoa Meneses; Rubén Darío Urrea Forero; Angie Daniela Yepes García; Daniel Alejandro Orobio Hurtado; Julián Camilo Zolórzano Sánchez. Dirigió: Laura Ximena Pedraza Camacho, Universidad del Rosario, Coordinadora del Programa de Asistencia Legal a PNPI, uniroario@opcionlegal.org; pedrazac.laura@urosario.edu.co

De esta forma, el Programa de la Universidad del Rosario, mediante un proceso pedagógico y articulado de investigación pretende consolidar los argumentos jurídicos del panorama expuesto con anterioridad, haciendo énfasis en los que se relacionan con el debido proceso administrativo. Este ejercicio, se construye en espacios de debate donde se aborda el estudio de opiniones consultivas, jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, informes temáticos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y observaciones emitidas respecto a la garantía del debido proceso como pilar de las actuaciones de la administración, obligación derivada de la Convención Americana, de la cual Colombia es parte.

Palabras clave: Decreto 1067 de 2015, nulidad por inconstitucionalidad, Convención Americana de DDHH, debido proceso, garantías judiciales.

Abstract

The unique normative about recognition of refugee condition in Colombia is Decree 1067 of 2015. Its content serves, in principle, to dispositions preview about Convention on the Status of Refugees and the Cartagena Declaration. How part of reader litigation, the Assistance Legal Program for People with International Protection Necessities, which have five universities articulated in Colombia, between them the University of Rosario, have found that, in decree mentioned, exists several elements that limit complete exercise of requesters rights, and affect the declaration integrity about recognition request. From there, the purpose of to promote the nullity declaration for unconstitutionality, of some considerate articles, because do not attend to final objective of international compromises and state obligations references to this procedure. Attending to this context, the Assistance Legal Program of Rosario, through a pedagogic process and articulated of investigation, to pretend consolidate the judicial arguments, in particular, there related with administrative due process. This exercise will be constructed thought of debate spaces where will studied advisory opinions, Interamerican Court of Human Rights jurisprudence, thematic informs of Interamerican Commission of Human Rights and observations issues in relation with the due process guaranty how pillar of administrative actuaciones, obligation derivate of American Convention which Colombia is signatory.

Key words: Decree 1067 de 2015, nullity due to unconstitutionality, American Convention on Human Rights, due process, judicial guarantees.

Introducción

El Programa de Asistencia Legal a Población con Necesidad de Protección Internacional - PNPI de la Universidad del Rosario hace parte de la red de universidades que en el país se ha propuesto brindar asistencia legal a la población focalizada, en municipios de frontera y municipios del interior. En ese sentido, y en búsqueda de la protección de la población migrante con necesidad de protección internacional, mediante acciones jurídicas y jurisdiccionales, la red estima necesaria la implementación de una estrategia de litigio estratégico mediante la construcción conjunta de una acción de nulidad por inconstitucionalidad, donde se parta de un análisis del Decreto 1067 de 2015, puntualmente a las disposiciones referidas al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, a la luz del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, desde un enfoque de estudio a partir de tres derechos, a saber: debido proceso, mínimo vital y derecho al trabajo.

En virtud de ese análisis se hizo un contraste entre las garantías derivadas de esos derechos y las falencias del Decreto, las cuales implican la inconstitucionalidad de estas por ser contrarias al bloque de constitucionalidad. En primera medida se observó que el Decreto 1067 de 2015 carece de un término para responder la solicitud de la condición de refugiado lo cual implica una vulneración al debido proceso y en particular lo correspondiente a la exigencia de las autoridades de resolver en un término razonable lo cual se ve afectado por una falta de regulación al respecto. Por otra parte, se observa que el Decreto no contempla una segunda instancia pues no prevé la posibilidad de interponer el recurso de apelación frente a la decisión que niega la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, garantía prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos –en adelante la Convención–. Y por último, se tiene que el Decreto prevé que mientras el solicitante obtiene respuesta le será entregado un salvoconducto con el cual no es posible realizar una actividad productiva, lo cual afecta el mínimo vital y el derecho al trabajo.

