

Global Strategic Litigation Council for Refugee Rights
Mexico City, May 5, 2023

Affair: *AMICUS CURIAE*
Amparo Under Review: 580/2022
Original Amparo: 1279/2021
Complainants: Asylum Access México;
Instituto para las Mujeres en la Migracion, A.C.;
Fundacion para la Justicia;
el Estado Democratico de Derecho A.C.,
and Sin Fronteras I.A.P.

H. Décimo Noveno Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito.

This is an amicus brief submitted by the Global Strategic Litigation Council for Refugee Rights (“GSLC”) in support of the Complainants in this matter before the Seventh District Judge in Administrative Matters in Mexico City (Amparo 1279/2021). The GSLC is a group of lawyers, advocates, and academic experts with expertise in international law as it relates to refugee rights, issues of forced migration, and the right to nationality. The GSLC supports its members to share knowledge, collectively identify priorities, and develop and implement litigation and advocacy strategies to advance the protection of people on the move and the consistent and progressive development of international law relating to displacement worldwide. The amicus curiae intervenors have been assisted by counsel at the Cornell Law School Transnational Disputes Clinic: Founding Director, Ian M. Kysel, and Student Attorneys Maria Giovanna Jumper and Zaydee Rain Stemmons.

1. Purpose of the *Amicus Curiae*

In March 2020, at the start of the COVID-19 pandemic, the United States implemented an unprecedented *expulsion without process* policy to reject people arriving without prior authorization and seeking entry at a land border, including refugees seeking asylum. The policy,

colloquially known as Title 42 after the section of the U.S. statutes invoked to legitimize it,¹ put the U.S. in breach of multiple international law obligations. These include duties to regulate borders without discrimination on the basis of race, ethnicity or sex and in a manner consistent with public health principles as well as to protect those fearing harm from *refoulement* to persecution, torture, or violations of fundamental human rights.

The purpose of this brief is to outline the illegality, under international law, of the *expulsion without process policy* created under Title 42. *Amicus Curiae* understand that the Complainants in these proceedings have challenged Mexico’s treatment of migrants, including refugees seeking asylum, who have been expelled from the United States to Mexico pursuant to the Title 42 *expulsion without process policy*.² The complainants have challenged the issuance and execution of orders rejecting migrants who were deported from the United States of America to Mexican territory.³ There are four main claims: expulsions in violation of Art. 22 of the American Convention on Human Rights, mass expulsions in violation of Art. 22 of the Constitution, the harm caused to complaining parties in the refusal to allow them to defend human rights, and the expulsion in violation of national immigration law.⁴ We seek to intervene in these proceedings to demonstrate to the Tribunal that the United States’ recent *expulsion without process policy* violates international law and has led to numerous human rights violations. This Tribunal should take such violations of international law into account in ruling on the Complainants’ appeal.

The Title 42 *expulsion without process policy* violates several specific U.S. legal obligations under international law. **Section 2**, below, will provide an overview of the Title 42 policy, as implemented in March 2020 as well as how the policy continues to be implemented today, along with a description of the human cost of Title 42. This brief will then, in **Section 3**, explain how the United States ignored its obligations under the International Health Regulations when creating the policy. Then, in **Section 4**, the brief will show how the Title 42 policy violates the United States’ obligations to protect the rights of those fleeing harm to *non-refoulement* to persecution, torture, and other irreparable harm. Finally, in **Section 5**, the brief will show how the United States’ Title 42 policy is discriminatory in its application on the basis of race, in violation of applicable law. To the extent that Mexico has knowingly aided or assisted the United States in perpetuating these internationally wrongful acts, this Court has an opportunity – in ruling on Complainants’ appeal –

¹ Although Title 42 of the United States Code is expansive and includes many subsections, this brief will use Title 42 to mean 42 U.S.C. § 265. 42 U.S.C. § 265 is found under Chapter 6A of Title 42 of the United States Code. Chapter 6A is the codification of the Public Health Service Act, which was passed in 1944. 42 U.S.C. § 265 contains provisions for the “Suspension of entries and imports from designated places to prevent spread of communicable diseases.”

² See Initial Br. of Claim for Indirect Protection, Responsible Authority & Claimed Acts, pp. 5-6; See Appeal for Review, pp. 4-5.

³ *Id.*

⁴ *Id.* *Amicus* understand that this appeal alleges that the lower court misinterpreted Supreme Court precedent in regards to the scope of legitimate interest for the defense of collective rights and application of *lis pendens*.

to uphold the rule of law, protect fundamental rights, and ensure that Mexico does not itself violate international law by continuing to assist the United States.⁵

2. The Implementation of the Title 42 Expulsion Without Process Policy

In the spring of 2020, in the early stage of the COVID-19 pandemic, the United States established a new and unprecedented expulsion policy: for the first time, the U.S. implemented a statutory authority to claim the power to reject – without any meaningful process – migrants, including asylum-seekers, seeking entry at a land border without prior authorization. This *expulsion without process policy* was implemented with reference to Title 42 of the U.S. Code (and is therefore commonly called “Title 42”) but with a striking disregard to public health expertise and evidence. The policy, which has faced legal challenges from civil society, has applied and currently applies only to migrants without authorization, does not screen for humanitarian claims, and has been applied in a discriminatory manner. The policy also continues to have an extensive human cost.

An Invocation of the Power to Exclude Without Precedent

Before March 2020, the United States had never claimed such broad powers to exclude an entire class of people through the use of a public health statute.⁶ A history of the underlying statutory justification for the U.S. *expulsion without process policy* is revealing. The Quarantine Act of 1878 represents the first instance that the United States federal government received a

⁵ Article 16 of International Law Commission’s *Draft Articles of Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* states that “A State which aides or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if: (a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and (b) the act would be internationally wrongful if committed by that State.” *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* art. 16 (2001). The Draft Articles were commended to States by the United Nations General Assembly in 2001. See U.N. Doc. A/Res/56/83 (2001). The International Law Commission suggested a three-part test for deciding if a state has aided or assisted another state in their violations of the international law. Rep. of the I.L.C., at 66 ¶ 3, U.N. Doc. A/56/10 (2001). The test is as follows “[f]irst, the relevant State organ or agency providing aid or assistance must be aware of the circumstances making the conduct of the assisted State internationally wrongful; secondly, the aid or assistance must be given with a view to facilitating the commission of that act, and must actually do so; and thirdly, the completed act must be such that it would have been wrongful had it been committed by the assisting State itself.” *Id.* This brief focuses on violations of human rights duties such as the right to not be subject to torture, persecution, and harm as well as violations of the International Health Regulations. The international responsibility of Mexico under this view involves Mexico’s responsibility for assisting the violating State, here the United States, not the responsibility of Mexico for violating its own international law obligations under the relevant international obligations. Cf. Harriet Moynihan, *Aiding and Assisting: The Mental Element Under Article 16 of the International Law Commission’s Articles on State Responsibility*, 67 INT’L & COMPAR. L. Q. 455, 455 (Dec. 19, 2017). Mexico may bear separate international responsibility for violations of its treaty obligations, but this is not the subject of this brief.

⁶ Lucas Guttentag, *Coronavirus Border Expulsions: CDC’s Assault on Asylum Seekers and Unaccompanied Minors*, STAN. L. SCH. BLOGS: LEGAL AGGREGATE ¶ 3 (Apr. 15, 2020) (“Based on an unprecedented interpretation of the 1944 Act, the CDC regulation invokes the COVID-19 pandemic to redefine what constitutes ‘introduction of persons’ and ‘introduction of communicable diseases’ into the United States.”).

legislative delegation of the power to control quarantine activities.⁷ That original legislation created federal quarantine powers focused on forbidding the entry of particular ships that had embarked from ports that may have been infected with various diseases, including cholera and yellow fever.⁸ This power, conferred by the U.S. Congress, was consistently interpreted to allow the United States government to quarantine or require the removal of specific vessels that were potentially infected.⁹ It did not allow for the removal of an entire class of people.

What is now catalogued at Title 42 largely reenacted a similar quarantine provision to that passed by the legislature in 1893.¹⁰ Title 42, as currently codified, provided that the Surgeon General, now the Director of the U.S. Centers for Disease Control and Prevention (“CDC”), can suspend “the right of introduction [of] . . . persons and property [coming from countries where there is found to be a communicable disease, when it] is required in the interest of the public health.”¹¹ According to the statute, there must be a “serious danger of the introduction of such disease into the United States” and such danger must be “increased by the introduction of persons or property from such country.”¹² While addressing the introduction of (specific) persons or property, nothing in this language authorizes the creation of an immigration enforcement scheme.¹³ Indeed, this had never been invoked or attempted before 2020. This history makes clear that the use of the legislative power of Title 42 to stop the entry of *all* noncitizens arriving without prior authorization at a land border was a radical departure from history.