1. Ausencia en el término de respuesta de la solicitud de condición de refugiado (Debido Proceso)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es un tratado que hace parte del marco jurídico para la protección de los derechos de los refugiados,

tanto así que es una de las fuentes de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984 y el primer instrumento regional en establecer el derecho de buscar y recibir asilo (Murillo, J., 2008, p. 4). De esta forma, en lo referente al artículo 8 de la Convención, las decisiones solo podrán efectuarse si se encuentran fundamentadas conforme a los criterios de la Ley y la debida notificación.

En este contexto, deben observarse los arts. 8.1 y 8.2 que establecen las garantías del debido proceso legal o derecho de defensa procesal, los cuales según la jurisprudencia interamericana en 2011 con el caso Familia Pacheco Tineo (Bolivia) son aplicables no solo respecto de los recursos judiciales, sino que también respecto de decisiones de cualquier autoridad pública que puedan tener incidencia sobre los DDHH de una persona (p.146, párr. 290; consultar pies de página). A su vez, los artículos mencionados no solo son aplicables en procesos de naturaleza penal sino también aquellos de "cualquier otro carácter" (p. 49, párr. 300; consultar pies de página), lo que incluye expresamente "los procedimientos para la determinación del estatuto de refugiado así como todo procedimiento que pueda culminar con la expulsión o la deportación de una persona"

Ahora bien, el informe de fondo 136/11 de la CIDH, sobre el caso presentado por la Familia Pacheco Tineo en Bolivia, establece que, inter alia, los procesos migratorios deben contar con "una comunicación previa y detallada del procedimiento para la determinación de la situación jurídica", con un "derecho a ser oído sin demora", con un "adjudicador competente, independiente e imparcial", con un "traductor/intérprete libre de cargos" (que en realidad debería entenderse como un derecho a comprender el procedimiento y los derechos), con una "representación legal", con una "decisión motivada", con una "notificación de la decisión", con un "derecho a recurrir la decisión" (en plazo razonable y con efectos suspensivos) y con "la información y acceso efectivo a la asistencia consular" como garantías mínimas procesales (pp. 152-60, párr. 307, 309-310, 312- 313 y 315-329; consultar pies de página).

Lo preocupante del texto mencionado, es que prima facie parece condicionar la razonabilidad del plazo para aquellos procedimientos de acuerdo con los cuales el migrante es privado de su libertad o para efectos de la impugnabilidad de la decisión, relacionándolo más con la defensa legal que con el derecho a recibir respuesta por parte del Estado.

Cabe resaltar, que el procedimiento de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, es de especial importancia en el Capítulo 11 del texto que enuncia dentro del marco jurídico internacional a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948, art. XXVII), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, art. 14), la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951; junto con su Protocolo de 1967), la Convención sobre Asilo Territorial (1954), la Convención sobre Asilo Diplomático (1954) y la CADH (arts. 22.7 y 29.b). En este sentido, en el Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, la Corte IDH (2013) reitera las garantías procesales mínimas previamente observadas en el marco del procedimiento de solicitud de condición de refugiado, adicionando "la protección de datos... y el principio de confidencialidad". Sin embargo, no se hacen observaciones sobre el término de respuesta de la solicitud en sí, por lo que es menester, que la respuesta a la solicitud de refugiado sea desfavorable o no, deba hacerse respetando las condiciones mínimas del debido proceso, que es recibir la decisión de la solicitud, en un tiempo prudencial.

Por último, la falta de notificación y la ausencia en el término de respuesta, son violaciones del artículo 8 de la Convención mencionada con anterioridad, puesto que pone al solicitante en un estado de incertidumbre respecto a su situación jurídica, lo cual genera una afectación directa a la confianza legítima depositada por los particulares en el Estado.

En segundo lugar, resulta relevante señalar lo dispuesto por la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984), puesto que demanda a los Estados "la adopción de normas internas que faciliten la aplicación de la Convención y el Protocolo y, si es preciso, que establezcan los procedimientos y recursos internos para la protección de los refugiados". Esto implica que para desarrollar un proceso sobre el reconocimiento o no de la condición de refugiado, se debe disponer de un procedimiento completo para la garantía de derechos de los solicitantes, como el derecho al debido proceso. El cual, dentro de su resolución, es un pronunciamiento sobre un estatus jurídico del que depende si el solicitante será o no objeto de protección internacional, y que tan solo se entenderá como protector de los refugiados, al incluir un término claro para responder la solicitud.

Por otro lado, en la Declaración y Plan de acción de Brasil (2014) se incluye el reconocimiento de los avances propuestos por el Sistema Interamericano de DDHH,

puntualmente, así como lo dispuesto por la Corte respecto del contenido y alcance del derecho a solicitar y recibir asilo.

Ahora bien, destacando la integración de las normas de debido proceso en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, se debe entender necesariamente la obligación de proponer un plazo razonable dentro del procedimiento de solicitud del reconocimiento del estatus de refugiado para la materialización de las garantías del debido proceso. En efecto, los Estados acordaron fortalecer los órganos de determinación de la condición de refugiados, incluyendo en sus ordenamientos formas de verificación del respeto por las garantías al debido proceso, acuerdo que estaría omitiendo el Estado colombiano por no establecer un plazo razonable para la resolución de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

2. Niños y adolescentes como solicitantes de la condición de refugiado

En este contexto, y respecto a la solicitud de refugio por parte de menores de edad, mediante opinión consultiva OC-21 (Corte IDH, 2014), se ha establecido que debe mediar un plazo razonable de acuerdo a su interés superior, ya que un proceso que no sea expedito, contribuye a la incertidumbre de sus derechos, lo cual redunda en un impacto a su integridad física, psíquica y emocional. Esta precisión es conveniente, ya que la Corte IDH ha desarrollado extensamente desde su primer caso, los conceptos del "interés superior del menor" y "plazo razonable" (párr. 143). En este sentido, la solicitud de refugio debe ser resuelta de forma prioritaria, y, en el término que el Estado tarde resolviéndola, es responsable de brindarle protección y cuidado al menor (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21, 2014, párr. 256).

No obstante, si bien no se hace referencia a la ausencia de término en la respuesta a la solicitud de refugio, la Corte IDH desarrolla las garantías especiales del debido proceso que a la luz de los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 19 del mismo instrumento, deben observarse en procedimientos migratorios que involucren la participación de niños, niñas y adolescentes (NNA).

En primer lugar, la Corte IDH en la OC-21 (2014) precisa que el derecho al debido proceso también aplica para procedimientos administrativos, cuando se esté determinando los derechos de las personas que se encuentran en procesos migratorios (párr. 111-113). En segundo lugar, reconoce que los Estados han adoptado medidas

privativas de la libertad de forma cautelar, mientras se resuelve una situación migratoria concreta. En un sentido amplio, es privativa de la libertad cualquier medida que implique una afectación a este derecho, ya sea mediante la privación total, la reclusión en un lugar cerrado o cualquier otra restricción menor que por su forma, duración, efectos y manera de implementación, supone una injerencia en el derecho de todo ciudadano a la libertad personal (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21, 2014, párr. 187). Siendo así, es importante tener en cuenta que para Colombia el solicitante de refugio, es objeto de limitación a su libre locomoción, ya que restringe de manera textual –en el salvoconducto de permanente– el derecho a movilizarse libremente por el territorio nacional, mientras se resuelve la solicitud referida.

En lo que respecta a la niñez, cualquier medida que implique la privación de la libertad, no observa los estándares interamericanos en materia de derechos humanos, porque viola el artículo 19 de la Convención y excede el requisito de necesidad, al inobservar su interés superior, salvo que sea por circunstancias donde se verifique la comisión de un delito (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21, 2014, párr. 154).

La Corte IDH, consideró que “los procedimientos migratorios que involucran niños o niñas, deben identificar sus necesidades” (p. 22). En este sentido, la opinión consultiva afirmó que estas necesidades se identifican brindando la orientación necesaria sobre el procedimiento a seguir, otorgando asistencia consular y jurídica, realizando entrevistas personales para que el menor exponga y, brindando la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de la ACNUR, o su equivalente en el país (Corte Interamericana de Derechos Humanos, s. f., p. 19). Todas estas garantías materializan el interés superior del menor y su derecho a ser oído, lo cual va en consonancia con los estándares internacionales exigidos por la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este contexto, si el menor de edad no se encuentra acompañado por sus familiares, el Estado tiene una posición de garante más exigente y debe propender por medidas de especial protección que consisten principalmente en las necesidades materiales, físicas y educativas básicas, el cuidado emocional y la seguridad contra cualquier abuso o forma de violencia (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21, 2014, párr. 157-164).