The Scope of the Initial Expulsion Policy

The Title 42 *expulsion without process policy* as implemented on March 20, 2020 applied to all persons without prior authorization who were seeking to enter the United States from Canada or Mexico at a port of entry.¹⁴ However, the Title 42 *expulsion without process policy* did not apply to U.S. citizens, lawful permanent residents, those who held valid travel documents, and others from foreign countries who were a part of the visa waiver program (who are effectively granted

⁷ *History of Quarantine*, CDC at ¶ 3 (Jul. 20, 2020), <https://www.cdc.gov/quarantine/historyquarantine.html>.

⁸ Guttentag, *supra* note 7, at ¶ 13.

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.* at ¶ 14. The 1893 law did not confer immigration power to the Surgeon General, rather it focused on trade related travel. *Id.* at ¶ 15. (“As Wisconsin Senator William Vilas said about the 1892 bill, ‘I think it ought not be an authority which discriminates in the manner in which the word ‘immigration’ operates a discrimination.’”). Additionally, scholars have suggested that the legislative history points to the word “immigration” being omitted from this because “‘all travelers,’ citizens included, could carry diseases and that immigrants should not be singled out or stigmatized.” *Id.* (The word “immigration” was changed to “introduction of persons or property” which is still the language used in Title 42). *Id.*; 42 U.S.C. §265.

¹¹ 42 U.S.C. §265.

¹² *Id.*

¹³ *Id.*

¹⁴ Order Suspending Introduction of Certain Persons from Countries Where a Communicable Disease Exists, 85 F.R. 16567, at pp. 1 (Mar. 24, 2020) <https://www.federalregister.gov/documents/2020/03/24/2020-06241/order-suspending-introduction-of-persons-from-a-country-where-a-communicable-disease-exists>.

authorization as a matter of reciprocity).¹⁵ The stated reason for creating the unprecedented and expansive Title 42 *expulsion without process policy* was to protect against “the danger to the public health that results from the introduction of such persons into congregate settings at or near the borders.”¹⁶ The Title 42 *expulsion without process policy* attempted to justify the targeting of irregular migrants – who are generally subjected to mandatory detention under U.S. law – as a matter of public health, by asserting the need to avoid the introduction of migrants into congregate settings at the border.¹⁷

While the order creating the policy was framed as a public health measure, there is evidence that there were other motives driving the creation of the Title 42 policy. First, as it later emerged, policy advisors at the CDC and aides to the Director of the CDC asserted that this was an inappropriate use of the agency’s power and effectively sought to accomplish a goal that was not primarily public health-oriented.¹⁸ Second, the Director of the CDC’s Division of Global Migration and Quarantine – the relevant lead expert within the agency – later stated that the Title 42 *expulsion without process policy* “came from outside the CDC[’s] subject matter experts,” and was “not drafted by my team [but rather was] handed to us.”¹⁹ Indeed, all evidence suggests that the policy came from U.S. White House immigration – not public health – advisors, who wanted to find a way to stop migrants from coming across the border.²⁰

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.* The CDC had stated that the policy created by the Title 42 Expulsion Policy was not a rulemaking under the Administrative Procedure Act (APA), *see Id.*, at pp. 16 (“This order is not a rule within the meaning of the Administrative Procedure Act (APA).”). However, the CDC has stated that if this is considered a rule under the APA the normal notice-and-comment procedures were not necessary because of the emergency nature of this policy, *see id.* (“In the event this order qualifies as a rule under the APA, notice and comment and a delay in effective date are not required because there is good cause to dispense with prior public notice and the opportunity to comment on this order and delay in effective date. Given the public health emergency cause by COVID-19...”).

¹⁷ Guttentag, *supra* note 7, at ¶ 5-6; *A Guide to Title 42 Expulsions at the Border*, AM. IMMIGR. COUNCIL at 2 (May 2022) [A Guide to Title 42 Expulsions](#) [hereinafter “A Guide to Title 42”]. Currently the Title 42 Expulsion Policy does not apply to unaccompanied minors, *see, infra*, Title 42 as it is Now Implemented.

¹⁸ Michelle Hackman, Andrew Restuccia, & Stephanie Armour, *CDC Officials Objected to Order Turning Away Migrants at Border*, THE WALL STREET JOURNAL ¶ 3 (Oct. 3, 2020) (Politics) <https://www.wsj.com/articles/cdc-officials-objected-to-order-turning-away-migrants-at-border-11601733601>; *see*, Pl.’s Br. in *Huisha-Huisha v. Gaynor*, Case 1:21-cv-00100-EGS, U.S. Dist. Ct. ¶ 9 (Jan. 12, 2021) (“Numerous press reports show that expert scientists at the Centers for Disease Control and Prevention rejected the use of public health powers to expel noncitizens as unnecessary, but the Process was nevertheless imposed on the CDC by White House officials seeking to limit immigration, and not as a bona fide measure to protect public health.”); *see, e.g.*, Jason Dearen & Garance Burke, *Pence Ordered Borders Closed After CDC Experts Refused*, AP NEWS (Oct. 3, 2023) <https://apnews.com/article/virus-outbreak-pandemics-public-health-new-york-health-4ef0c6c5263815a26f8aa17f6ea490ae>.

¹⁹ Suzanne Monyak, *Top CDC Official Says Title 42 Border Policy ‘Came from Outside’*, ROLL CALL ¶ 2 (Oct. 17, 2022) (Policy) <https://rollcall.com/2022/10/17/top-cdc-official-says-title-42-border-policy-came-from-outside/>.

²⁰ Hackman, *supra* note 19 (“Even before the coronavirus pandemic, Mr. [Stephen] Miller [, President Trump’s top immigration adviser,] had explored the option of declaring a public-health emergency at the border – perhaps around a flu or measles outbreak in border-detention centers – which he believed would give the government the option of denying asylum seekers a chance to make their claims, the Journal has previously reported based on the accounts of administration officials familiar with the events.”) (“The policy achieves a longstanding goal that Trump

In order to implement the *expulsion without process policy*, the U.S. reached a bilateral agreement with the Mexican government in March 2020.²¹ Under this agreement, the Mexican government agreed to allow U.S. Customs and Border Protection (“C.B.P.”) to send most Mexican, Guatemalan, Honduran, and Salvadoran families and also single adults to Mexico.²² Others, who are not expelled to Mexico, have also been returned by the United States to their country of origin.²³

It is at the discretion of C.B.P. officers to decide if a migrant is subject to Title 42.²⁴ That is, “if an agent believes that it is more likely than not that a person is an alien seeking to enter the United States ... the C.B.P. officer or agent shall apply the CDC order to the person.”²⁵ Under the policy, C.B.P. officers apprehend those suspected to be covered by the policy at the border and swiftly expel them to Mexico²⁶ or to their country of origin.²⁷ The *expulsion without process policy* as implemented from the start did not mandate any specific process, such as the ‘credible fear’ interview generally mandated under U.S. law for other land arrivals.²⁸ Migrants expelled under the *expulsion without process policy* were (and continue to be) processed within the U.S.’s territorial jurisdiction: they generally are driven by bus to the nearest port of entry before being expelled under Title 42 and then told to walk over the U.S.-Mexico border, to return to Mexico.²⁹

The only exception to the application of the expulsion mechanism is if a migrant makes an “affirmative, spontaneous, and reasonably believable” claim that they fear torture in the country they are being sent back to.³⁰ Although this provision for such spontaneous articulations of fear exists in the policy, there is no reason to view this as part of any government ‘process,’ given that

administration officials have publicly discussed to discourage or prevent migrants at the southern border from making claims for asylum, which they believe are often meritless.”).

²¹ Secretaria de Relaciones Exteriores, *Respecto a la Gestión Migratoria en la Frontera con Estados Unidos*, Nota Informativa Relaciones Exteriores, No. 11 (Mar. 21, 2020) <https://www.gob.mx/sre/documentos/nota-informativa-relaciones-exteriores-no-11>.

²² *Id.*

²³ A Guide to Title 42, *supra* note 18, at 1.

²⁴ Internal Memo, *COVID-19 Capiro*, Department of Homeland Security <https://www.documentcloud.org/documents/6824221-COVID-19-CAPIO.html>.

²⁵ *Id.*

²⁶ The Title 42 Expulsion Policy also applies to the United States-Canada border, but, as the U.S. Congress has conceded, expulsions at the northern border make up a small share of C.B.P. encounters. Audrey Singer, *U.S. Border Patrol Encounters at the Southwest Border: Titles 8 & 42*, CONG. RSCH. SERV. (May 20, 2022) [CRS Report](#) [hereinafter “USBP Encounters Report”].

²⁷ Guttentag, *supra* note 7, at ¶ 4.

²⁸ USBP Encounters Report, *supra* note 27. In U.S. law, under 8 U.S.C. § 1225(b)(1), a credible fear interview is an interview conducted by an asylum officer to determine the migrant’s claim of a fear of persecution. 8 U.S.C. § 1225(b)(1)(ii).

²⁹ A Guide to Title 42, *supra* note 18, at 3; *see, also* Ursula Muñoz Schaefer, *Undocumented Immigrants Continue to Be Expelled from the U.S. Under Title 42 COVID-19 Measures*, TEXAS OBSERVER (July 1, 2021) (detailing the story of Alejandro [last name redacted for safety reasons] who was expelled from the U.S. twice under Title 42).

³⁰ Covid-19 Capiro, *supra* note 22, at 4 (Convention Against Torture Claim).

it imposes no screening burden on government agents and requires spontaneous and affirmative action by a migrant already identified for expulsion.³¹ Importantly, this ‘protection’ only applies to those who fear torture – not those who fear persecution or any other serious human rights violations.

Changes in the Expulsion Without Process Policy Since 2020

Although the U.S. *expulsion without process policy* has remained in place since March 2020, there have only been a few, minor changes to the policy. The policy continues to apply only to those who are traveling without authorization to enter the United States and who seek to enter the U.S. at a port of entry (and continues to exclude those with authorization).³² Most significantly, unaccompanied minors were removed from the category of those covered in 2021, by Presidential Directive.³³ The only potential opportunity for humanitarian protection for a migrant covered by the order and identified for expulsion remains an affirmative claim of a fear of torture (but not fear of persecution or other serious human rights violations). However, statistics demonstrate that this is practically unavailable: Of the 1.2 million migrants expelled under the Title 42 Expulsion Policy from March 2020 to September 2022, only 3,217 migrants were screened for torture on the basis of such a spontaneous claim.³⁴

Practically, expulsions of irregular migrants other than unaccompanied minors (including families with children) directly to Mexico has depended on the nationality of the migrants and the relevant agreement with Mexico. From the beginning, Mexico accepted nationals of Guatemala, Honduras, El Salvador, and Mexico, as noted above.³⁵ In 2022, this agreement with Mexico was expanded to include Venezuelans.³⁶ In 2023, it expanded again to include Cubans, Haitians, and Nicaraguans.³⁷

³¹ *Id.*

³² A Guide to Title 42, *supra* note 18, at 2.

³³ *Id.* The CDC renewed this exemption on July 16, 2021, and then renewed it twice more on August 2, 2021, and on March 12, 2022.³³ It remains in place now. *Id.* On March 12, 2022, the CDC “formally terminated Title 42 for unaccompanied minors.”

³⁴ A Guide to Title 42, *supra* note 18, at 3.

³⁵ The Associated Press, *The U.S. will take in some Venezuelans while expelling others to Mexico*, NPR, AT ¶ 9 (Oct. 13, 2022) (National) <https://www.npr.org/2022/10/13/1128620705/the-u-s-will-take-in-some-venezuelans-while-expelling-others-to-mexico>.

³⁶ *Id.* at ¶ 6; Adam Isacson, *Weekly U.S.-Mexico Border Update: Post-Title 42 Blocks, House Hearing, Migrant Deaths*, ADVOC. FOR HUM. RTS. IN THE AM.S (Feb. 10, 2023) <https://www.wola.org/2023/02/weekly-u-s-mexico-border-update-post-title-42-asylum-blocks-house-hearing-migrant-deaths/#:~:text=The%20U.S.%20government's%20COVID%2D19,from%20the%20U.S.%2DMexico%20border>.

³⁷ Isacson, *supra* note 36; Ted Hesson and Mica Rosenberg, *What is the U.S. ‘Title 42’ immigration policy and why is it expanding?*, REUTERS (Jan. 5, 2023) <https://www.reuters.com/world/us/us-title-42-immigration-policy-why-is-it-expanding-2023-01-17/#:~:text=After%20the%20Supreme%20Court%20ruling,to%20pursue%20their%20immigration%20cases>.

More recently, the U.S. has made exceptions to the application of Title 42 to permit the processing in the United States of irregular migrants fleeing Ukraine and Russia.³⁸ Migrants fleeing Ukraine have been granted a special exception to the Title 42 *expulsion without process policy*, originally under humanitarian parole – now called Uniting for Ukraine, which allows them to cross the border within hours or days and seek protection, while migrants fleeing Central America and Haiti face more stringent protocols under Title 42.³⁹ Reports indicate that before April 2022, when the new program rolled out, over 20,000 Ukrainian refugees had been admitted to the United States through the Southwest Land Border, despite Title 42 being in force.⁴⁰

Since its implementation in 2020, the Title 42 *expulsion without process policy* has been challenged in litigation in the United States supported by civil society organizations. On one side of the legal battle are cases claiming that the Title 42 *expulsion without process policy* violates U.S. statutes obligating consideration of protection claims, and that it was arbitrary and capricious when implemented, in violation of administrative law principles.⁴¹ On the other side of the legal battle are more recent cases initiated by supporters of the continuation of the policy, who claim that it would violate those administrative law principles to modify or restrict the policy.⁴² The former line of litigation reached a peak in late 2022, when a U.S. District Court Judge struck down Title 42 as unlawful.⁴³ The Government requested a stay of that court’s order, which was granted through December 2022.⁴⁴ The Government asked the lower court to keep Title 42 in place even as COVID-19 restrictions were being unraveled nationwide.⁴⁵

³⁸ Isacson, *supra* note 36; Hesson, *supra* note 37.

³⁹ Cody Copeland, ‘Humanitarian Parole’ for Ukrainians Highlights Racial Bias in US Immigration Policy, COURTHOUSE NEWS SERVICE, at ¶ 2-8 (Apr. 1, 2022) <https://www.courthousenews.com/humanitarian-parole-for-ukrainians-highlights-racial-bias-in-us-immigration-policy/> (“These migrants understand that Ukrainians have a legitimate claim to protection in the United States, but they can’t help but feel discriminated against by U.S. border policy.”).

⁴⁰ Drishti Pillai and Samantha Artiga, *Title 42 and its Impact on Migrant Families*, KAISER FAM. FOUND. (May 26, 2022) <https://www.kff.org/racial-equity-and-health-policy/issue-brief/title-42-and-its-impact-on-migrant-families/#footnote-555311-17>.

⁴¹ See *Huisha-Huisha*, 2022 U.S. Dist. LEXIS 207282, 16, 51; see also *P.J.E.S. v. Mayorkas*, No. 1:20-cv-2245 (EGS/GMH), 2023 U.S. Dist. LEXIS 12284, at 17 (D.D.C. Jan. 25, 2023).

⁴² See *Texas v. Biden*, 589 F. Supp. 3d 595, 623 (N.D. Tex. 2022); *Louisiana v. Ctrs. For Disease Control & Prevention*, No. 6:22-CV-00885, 2022 U.S. Dist. LEXIS 91296, at 63 (W.D. La. May 20, 2022).

⁴³ See *Huisha-Huisha*, *supra* note 40, at 44.

⁴⁴ *Arizona v. Mayorkas*, 214 L.Ed.2d 312, 312 (U.S. 2022).