En este orden de ideas, las decisiones a adoptarse por los Estados pueden tener repercusiones profundas sobre la vida y el desarrollo de los niños migrantes, por tal

motivo, como se mencionó con antelación, las disposiciones contenidas en el artículo 8 de la Convención, inciso primero, son también aplicables a las decisiones de los órganos administrativos, a los cuales les corresponda la determinación de los derechos de las personas o cuando ejerzan funciones de carácter materialmente jurisdiccional. De esta manera, en los procesos en los que se pueda generar una expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede emitir actos administrativos sin respetar las garantías mínimas, que serán aplicadas sin criterio de distinción de edad o condición de estancia en el país, es decir, sin importar el estatus migratorio que tenga el individuo o en condiciones de igualdad material. En el caso de los niños, su participación tiene condiciones distintas a las de un adulto en cuanto al proceso, pues debe ser accesible para ellos dadas las condiciones especiales en las que se encuentran, por esta razón, se les debe brindar la garantía de acceder efectivamente.

En vista de las implicaciones que tienen estos procesos en casos de niñas y niños, la duración del proceso hasta tanto se tome una decisión, debe estar acorde con el principio de plazo razonable, celeridad y eficacia. De esta forma, no se debe someter a una situación de incertidumbre por un tiempo muy extenso y se debe decidir en el menor tiempo estimable, para que no se genere un impacto grave. Sin embargo, este término referido, debe a su vez amparar la garantía de los derechos de los niños, a ser oídos en debida forma, en aras de proteger los derechos fundamentales de los implicados en estos procesos, sean jurisdiccionales o administrativos.

El Estado tiene la obligación de implementar medidas justas y efectivas, con el fin de atender las situaciones particulares de las niñas y niños, que estén dentro del país en condición migratoria regular o irregular. Es así como deben recibir servicios de asesoría acorde a su edad y capacidades cognitivas, y partiendo de su protección a partir de la asignación de un tutor que vele por su bienestar e interés superior.

3. Inexistencia de segunda instancia respecto a recursos contra la resolución que resuelve la solicitud de condición de refugiado (Debido Proceso)

El artículo 8 de la Convención consagra en su apartado 2.h, el derecho de toda persona a recurrir al fallo ante juez o tribunal superior. Este derecho es una garantía mínima que se debe observar en cada procedimiento. Asimismo, ante la decisión des-

favorable se debe tener derecho a su revisión ante la autoridad competente. Por otro lado, el artículo 25 de la Convención señala que toda persona debe tener derecho a un recurso, ante los tribunales o jueces competentes, que la ampare de actos que violen sus derechos fundamentales. La imposibilidad para acceder a una instancia superior, contra las resoluciones que resuelven la solicitud de condición de refugiado, es una violación al debido proceso, derecho que es fundamental para aquel que solicita el refugio.

Acorde con estos artículos, se encuentra la CIDH, la cual en el 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 estableció que en el "marco procesal efectivo para la protección de los derechos de los refugiados es preciso la garantía de una apelación en caso de una determinación negativa por parte de la autoridad, que pueda poner en riesgo los derechos del solicitante" (párr. 109).

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario mencionar que el mismo artículo 25 establece que la obligación en cabeza del Estado parte de desarrollar la posibilidad de un recurso judicial y en el mismo sentido, el artículo 2 establece la obligación de adoptar las medidas internas necesarias para garantizar los derechos y libertades contenidos en la Convención. De esa manera, es obligación del Estado, en caso de que no exista, crear un recurso que permita apelar las resoluciones que resuelven la solicitud de condición de refugiado en Colombia. La ausencia en el término de respuesta, junto con la falta de notificación, impide que la solicitud pueda ser revisada, lo cual limita igualmente la posibilidad de interponer un recurso judicial.