⁴⁵ COVID-19 restrictions *Map of COVID-19 case trends and restrictions*, USA TODAY (Jul. 11, 2022) <https://www.usatoday.com/storytelling/coronavirus-reopening-america-map/>; Johathan Blum and Jean Moody-Williams, *Creating a Roadmap for the End of the COVID-19 Public Health Emergency*, CTR.S FOR MEDICARE & MEDICAID SERV.S (Aug. 18, 2022) <https://www.cms.gov/blog/creating-roadmap-end-covid-19-public-health-emergency>; Greta M. Masseti, et. al., *Summary of Guidance for Minimizing the Impact of Covid-19 on Individual Persons, Communities, and Health Care Systems*, 71 CDC MORBIDITY AND MORTALITY WEEKLY REPORT 1057, 1057-58 (Aug. 19, 2022) <https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/71/wr/mm7133e1.htm>; Katherine J. Wu, *The Pandemic’s Soft Closing*, THE ATLANTIC (Aug. 16, 2022) <https://www.theatlantic.com/health/archive/2022/08/cdc-weakened-covid-guidelines-pandemic-preparedness/671147/>. The U.S. lifted other Covid-19 protocols and mandates back in 2022, including lifting the mask mandate for public transportation back in April 2022. David Shepardson, Rajesh Kumar Singh, & Jeff Mason, *U.S. will no Longer Enforce Mask Mandate on Airplanes, Trains After Court*

At that time, several U.S. states sought to belatedly intervene in the case in an effort to keep the policy in place.⁴⁶

The ultimate outcome of these cases is still unclear. Currently the battle is stuck at the U.S. Supreme Court; oral arguments about the permissibility of the state intervention (not an appeal of the judge’s order striking down the policy) were supposed to be heard on March 1, 2023, but the case was removed from the argument calendar.⁴⁷ This is primarily due to the Government’s argument that authority for the policy will expire with the end of the COVID-19 national and public health emergencies on May 11, 2023.⁴⁸ Although, the Title 42 *expulsion without process policy* could end when the public health crisis in the U.S. official ends on May 11th, the issues are still before the Supreme Court and resolution – given the efforts by States to maintain the policy – is uncertain at this time.

Against the background of the litigation battle, the U.S. administration recently announced its intention to allow the Title 42 *expulsion without process policy* to come to an end.⁴⁹ Starting in early January 2023, U.S. Customs and Border Protection rolled out new border enforcement measures, in anticipation of the possible end of the policy as well as and the initiation of new stringent restrictions on asylum.⁵⁰ Most significantly, the United States introduced the ‘CBP One’ mobile application for smartphones, which included a mechanism to allow especially vulnerable irregular migrants to seek an exception to the application of the *expulsion without process policy* in advance of arriving at a port of entry. These categories of vulnerability include migrants who have a physical or mental illness, a disability, are pregnant, lack safe housing or shelter in Mexico,

Ruling, REUTERS NEWS (Apr. 19, 2022) <https://www.reuters.com/legal/government/us-judge-rules-mask-mandate-transport-unlawful-overturning-biden-effort-2022-04-18/>. Also in 2022, the CDC lifted the test-to-stay standard for those exposed to Covid-19 in school, rather, if exposed, students were told to mask for 10-days while they continued going to class. John Bailey, *CDC’s New School Guidance Scraps Quarantines, Lifts ‘Test to Stay’ Recommendation*, THE 74 (Aug. 12, 2022) <https://www.the74million.org/article/cdc-loosens-guidance-removes-quarantines-for-those-exposed-to-covid/>. By 2022 almost every state in the U.S. had lifted their shelter-at-home order, mask mandate, and other Covid restrictions. *Covid-19 Restrictions: Map of Covid-19 Case Trends and Restrictions*, USA Today (Last updated Jul. 11, 2022) <https://www.usatoday.com/storytelling/coronavirus-reopening-america-map/>.

⁴⁶ See Br. of Pet’r’s Ariz., et al. to the U.S. Supreme Ct., Docket No. 22-592 (Dec. 27, 2022) (asking the Court whether the states could intervene in this case).

⁴⁷ *Proceedings and Orders*, Supreme Court of the United States (Feb. 16, 2023) <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docketfiles/html/public/22-592.html>; Adam Liptak, *Supreme Court Cancels Arguments in Title 42 Immigration Case*, N.Y. TIMES (Feb. 16, 2023) <https://www.nytimes.com/2023/02/16/us/politics/supreme-court-title-42-immigration.html>.

⁴⁸ Br. for the Federal Resp’s in State of Ariz. v. Mayorkas, Docket No. 22-592 at pp. 11(Feb. 7, 2023). (

⁴⁹ See, e.g., *Id.*; Liptak, *supra* note 46.

⁵⁰ *DHS Continues to Prepare for End of Title 42; Announces New Border Enforcement Measures and Additional Safe and Orderly Processes*, Department of Homeland Security (Jan. 5, 2023) [hereinafter “New Border Enforcement Measures”] <https://www.dhs.gov/news/2023/01/05/dhs-continues-prepare-end-title-42-announces-new-border-enforcement-measures-and>; Jesus G. Garcia, et al., *Letter to Secretary Mayorkas from Members of Congress* (Mar. 13, 2023) https://castro.house.gov/imo/media/doc/cbponeletter_final.pdf.

have been threatened or harmed while in Mexico, or being under age 21 or over 70.⁵¹ Notably, such vulnerabilities do not include fear of harm in their country of origin. Nor does the mechanism create potential exceptions for victims of crimes against migrants; Title 42 has also been applied to victims of human trafficking.⁵² This CBP One application has already been shown to have difficulties with facial recognition of people of color and only has three language options, practically limiting access substantially.⁵³ There is not yet any data about migrants' ability to access the potential exceptions.

Title 42 has been used to expel more than 2.5 million migrants from the Southwest border.⁵⁴ So far, in the 2023 fiscal year alone, 419,147 migrants on the Southwest Land Border have been expelled under Title 42.⁵⁵ On the Northern Land Border, only 355 migrants have been expelled under Title 42.⁵⁶

The Human Costs of Title 42

The implementation of Title 42 has come with a substantial human cost. From January 20, 2021 until April 27, 2022, research by civil society groups have identified more than 10,250 reports of rape, kidnapping, torture, murder, and other violent attacks against asylum seekers and other migrants expelled to Mexico due to The Title 42 *expulsion without process policy*.⁵⁷ In December 2022, that number increased to over 13,480 violent incidences.⁵⁸

Recently, a lesbian asylum seeker, who was originally from El Salvador, reported that she was raped after being expelled to Mexico under Title 42.⁵⁹ Others have also reported facing rape and

⁵¹ Kate Morrissey, *CBP to Begin Requiring Mobile App for Asylum Seekers to Request Protection at Ports of Entry*, THE SAN DIEGO TRIBUNE (Jan. 11, 2023) <https://www.sandiegouniontribune.com/news/immigration/story/2023-01-11/cbp-mobile-app-asylum-seekers#:~:text=Those%20are%3A%20physical%20or%20mental,available%20in%20English%20and%20Spanish.>

⁵² See Hailey York, *U.S. Immigration Policy of Human Trafficking: Two Sides of the Same Coin*, HUM. TRAFFICKING INST. (Aug 11 2022) <https://traffickinginstitute.org/u-s-immigration-policy-and-human-trafficking-two-sides-of-the-same-coin/>.

⁵³ See Raul Pinto, *CBP One is Riddled with Flaws That Make the App Inaccessible to Many Asylum Seekers*, IMMIGR. IMPACT (Feb. 28, 2023) <https://immigrationimpact.com/2023/02/28/cbp-one-app-flaws-asylum-seekers/>; *Government Documents Reveal Information about the Development of the CBP One App*, AM. IMMGR. COUNCIL (Feb. 28, 2023) <https://www.americanimmigrationcouncil.org/FOIA/government-documents-reveal-information-about-development-cbp-one-app.>

⁵⁴ Isacson, *supra* note 36.

⁵⁵ U.S Customs and Border Protection, *Nationwide Enforcement Encounters: Title 8 Enforcement Actions and Title 42 Fiscal Year 2023*, U.S. CBP NEWSROOM (Apr. 14, 2023) <https://www.cbp.gov/newsroom/stats/cbp-enforcement-statistics/title-8-and-title-42-statistics>.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ Julia Neusner and Kenji Kizuka, *Extending Title 42 Would Escalate Dangers, Exacerbate Disorder, and Magnify Discrimination*, HUM. RTS. FIRST (Apr 27 2022), <https://humanrightsfirst.org/library/extending-title-42-would-escalate-dangers-exacerbate-disorder-and-magnify-discrimination/>.

⁵⁸ *Title 42: "Human Rights Stain, Public Health Farce"*, HUM. RTS. FIRST (Dec. 16, 2022) [HTTPS://HUMANRIGHTSFIRST.ORG/LIBRARY/TITLE-42-HUMAN-RIGHTS-STAIN-PUBLIC-HEALTH-FARCE/](https://humanrightsfirst.org/library/title-42-human-rights-stain-public-health-farce/).