La segunda instancia en el Estado colombiano es un derecho de los nacionales al acceder a las autoridades judiciales. La Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984) "reclama la adopción de normas a los Estados para facilitar la aplicación de la Convención del Estatuto de los Refugiados" (p. 3), resulta relevante lo dispuesto por dicha convención, toda vez que al desarrollar el derecho de acceder a los tribunales en el Estado establece que "todo refugiado recibirá el mismo trato que un nacional en cuanto al acceso a los tribunales", por ende para que el Estado colombiano pueda entenderse atendiendo correctamente al llamado de facilitar la aplicación de la convención, debe disponer la manera en que los refugiados puedan ejercer su derecho a la doble instancia.

La Declaración y Plan de acción de Brasil (2014) reclama la configuración del procedimiento de solicitud de reconocimiento a la condición de refugiado en el ordenamiento de cada Estado, de acuerdo con el programa "asilo de calidad", establecido en el literal g, donde se menciona la necesidad de "establecer instancias de apelación administrativa y de revisión judicial independientes, respetando el derecho a un recurso con efectos suspensivos hasta tanto la autoridad competente adopte una decisión final" (p. 10). Este compromiso internacional al día de hoy debe entenderse omitido en la configuración del proceso de solicitud en Colombia, puesto que no existe la posibilidad de que el caso del solicitante pueda ser efectivamente revisado por una instancia independiente de la autoridad que profirió la decisión original.

Además, de los cien puntos de Brasilia, el Pacto Mundial sobre refugiados (2018) reitera la necesidad de contar con instancias independientes, con personal especializado y funciones exclusivas de revisión a las solicitudes negadas previamente por la CONARE. Al respecto indica:

Constituir un órgano independiente para la revisión y/o apelación de las decisiones negativas adoptadas por las primeras instancias administrativas, que cuente con personal especializado y con funciones exclusivas de revisión administrativa o judicial, para garantizar el respeto de las garantías procedimentales y la correcta interpretación y aplicación de las leyes nacionales sobre protección de refugiados (p. 3).

Sobre el agotamiento de los recursos internos en lo atinente a la Convención, deben tenerse en cuenta los arts. 25 (recurso efectivo como derecho establecido), 46.1, 46.2.a, 46.2.b y 46.2.c. (como requisito de procedibilidad), junto con la interpretación rendida por la Corte IDH en la Opinión Consultiva sobre las Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, serie A, núm. 11). Con respecto a la solicitud y reconocimiento de la condición de refugiado, la CIDH (2015) parte de los criterios necesarios del derecho de asilo que establecen: 1) la correlación del derecho de buscar y recibir asilo con la legislación interna de cada país donde se busca el mismo, y 2) el desarrollo de dicho derecho de acuerdo con los convenios internacionales, haciendo énfasis en el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 (p. 209, párr. 424). A partir del estudio de diversos casos, la CIDH (2015) establece como conclusión el deber, por parte de los Estados, de realizar

un examen adecuado e individualizado del estado de cada uno de los solicitantes, así como el concederles entrevistas que permitan estudiar la consolidación o no de los requisitos habilitantes para el reconocimiento de la condición de refugiado. (p. 211, párr. 428).

Frente a las garantías procesales, en el marco del procedimiento de solicitud de condición de refugiado, la CIDH (2015) establece un criterio amplio para la interpretación y aplicación del concepto del debido proceso, en el entendido que este no se debe limitar a la existencia de recursos judiciales, sino que debe estar presente en las instancias procesales, incluso, en los procedimientos referentes a la determinación del estatuto de refugiado y cualquier otro procedimiento que se adelante relacionado con la expulsión o deportación de una persona (p. 211, párr. 429). Así mismo, citando a la Corte en el estudio de las garantías contenidas en la Convención y en otros instrumentos internacionales correspondientes, se determinan seis obligaciones reiteradas previamente, las cuales son concretas para los Estados con el fin de garantizar el debido proceso en la materia, entre las cuales se encuentra la de garantizar al solicitante acceso a asesoría, representación legal y facilidades necesarias para el proceso, la presencia de una autoridad competente y objetiva que lleve a cabo el proceso y realice la entrevista personal, la necesidad de otorgar una decisión debidamente motivada y fundamentada, el principio de confidencialidad, el deber de brindar la información sobre cómo recurrir la decisión adoptada y establecer un plazo razonable para ello y, por último, el efecto suspensivo que debe tener el recurso de revisión o apelación (CIDH, 2015, pp. 212-214, párr. 432).

En el estudio más detallado de las garantías procesales, en el marco de procedimientos de deportación o extradición, se puede considerar de forma más clara el criterio de la CIDH frente al debido proceso y los múltiples obstáculos que impiden el ejercicio y goce de los derechos de los migrantes, barreras tanto de derecho como de hecho que ponen de manifiesto la necesidad de garantizar la igualdad y no discriminación en el debido proceso de los migrantes sin importar su situación regular o irregular (CIDH, 2015, p. 145, párr. 288).

De igual forma, se debe hacer énfasis en el derecho a recurrir y a tener acceso a recursos eficaces para controvertir las decisiones, establecido dentro de las garantías mínimas del debido proceso migratorio, y por medio del cual los migrantes podrán recurrir el fallo ante juez o tribunal superior. De esta forma, es pertinente mencionar

cómo la Comisión ha precisado que: "si bien muchas de estas garantías incorporan un lenguaje propio de los procesos penales, análogamente y debido a las consecuencias que pueden derivarse de los procesos migratorios, corresponde la aplicación estricta de dichas garantías" (CIDH, 2015, p. 151, párr. 305).

Este derecho, consagrado en el mencionado artículo 25 de la Convención, establece la garantía de acceder a recursos efectivos para la defensa de sus derechos, sobre el cual la Corte IDH en sentencia del 07 de septiembre de 2004 "Caso Tibí vs. Ecuador", precisó su contenido de la siguiente manera:

La inexistencia de recursos internos efectivos coloca a una persona en estado de indefensión (...) A pesar de que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo 25.1 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida (párr. 130-131).

A su vez, la CIDH en Informe de Admisibilidad N° 27/93, Petición 11.092 Cheryl Monica Joseph (Canadá), del 6 de octubre de 1993 en el ámbito migratorio, estableció tras hacer un recuento normativo de la Ley Canadiense, que la peticionaria contaba con un procedimiento administrativo y además uno judicial donde podía controvertir y demostrar su estatus de refugiada, motivo por el cual se considera que contaba con recursos adecuados y efectivos. La CIDH en ese sentido concluye que: "de este modo, teniendo en cuenta el examen y discusión previos, la señora Joseph pudo haber utilizado los recursos internos disponibles a su favor en Canadá, invocándolos y agotándolos, esto es, presentando una solicitud de autorización para obtener la revisión judicial de las tres decisiones que se produjeron en su contra" (párr. 14).

En virtud de lo expuesto, es posible concluir que el derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías al debido proceso consagradas por la Convención exigen que se garantice el acceso a una segunda instancia en el procedimiento para solicitar la condición de refugiado recurso que además debe ser sencillo, efectivo y rápido, sujeto a procedimientos administrativos indiferentes a la condición de regularidad o irregularidad migratoria. En este contexto, la existencia de la garantía de segunda instancia tiene origen jurisprudencial, reconocido por la misma Corte IDH, tal como se explica a continuación.

Citando entonces las garantías procesales contenidos en los artículos 8 y 25 de la CADH, así como su desarrollo jurisprudencial dado a estas, los migrantes han de tener la posibilidad de valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. (CIDH, 2015, párr. 290). Esta previsión se ve reforzada para procedimientos que pueden resultar en la deportación de una persona, como el de la solicitud de condición de refugiado, pues al involucrar derechos fundamentales se exige la interpretación más amplia posible de debido proceso. (CIDH, 2015, párr. 301)

Aterrizando estos principios a la garantía de la segunda instancia se encuentra que, en primer lugar, la Comisión a partir de la revisión de otros informes temáticos sobre la materia, concluye que los procesos migratorios deben contar, entre otras, con la garantía de “recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos” (CIDH, 2015, párr. 320). Para que la posibilidad de recurrir la decisión sea eficaz en la garantía de los derechos, la decisión impugnada debe tener efectos suspensivos, particularmente para las órdenes de deportación o expulsión, pues el estar fuera del territorio del Estado, se convierte en un obstáculo de facto para el acceso a la justicia (CIDH, 2015, párr. 322).