⁵⁹ Neusner "Extending Title 42," *supra* note 58.

violence as a result of the policy. For example, a trans man from Honduras and his girlfriend, who were raped after they were blocked from seeking asylum in the U.S. due to the Title 42 policy, and a Nicaraguan woman, who had been traveling with her four-year-old child.⁶⁰ Amanda Maribel, a Honduran woman who fled domestic violence and reported fearing for her life if forced to return to Honduras, also reported facing violence and being raped while traveling to the U.S.⁶¹ After being denied access to asylum proceedings by application of the *expulsion without process policy*, she was sent back to Mexico where she does not have access to safe shelter or basic needs.⁶² Black and indigenous asylum seekers have also reported being targeted by racially-motivated attacks in Mexico.⁶³

The Title 42 *expulsion without process policy* was created in contradiction to the views of government public health experts and the available scientific evidence, continues to exclude nearly all irregular migrants arriving at the U.S. southern border and has had severe human consequences.

3. The Title 42 Expulsion Policy Violates the International Law Obligation to Create Border Policy that is Proportionate and Consistent with Scientific Evidence

The Title 42 *expulsion without process policy* violates Articles 43 and 44 of the International Health Regulations (“IHR”) because it is not based in scientific evidence and is not proportionate.⁶⁴ As a state party to the Constitution of the World Health Organization (“WHO”), the US is bound by these international law rules.⁶⁵ “The IHR’s overall orientation is firmly against the imposition of border restrictions... [and] the WHO has consistently advised against travel and trade restrictions throughout the COVID-19 pandemic.”⁶⁶ The IHR require that border control measures should not be “more restrictive of international traffic” nor “more invasive or intrusive to persons” than

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *The human cost of Title 42: Stories from the US-Mexico border*, DOCTORS WITHOUT BORDERS (Mar 28 2022), <https://www.doctorswithoutborders.org/latest/human-cost-title-42-stories-us-mexico-border>.

⁶² *Id.*

⁶³ Neusner “Extending Title 42,” *supra* note 58.

⁶⁴ The WHO International Health Regulations, art. 43 & 44, 2005 [hereinafter “IHR articles”].

⁶⁵ *Id.*, at 59, States Parties to the International Health Regulations (The U.S. has been bound since July 18, 2007). While not a treaty, the IHR is binding on the basis of Article 21 of the Constitution of the World Health Organization, which the U.S. ratified in 1948. Ratification Status of the Constitution of the World Health Organization, U.S. signed July 22, 1946, U.S. ratified June 21, 1948, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IX-1&chapter=9&clang=en.

⁶⁶ Adam Ferhani & Simon Rushton, *The International Health Regulations, COVID-19, and Bordering Practices: Who Gets in, What Gets Out, and Who Gets Rescued?*, 41 CONTEMP. SEC. POL’Y 458, 459-60 (May 30, 2020) (“First, border controls were seen as ineffective in keeping disease out – at best delaying importation for a short period. Second, one of the problems that the revision of the IHR was attempting to solve was a tendency for governments to keep outbreaks secret for fear of the economic consequences of travel and trade restrictions being placed upon them... Third, it was believed that border closures would hamper outbreak response, making it more difficult for vital supplies and personnel to enter the country to help deal with a health emergency. Fourth, border restrictions were thought to raise dangers for human rights and civil liberties, including the potential for discriminatory practices at points of entry and restrictions on free movement that were not justifiable in public health terms.”).

“reasonably available alternatives that would achieve the appropriate level of health protection.”⁶⁷ Article 43(2) further requires that the regulations must be in line with “scientific principles,” scientific evidence available at the time, and WHO advisements.⁶⁸ Article 3 of the IHR states that the obligations under the IHR are to be implemented with “full respect for the dignity, human rights and fundamental freedoms of persons.”⁶⁹ As shown below, the Title 42 policy has never satisfied these standards.

The original CDC order establishing the Title 42 *expulsion without process policy* states that expulsions without process were necessary to combat the danger of COVID-19 transmission from border crossing, pointing in particular to congregate settings and the lack of resources and infrastructure at CBP stations.⁷⁰ These arguments do not hold up under the International Health Regulations. We show below, first, that Title 42 has never been consistent with WHO regulations, second, that it has never been appropriately based in scientific evidence, and, third, that the policy is more restrictive than reasonable alternatives and what is required under WHO regulations, in violation of IHR rules.⁷¹

First, Title 42 has never been consistent with WHO regulations. When the Title 42 *expulsion without process policy* was first implemented, it did not align with 2020 WHO recommendations.⁷² On February 29, 2020, the WHO issued recommendations for movement across international borders, which advised against the application of travel restrictions to countries experiencing COVID-19 outbreaks.⁷³ The day before the Title 42 *expulsion without process policy* was issued, the WHO published interim guidance outlining how best to deal with international travelers, which did not include border closure.⁷⁴ The WHO recommended instead screening, masking, respiratory hygiene, isolating those who are showing symptoms, and implementing social distancing at the

⁶⁷ IHR articles, art. 43(1).

⁶⁸ *Id.* at art. 43(2).

⁶⁹ *Id.* at art. 3(1).

⁷⁰ “Order Suspending Introduction,” *supra* note 15, at pp. 1.

⁷¹ IHR articles, *supra* note 65, at Appendix 1.

⁷² See *Statement on the second meeting of the IHR Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus*, World Health Organization (30 Jan 2020) (detailing advice to states for responding to the novel coronavirus outbreak) [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

⁷³ World Health Organization, *Updated WHO recommendations for international traffic in relation to COVID-19 outbreak*, WHO NEWSROOM (Feb 29 2020), <https://www.who.int/news-room/articles-detail/updated-who-recommendations-for-international-traffic-in-relation-to-covid-19-outbreak>.

⁷⁴ World Health Organization, *Management of ill travelers at points of entry – international airports, seaports and ground crossings – in the context of COVID-19 outbreak*, Interim Guidance, pp. 1 (Mar 19 2020) <https://www.who.int/publications/i/item/10665-331512>. (“This document provides advice on the detection and management of ill travelers suspected to have COVID-19 at points of entry...with the following measures to be implemented based on country priorities and capacities: detection of ill travelers at international points of entry; interview of ill travelers; reporting of alerts of ill travelers with suspected COVID-19; isolation, initial case management, and referral of ill travelers with suspected COVID-19.”) The use of the word “referral” is regarding referral to a health care facility. *Id.* at 4.

border.⁷⁵ The Title 42 *expulsion without process policy* was clearly not in accordance with this WHO advice: it closed the border to irregular migrants even though WHO recommendations stated that testing and quarantine would be more appropriate and effective.

Since its implementation, the Title 42 *expulsion without process policy* has remained out of alignment with updated WHO guidance.⁷⁶ On July 2, 2021, the WHO updated their guidance on COVID-19, stressing the introduction of effective vaccines and testing protocols, noting that international travel for tourism and business had greatly increased since the inception of the pandemic, and that testing and quarantine protocols were effective in mitigating the spread in that context.⁷⁷ In the same statement, the WHO reminded States to take special precautions to protect vulnerable groups.⁷⁸ The Title 42 *expulsion without process policy* has not complied with updated WHO regulations. The policy closed the border to a vulnerable group - asylum-seeker - and continues to do so.

Second, as enacted, the Title 42 *expulsion without process policy* was not justified by available scientific evidence. To begin with, the Title 42 *expulsion without process policy* exempts visitors with prior authorization and also does not apply to visitors arriving by sky or sea, even though those modes of transportation are listed by HHS as congregate settings with a *higher* risk of disease transmission than ground crossings.⁷⁹ In addition, there were reasonable alternatives available,

⁷⁵ *Id.* (Ill travelers may be detected through self-reporting, visual observation, or temperature measurement...Points of entry personnel should instruct suspected cases to: wear a medical mask while they are waiting for transport to health care facilities...practice respiratory hygiene... Ill travelers with signs and symptoms of respiratory infection who have a history of exposure to COVID-19 should be isolated until they are able to safely transferred to a health care facility for further assessment... Staff should also encourage travellers to maintain a more than 1 metre distance between themselves...")

⁷⁶ World Health Organization, *Technical considerations for implementing a risk-based approach to international travel in the context of Covid-19*, Interim Guidance (Jul. 2, 2021) [hereinafter "WHO Technical Considerations"] <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Risk-based-international-travel-2021.1>; World Health Organization, *Statement on the ninth meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the coronavirus disease (COVID-19) pandemic*, WHO NEWS (Oct. 26, 2021), [https://www.who.int/news/item/26-10-2021-statement-on-the-ninth-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-\(covid-19\)-pandemic](https://www.who.int/news/item/26-10-2021-statement-on-the-ninth-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(covid-19)-pandemic); World Health Organization, *WHO advice for international traffic in relation to the SARS-CoV-2 Omicron variant (B.1.1.529)*, WHO NEWSROOM (Nov. 30, 2021) <https://www.who.int/news-room/articles-detail/who-advice-for-international-traffic-in-relation-to-the-sars-cov-2-omicron-variant>.

⁷⁷ WHO Technical Considerations, *supra* note 77, at pp. 2.

⁷⁸ *Id.*, at pp. 4.

⁷⁹ Joe Amon, et al., *Letter to Secretary Azar and Director Redfield*, 1-2 (May 18, 2020) https://www.publichealth.columbia.edu/file/3201/download?token=De_jVgyW [hereinafter "Amon, Letter to Secretary Azar"]; see, Joanna Naples-Mitchell, "There is No Public Health Rationale for a Ban on Asylum Seekers," JUST SEC. (Apr. 20, 2020) ; Lucas Guttentag & Stefano Bertozzi, "Trump Is Using the Pandemic to Flout Immigration Laws," NY TIMES (May 11, 2020) (Opinion) <https://www.nytimes.com/2020/05/11/opinion/trump-coronavirus-immigration.html>; Dr. Chris Beyrer & Yael Schacher, Expelling Asylum Seekers is not the Answer, Refugees Int'l (April 27, 2020) <https://www.refugeesinternational.org/reports/2020/4/26/expelling-asylum-seekers-is-not-the-answer-us-border-policy-in-the-time-of-covid-19>. <https://www.justsecurity.org/69747/there-is-no-public-health-rationale-for-a-categorical-ban-on-asylum-seekers>; Lucas Guttentag & Stefano Bertozzi, "Trump Is Using the

including using masks, hand sanitizer, and other screening measures.⁸⁰ Further, although it is true that congregate settings increase transmission of disease, the Title 42 *expulsion without process policy* arbitrarily applied to potential congregate settings created by detaining asylum-seekers, while not applying to congregate settings created by tourists and air-travelers at border crossing.⁸¹ For these reasons, scores of public health experts have repeatedly criticized the policy as never being supported by scientific evidence.⁸²

The Title 42 *expulsion without process policy* lacked scientific basis in March 2020 – at the peak of the pandemic – and continues to lack scientific basis. Indeed, even the White House medical advisor, Dr. Anthony Fauci, notably asserted close to a year and a half ago that COVID-19 transmission is “absolutely not” driven by migrants and that “expelling [migrants] is not the solution to the outbreak.”⁸³ As a result of the policy, people have been transported to other areas of the border and back to their country of origin by plane, after which they may also seek to return to the Mexico-U.S. border to seek refuge (again).⁸⁴ Additionally, COVID-19 tests are more effective, vaccines are readily available, and personal protective equipment (“PPE”) is an available option.⁸⁵ The United States has developed programs that help refugees and better combat Covid-

Pandemic to Flout Immigration Laws,” NY TIMES (May 11, 2020) (Opinion) <https://www.nytimes.com/2020/05/11/opinion/trump-coronavirus-immigration.html>; Dr. Chris Beyrer & Yael Schacher, Expelling Asylum Seekers is not the Answer, Refugees Int’l (April 27, 2020) <https://www.refugeesinternational.org/reports/2020/4/26/expelling-asylum-seekers-is-not-the-answer-us-border-policy-in-the-time-of-covid-19>.

⁸⁰ Amon Letter to Secretary Azar, *supra* note 79, at pp. 1; Naples-Mitchell, *supra* note 79; Beyrer, *supra* note 79.

⁸¹ Amon Letter to Secretary Azar, *supra* note 79, at pp. 1-2; Naples-Mitchell, *supra* note 79; Bertozzi, *supra* note 79; Beyrer, *supra* note 79.

⁸² Amon Letter to Secretary Azar, *supra* note 79; Pooja Agrawal, et. al., *Letter to Acting Secretary Wolf and Attorney General Barr* (Aug. 6, 2020) <https://www.publichealth.columbia.edu/file/3203/download?token=dTeOxMY0>; Public Health Recommendations for Processing Families, Children and Adults Seeking Asylum or Other Protection at the Border, Columbia Mailman Sch. of Pub. Health (Dec. 2020) <https://www.publichealth.columbia.edu/research/programs/program-forced-migration-health/voices/public-health-recommendations-us-border/>; Joe Amon, et. al., *Letter to Acting Secretary Cochran and Director Walensky* (Jan. 28, 2021) [hereinafter “Amon Letter to Acting Secretary Cochran”] <https://www.publichealth.columbia.edu/file/7597/download?token=F5AyPn5M>; Monette Zard, *Epidemiologists and Public Health Experts Reiterate Urgent Call to End Title 42*, Columbia Mailman Sch. of Pub. Health (Jan. 14, 2022) <https://www.publichealth.columbia.edu/research/programs/program-forced-migration-health/voices/epidemiologists-public-health-experts-reiterate-urgent-call-end-title-42/>; Michele Heisler, et. al., *Letter to Secretary Becerra and Director Walensky* (Jul. 1, 2021) <https://www.publichealth.columbia.edu/file/7596/download?token=oqpTUkOp>; Anika Backster, et. al., *Letter to Secretary Becerra, Director Walensky and Secretary Mayorkas* (Sept. 1, 2021) <https://www.publichealth.columbia.edu/file/7613/download?token=IIMIX8IK>.

⁸³ Alison Durkee, *Fauci Says Immigrants Are ‘Absolutely Not’ Driving Covid-19 Surge: ‘Let’s Face Reality Here’*, Forbes (Oct. 3, 2021) (Business) <https://www.forbes.com/sites/alisdurkee/2021/10/03/fauci-says-immigrants-are-absolutely-not-driving-covid-19-surge-lets-face-reality-here/?sh=6602cb48173d>.

⁸⁴ Julia Neusner, *A Year After Del Rio, Haitian Asylum Seekers Expelled Under Title 42 Are Still Suffering*, HUM. RTS. FIRST (Sept 22, 2022), <https://humanrightsfirst.org/library/a-year-after-del-rio-haitian-asylum-seekers-expelled-under-title-42-are-still-suffering/>; Nicole Prchal Svajlenka and Tom K. Wong, *The Title 42 Expulsion Policy Does Nothing to Prevent the Spread of COVID-19*, AM. PROGRESS (May 10, 2022), <https://www.americanprogress.org/article/the-title-42-expulsion-policy-does-nothing-to-prevent-the-spread-of-covid-19/>.

⁸⁵ WHO Technical Considerations, *supra* note 77, at pp. 2. Additionally, see note 44 for information on other Covid-19 restrictions that have been lifted.

19; for example, the CDC collaborates with the Department of State developing the Vaccination Program for U.S.-bound Refugees.⁸⁶ However, despite this expressed commitment to the health of refugees, the Title 42 *expulsion without process policy* remains in place.

Third, the Title 42 *expulsion without process policy* is extremely restrictive and intrusive – much more limiting of international travel than reasonable alternatives. The Title 42 *expulsion without process policy* completely bans refugees seeking asylum from entering the country.⁸⁷ The policy singles out a vulnerable group for harsher treatment than other travelers. It is not difficult for the reasonable alternatives to be less restrictive and intrusive. The U.S. government had stated that the Title 42 *expulsion without process policy* was necessary because of a lack of infrastructure to use as quarantine facilities. However data suggests that a significant percentage of the irregular migrants crossing the border have family and friends in the U.S. with whom they could have quarantined.⁸⁸ Thus, as a result of the Title 42 *expulsion without process policy*, asylum-seekers have been forced to wait and congregate in informal asylum camps in Mexico, rather than sheltering in place within the U.S. with family and friends.⁸⁹ Other measures that could have been implemented include masking, social distancing, and hand sanitizer.⁹⁰ These are measures, that the CDC itself has recommended, are now viewed as far more effective at decreasing the transmission of COVID-19.⁹¹ Since the Title 42 *expulsion without process policy* is more restrictive and intrusive than necessary for public health, and because it was not adequately supported by public health evidence and does not comply with WHO regulations, it is in violation of the IHR.