Igualmente, en su fallo para el Caso de “Personas Dominicanas y Haitiana Expulsadas Vs. República Dominicana” la Corte IDH, señala que dentro de los procesos migratorios que puedan implicar la eventual deportación, la persona sometida debe contar con la garantía mínima en caso de decisión desfavorable, para someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin (CIDH, 2015, párr. 306).

Finalmente, en el Capítulo 11, el Informe detalla las garantías para los procesos que dan la condición de refugiado, señalando que: “si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre cómo recurrir y concederle un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada” (CIDH, 2015, párr. 432, núm. 5). Volviendo a resaltar la importancia de que, en caso de impugnar la decisión, los efectos de esta deben ser suspensivos, permitiendo al solicitante que permanezca en el país hasta tanto la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada. (CIDH, 2015, párr. 432, núm. 6)

4. Imposibilidad del solicitante de refugio para realizar labores lucrativas, durante el término de estudio de la solicitud (Mínimo Vital / Trabajo)

Frente a la imposibilidad del solicitante de refugio de realizar labores lucrativas, es necesario señalar que todo procedimiento relativo a la determinación de la condición de refugiado de una persona implica el riesgo de afectación de sus derechos básicos; sin embargo, en virtud al principio de la no discriminación, se debe evitar todo tipo de decisiones arbitrarias que puedan afectar los derechos del solicitante.

La vulnerabilidad de los trabajadores migratorios los coloca en una situación de desigualdad ante la Ley en cuanto al goce y ejercicio efectivo de estos derechos. Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida esta en su sentido más amplio: "toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada". Lo que llevaría a concluir que aunque los particulares no están obligados a contratar a migrantes indocumentados, si llegaren a contratarlos, se adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición, sin importar de su situación regular o irregular en el Estado de empleo.

Aunque exista la posibilidad de que los Estados otorguen un trato diferente a los migrantes en situación irregular, bajo ninguna circunstancia están facultados para tomar medidas discriminatorias en cuanto al goce y protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Hay un nivel básico de protección aplicable tanto a los trabajadores documentados como a los indocumentados, algunos son el derecho a igual salario por igual trabajo; derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, incluyendo los beneficios de la seguridad social; derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Cabe resaltar que, si se interpreta la legislación interna de los Estados parte de los instrumentos internacionales, afirmando alguna diferencia de trato en el goce y disfrute de un derecho laboral, basado solamente en la condición migratoria de un trabajador, estaría haciendo una interpretación contraria al principio de igualdad jurídica.

Al respecto, Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-18 (2003) precisa que la calidad migratoria de una persona jamás puede ser una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos entre ellos los de carácter laboral (párr. 134). Aunque en un principio rectifica el derecho de los Estados y ciudadanos del país receptor

de no contratar a personas en situación migratoria irregular, aclara que, de formarse vínculo laboral, el migrante inmediatamente se vuelve titular de todos los derechos laborales reconocidos por el estado receptor. Por esto, en términos generales, se entiende que los Estados deben garantizar y velar por los derechos laborales de quien haya sido empleado ya sea que su situación migratoria sea regular o no (p. 65). Sin embargo, en el estudio observado no se hacen consideraciones sobre el mínimo vital de los solicitantes de refugio, más allá de su anotación como factor negativo de la migración (p. 13 y 17, párr. 8 y 17, sobre la “flexibilización y disminución de garantías y derechos laborales”), del análisis sumario sobre la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Resolución 45/158 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, entrada en vigor el 1 de julio de 2003; p. 46, párr. 93-95) y las consideraciones sobre el debido proceso previamente expuestas.

En el texto de referencia no se hace mención alguna relativa al mínimo vital y las labores lucrativas por parte de los solicitantes de refugio. Sin embargo, cabe mencionar que la imposibilidad y dificultad de realizar labores lucrativas expone a los migrantes a más abusos y una mayor condición de vulnerabilidad, además de ser considerada como una situación generadora de violencias adicionales y discriminación que llega incluso a poner a los migrantes en mayor riesgo de ser víctimas de trata de personas y otras situaciones que vulneren sus derechos (Comisión IDH, 2015, pp. 14-23, párr. 8-33).