4. The Title 42 Expulsion Without Process Policy Violates the Right to Non-Refoulement

The Title 42 *expulsion without process policy* violates the right to non-refoulement (non-return) to persecution, torture, and irreparable harm. The right to non-refoulement guarantees that no one shall be returned (“refouled”) to a state where they would face persecution, torture or other forms of irreparable harm.⁹² This principle always applies, meaning that a migrant does not need to have an official grant of refugee or another humanitarian status to have the rights conferred by

⁸⁶ Centers for Disease Control and Prevention, *Vaccination Program for U.S.-bound Refugees*, Immigrant, Refugee, and Migrant Health (updated Jan. 2021) https://www.cdc.gov/immigrantrefugeehealth/guidelines/overseas-guidelines.html?CDC_AA_refVal=https%3A%2F%2Fwww.cdc.gov%2Fimmigrantrefugeehealth%2Fguidelines%2Foverseas%2Finterventions%2Fimmunizations-schedules.html.

⁸⁷ “Order Suspending Introduction,” *supra* note 15, at pp. 1.

⁸⁸ Amon Letter to Secretary Azar, *supra* note 80, at pp. 1.

⁸⁹ *Id.* at pp. 2 (stating that sheltering in place has been proven to be the most effective means for combatting COVID-19).

⁹⁰ *Id.* at pp. 1.

⁹¹ *Id.* at pp. 1-2.

⁹² *The Principle of Non-Refoulement Under International Human Rights Law*, OHCHR, pp. 1 <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/GlobalCompactMigration/ThePrincipleNon-RefoulementUnderInternationalHumanRightsLaw.pdf> [hereinafter “OHCHR on Non-Refoulement”].

the principle of non-refoulement.⁹³ The principle of non-refoulement has been codified under the Convention Relating to the Status of Refugees (‘the Refugee Convention’); the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (“CAT”), and, implicitly, in the International Covenant on Civil and Political Rights (“ICCPR”). Additionally, the principle of non-refoulement has reached the level of customary international law.⁹⁴ It should be noted that any concerns about extraterritoriality and its implications for the application of international law do not apply here, as the operation of the policy involves migrants crossing the border into the territorial jurisdiction of the United States and then expelled to Mexico or their country of origin.⁹⁵

The Principle of Non-Refoulement under the Refugee Convention

The *principle of non-refoulement* is codified in the Convention Relating to the Status of Refugees, Article 33.⁹⁶ Like Mexico, the United States is party to the Protocol to this Convention, which makes this obligation binding.⁹⁷ Mexico has also incorporated the right to non-refoulement

⁹³ *Id.*

⁹⁴ The principle of non-refoulement is generally seen as customary international law because of the state practice and the general understanding that the obligations under the principle of non-refoulement are obligatory. See Convention Relating to the Status of Refugees, art. 33(1), July 28, 1951 [hereinafter “1951 Refugee Convention”]; Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, art. 3, Dec. 10, 1984; International Covenant on Civil and Political Rights, art 7, Dec. 16, 1966 (understanding that the protection against torture includes a right to not be returned to a place where you will be tortured); UNHCR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law*, Response to the Questions posed to the UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93 (available at <https://www.refworld.org/docid/437b6db64.html>) ; Constitución Federal, art. 1 (the Mexican State is “obliged to promote, respect, protect and guarantee Human Rights, in accordance with the principles of universality, interdependence, indivisibility and progressiveness.”); 1969 American Convention on Human Rights “Pact of San José, Costa Rica,” article 22(8) (“In no case may an alien be deported or returned to a country, regardless of whether or not it is his country of origin, if in that country his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, nationality, religion, social status, or political opinions.”). See also New Zealand Court of Appeal, *Zaoui v. Attorney General*, 30 Sept. 2004, (No. 2) [2005] 1 NZLR 690, para. 34 (“The prohibition on refoulement, contained in art 33.1 of the Refugee Convention, is generally thought to be part of customary international law, the (unwritten) rules of international law binding on all States, which arise when States follow certain practices generally and consistently out of a sense of legal obligation.”) and para. 136 (“The Refugee Convention is designed to protect refugees from persecution and the non-refoulement obligation is central to this function. It is non-derogable in terms of art 42.1 and, as discussed above at para [34] has become part of customary international law.”); E. Lauterpacht and D. Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement: Opinion*, in E. Feller, V. Türk and F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNCHR’s Global Consultation on International Protection*, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, CAMBRIDGE (2003), paras. 193-219; G. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2nd edition, OXFORD UNIVERSITY PRESS (1996), at pp. 167-171.

⁹⁵ U.S. Customs and Border Protection, *Nationwide Enforcement Encounters: Title 8 Enforcement Encounters: Title 8 Enforcement Actions and Title 42 Expulsions Fiscal Year 2023*, U.S. CBP NEWSROOM (Apr. 14, 2023) <https://www.cbp.gov/newsroom/stats/cbp-enforcement-statistics/title-8-and-title-42-statistics>.

⁹⁶ See 1951 Refugee Convention, *supra* note 95, at art. 33 (“No contracting State shall expel or return (‘refouler’) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of particular social group or political opinion”).

⁹⁷ Status of the Protocol to the Convention Relating to the status of refugees, (Nov. 1, 1968) https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-5&chapter=5&clang=en. The Protocol

in its constitution.⁹⁸ The protection against refoulement extends to all refugees; this includes persons who have not had their refugee status declared yet, i.e., asylum-seekers.⁹⁹ The principle of non-refoulement in refugee law is applicable to any form of forcible removal which includes *expulsions* as well as *non-admission at the border*.¹⁰⁰

States parties are obligated to avoid returning a refugee to their country of origin where they face persecution – also called direct refoulement – and to avoid returning them to a third country where the relevant officials know or should know that such persons would face persecution.¹⁰¹ States parties are also obligated to not return refugees to a state with inadequate asylum procedures – also called indirect refoulement.¹⁰² This principle of non-refoulement applies to any country where a refugee may have a fear of persecution.¹⁰³ This principle does not require any non-citizen be unconditionally provided with asylum, but rather that “States . . . grant individuals seeking international protection access to the territory and to fair and efficient asylum procedures.”¹⁰⁴

The UNHCR Handbook states that “a threat to life or freedom” with nexus to a protected ground is always persecution.¹⁰⁵ The US Supreme Court has held that persecution is a wider

to the Convention, which has Article 33 of the 1951 Convention. Thus, Article 33 is binding on the United States; *Id.*; See 1951 Refugee Convention, art. 33 (“No contracting State shall expel or return (‘refouler’) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of particular social group or political opinion”); *A List of Treaties and Other International Agreements of the United States in Force on January 1, 2020*, Treaties in Force, at 542 (Jan 2020); *Status of Ratification Interactive Dashboard*, UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, <https://indicators.ohchr.org/>.

⁹⁸ [CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS Unidos Mexicanos \(Constitution\)](https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=272458) art 11.; With the Primera Sala in Amparo en revision 302/2020, the Mexican judiciary has taken a stand on the MPP, another U.S. immigration policy that attempted to remove the right of nonrefoulement. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=272458>.

⁹⁹ *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, UNHCR, para. 6 (Jan. 26, 2007) [hereinafter “UNHCR Advisory Opinion”]; Under international law, a refugee is defined as someone who “owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable, or owing to such fear, is unwilling to return to it.” 1951 Refugee Convention, *supra* note 95, at art. 1(1).

¹⁰⁰ UNHCR Advisory Opinion, *supra* note 100, at para. 7 (emphasis added).

¹⁰¹ There is not a single agreed upon definition of what persecution is. The U.S. has defined persecution in its case law. In order for harm to be rise to the level of persecution it must include “more than just restrictions or threats to life and liberty.” *Chaib v. Ashcroft*, 397 F.3d 1273, 1277 (10th Cir. 2005).

¹⁰² *Id.*; Also see Moira Sy, *UNHCR and Preventing Indirect Refoulement in Europe*, 27 INT’L J. OF REFUGEE L. 457, 457-80 (Jul. 31, 2015).

¹⁰³ *Note on Non-Refoulement (Submitted by the High Commissioner) EC/SCP/2*, UNCHR, ¶ 1 <https://www.unhcr.org/en-us/excom/scip/3ae68ccd10/note-non-refoulement-submitted-high-commissioner.html>.

¹⁰⁴ UNHCR Advisory Opinion, *supra* note 100, at para. 8.

¹⁰⁵ *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection*, UNHCR, 21:51 (Feb. 2019) <https://www.unhcr.org/media/handbook-procedures-and-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention-and-1967>.

concept than just threats to life or freedom, and the US Ninth Circuit defines persecution as “infliction of suffering or harm upon those who differ ... in a way regarded as offensive.”¹⁰⁶ To be protected by refugee law as persecution, such harm, suffering threat or violation of human rights must be on account of a protected ground under the treaty, which includes race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion.¹⁰⁷

States are required to provide “fair and efficient procedures” for determining refugee status.¹⁰⁸ The right to fair and efficient procedures arguably comes from Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights.¹⁰⁹ Various procedures qualify as “fair and efficient.” Asylum-seekers must have access to asylum procedures in the first place.¹¹⁰ This includes physical access to the territory of the State where asylum is sought, as well as access to the procedures for determining the validity of their asylum claim.¹¹¹ States should provide a clearly identified authority with specialized knowledge of asylum proceedings “with responsibility for examining requests for refugee status and taking decisions in the first instance.”¹¹² The UNHCR Procedural Standards identify relevant core principles, which include the opportunity to present the claim to a qualified officer and have an interpreter.¹¹³ Finally, there should be no time-limit for filing an asylum claim.¹¹⁴ Procedures which do not provide a refugee seeking asylum access to territory and to a procedure which meets these basic indicia of fairness and efficiency – and thus place a refugee at risk of return to persecution – violate refugee law’s prohibition on non-refoulement.

The Principle of Non-Refoulement under CAT

¹⁰⁶ *Fisher v. INS*, 79 F. 3d 955, 961 (9th Cir. 1996) (en banc).

¹⁰⁷ Protocol Relating to the Status of Refugees, art. 1(A)(2), Dec. 16, 1966 [hereinafter “Protocol to the Refugee Convention”].

¹⁰⁸ See UNHCR, *Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures)*, EC/GC/01/12, ¶ 4-5 (May 31, 2001). What actually constitutes “fair and efficient procedures” is debated, generally the UNHCR has provided guidance for procedures that are good examples of fair and efficient procedures.

¹⁰⁹ Universal Declaration of Human Rights, art. 14, Dec. 10, 1948 (“(1) Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution; (2) This right may not be invoked in the case of prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.”).

¹¹⁰ UNHCR, *Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures)*, *supra* note 109, at ¶ 4-5; *Fair and Efficient Asylum Procedures: A Non-Exhaustive Overview of Applicable International Standards*, UNHCR, 2.

¹¹¹ *Fair and Efficient Asylum Procedures: A Non-Exhaustive Overview*, *supra* note 111, at 2 (“As has been underlined repeatedly by the General Assembly and UNHCR’s Executive Committee, physical access of asylum-seekers to the territory of the State where they are seeking admission as refugees and, further, access to procedures where the validity of their refugee claim can be assessed are essential preconditions of international refugee protection.”).

¹¹² *Id.* (stating that States should provide decision-makers “who are familiar with the use of interpreters and appropriate cross-cultural interviewing techniques.”). Additionally, “[i]nformation obtained during an examination of a claim under the 1951 Convention could also be relevant for the examination of complementary/subsidiary protection needs... Therefore, it is advisable that all forms of international protection which are available in a nation legal system be decided upon by the same competent authority in one single procedure with the same minimum guarantees.” *Id.* at 3.

¹¹³ *Procedural Standards for Refugee Status Determination under UNHCR’s Mandate*, UNHCR, 15 (Aug. 2020) <https://www.unhcr.org/us/media/procedural-standards-refugee-status-determination-under-unhcrs-mandate>.

¹¹⁴ *Fair and Efficient Asylum Procedures: A Non-Exhaustive Overview*, *supra* note 111, at 3. Additional recommendations include: the right to legal assistance and representation, access to appeals processes, and access to reasons for rejection of an asylum claim. *Id.* at 3-6.

Another codification of the principle of non-refoulement is found in the CAT. The United States has signed and ratified to the CAT, as has Mexico.¹¹⁵ Under the CAT, state parties are not permitted to refoule or return individuals who fear torture, which includes, but is not limited to, those who enter their borders as refugees or claim asylum.¹¹⁶ As a part of the CAT, the principle of non-refoulement is considered absolute, with no exceptions, and is viewed as customary international law, since the obligation of non-return is a fundamental element of the right to be free from torture.¹¹⁷ It is worth noting that the ICCPR also has a provision prohibiting torture and authorities have interpreted the ICCPR obligations in a similar manner.¹¹⁸

Protecting the right to non-refoulement to torture requires a State to afford migrants fleeing harm some amount of process to have their claim heard. The Committee Against Torture has stated that the test for determining if someone in danger of being subjected to torture, involves deciding if “substantial grounds” exist for finding that the risk of torture is “personal, present, foreseeable and real.”¹¹⁹ Authorities have held that the principle of non-refoulement requires that a competent administrative and/or judicial authority has investigated this risk of torture.¹²⁰ As the Committee has noted, any form of “collective deportation” without an “objective examination” of the particular case should be considered as a “violation of the principle of ‘non-refoulement’ as it prevents States parties from adequately verifying ... whether there are well founded reasons not to deport a person.”¹²¹

¹¹⁵ Status of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (signed Apr. 18, 1985; ratified Oct. 21, 1994) https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&clang=en; Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading treatment or Punishment, UN Treaty Collection Status of Treaties, 8; Although made some narrow reservations to the CAT, none are relevant to evaluation of T42.

¹¹⁶ The Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, art. 3 (1984) [hereinafter “CAT”].

¹¹⁷ The right to be free from torture has also been interpreted to be a norm of *jus cogens*. *The Principle of Non-Refoulement Under International Human Rights Law*, OHCHR <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/GlobalCompactMigration/ThePrincipleNon-RefoulementUnderInternationalHumanRightsLaw.pdf> [hereinafter “OHCHR on Non-Refoulement”] (“As an inherent element of the prohibition of torture and other forms of ill-treatment, the principle of *non-refoulement* is characterized by its absolute nature without any exception.”). Compare 1951 Refugee Convention which allows for exceptions when national security is involved, with the CAT which “guarantees an absolute right which is not subject to any exclusion or limitation clause. Thus, persons who might, for instance, for national security reasons not be eligible for asylum are equally protected.” Manfred Nowak, Moritz Birk, Giuliana Monina, *The United Nations Convention Against Torture and Its Optional Protocol*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, at pp. 100, para. 3 (2019).

¹¹⁸ ICCPR, art. 7.

¹¹⁹ *General Comment No. 1 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22*, CAT, ¶ 11 (May 12, 2017) <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CAT/GCArticle3/CAT-C-GC-1.pdf>.

¹²⁰ *Id.* at ¶ 13.

¹²¹ *Id.*

The Committee Against Torture has provided specific steps that States should take in order to fulfill their obligations under the CAT.¹²² This includes conducting individual examinations of claims made by the migrant providing legal assistance and proceedings in a language that the migrants can understand.¹²³ Procedures which do not provide a migrant seeking protection from return to harm access to a procedure which enables an individual, objective examination of a claim of fear of return to torture by an administrative and/or judicial authority – and thus place a migrant at risk of deportation and return to torture – violate CAT’s prohibition on non-refoulement.

The Principle of Non-Refoulement under the ICCPR

Another protection against return to harm is available to migrants under the ICCPR, a treaty ratified by both the United States and Mexico.¹²⁴ The United States is obligated to not send a migrant back to a country where they may be exposed to “real risk” of “irreparable harm.”¹²⁵ Real risk means a “necessary and foreseeable consequence.”¹²⁶ Irreparable harm includes persecution, torture and ill-treatment but also includes other serious human rights violations (without the nexus requirement of refugee law).¹²⁷ The Human Rights Committee first established this standard in *Alzery v. Sweden* in relation to the right to be free from torture.¹²⁸ This Committee, which interprets the ICCPR, held that Article 7 of the ICCPR prohibiting torture has an implied non-refoulement requirement.¹²⁹ According to the Committee, these obligations derive from Article 2(1), which establishes that States must ensure that “all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the covenant.”¹³⁰ The Committee has also read a non-refoulement obligation to Article 6’s protection of the right to life and have suggested this protection could encompass a range of other rights protected by the treaty.¹³¹

As with the refugee convention and CAT, the ICCPR imparts to state parties a duty to investigate.¹³² The investigation should be prompt, thorough, and impartial.¹³³ Procedures that fail

¹²² *Id.* at ¶ 18.

¹²³ *Id.* at ¶ 18(c).

¹²⁴ ICCPR Status of Ratification, U.S. signed Oct. 5, 1977, U.S. ratified Jun. 8, 1982, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CCPR&Lang=en.

¹²⁵ Paul Taylor, A COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: THE UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE’S MONITORING OF ICCPR RIGHTS, 355, (Cambridge University Press 2020) doi:10.1017/9781108689458.

¹²