Las relaciones laborales entre trabajadores migrantes y empleadores, conciben la responsabilidad internacional del Estado, en virtud de que son ellos quienes deben velar porque se reconozcan y garanticen derechos laborales que cada ordenamiento jurídico establece, tanto en su normativa internacional como nacional. Los Estados tendrán responsabilidad cuando quiera que toleren acciones que perjudiquen o atenten contra el derecho al trabajo y en conexidad el mínimo vital de los migrantes, sea por desconocimiento de tales derechos o por actos discriminatorios.

Ahora bien, la Corte IDH, en sentencia del 31 de agosto de 2017 “Caso Lagos Del Campo Vs. Per”, determinó que es viable por primera vez exigir la protección de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos consagrados en el artículo 26 de la CADH. En este caso, la Corte acudió como criterio el artículo XIV de la Declaración Americana el cual dispone que: “[t]oda

persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]" y concluyó que tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que "la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales". Asimismo, el artículo 29.d de la CADH dispone expresamente que "ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza"

5. Conclusiones

Por supuesto los esfuerzos de los Estados por procurar el cumplimiento de las disposiciones internacionales, en materia de derechos humanos y derecho internacional de los refugiados, obedecen al deber que, en el escenario internacional, les asiste. En este caso, observamos una serie de disposiciones que si bien buscaron en un primer momento conceptual acercarse al perfil del refugiado naturalmente concebido, su contenido a su vez consolida un contexto de desprotección.

El Estado colombiano requiere atender a las necesidades derivadas de una situación de riesgo y compromiso de la integridad de los refugiados que buscan en Colombia una posibilidad de seguridad y garantía de la vida. En ese sentido, se necesita tener consideraciones más aliadas a la realidad habitual de la población con este perfil migratorio en el país. Además, partiendo de una serie de restricciones que por acción o por omisión de la entidad comprometen diariamente las condiciones dignas de integración local de esta población, seriamente vulnerable.

Es así como mediante el estudio y análisis detallado de las diferentes posibilidades respecto a cargos de imputación para efectos de reclamar la nulidad del Decreto 1067, permite la creación de espacios académicos de discusión y pedagogía aplicada. Donde el equipo de estudiantes aporta, desde la creación del argumento principal, como la justificación en consideraciones legales mediante un proceso pedagógico de estudio colectivo.

Referencias

Arltazz F. (2015). El caso familia Pacheco Tineo: expulsión de extranjeros, niñez migrante y asilo. *Anuario de Derechos Humanos*, (11), 85-94. ISSN: 0718-2058.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). (2018). *ACNUR: Los 100 puntos de Brasilia. Aportes de América Latina y el Caribe para el Pacto Mundial sobre Refugiados*, 20 de febrero de 2018. Disponible en esta dirección: <http://www.refworld.org/es/docid/5a9dc0f44.html> [Accesado el 15 de Septiembre de 2018]

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). (2014). "Declaración de Brasil: Un marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe". Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9867.pdf>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1990). Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias. Resolución 45/158. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cmw_SP.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1993). Informe anual N°27/93. Caso 11.092. Decisión de la comisión respecto a la admisibilidad. Disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.iii.canada11.092.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2000). 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. Disponible en: <http://www.cidh.org/Migrantes/Canad%C3%A1%20%282000%29.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctima de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos humanos. OEA/ OEA/Ser. L/V/II

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Informe de Fondo 136/11, Caso 12.474, Familia Pacheco Tineo (Bolivia), 31 de octubre de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f). Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°2: Personas situación de migración o refugio.

Corte IDH. *Caso tibi Vs. Ecuador (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas)*. Sentencia de 07 de septiembre de 2004.

Corte IDH. (2003). *Opinión CONSULTIVA OC-18/03. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derecho de los migrantes indocumentados*. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>

Corte IDH. (2014). Opinión Consultiva OC-21/14, Solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República oriental del Uruguay,

Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional. Disponible en: <http://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>

Declaración de Cartagena sobre Refugiados. (1984). "Adoptado por el Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México, Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrada en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984". Disponible en <http://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>

Decreto 1067 de 2015. (2015). "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores". 26 de mayo de 2015. DO: 49.523 de 2015.

Murillo, J. (2008). La protección internacional de los refugiados en el sistema interamericano de derechos humanos. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6098.pdf?view=1>

Organización de los Estados Americanos (OEA). Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto San José" Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Depósito de Colombia en 1985, de junio 21. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm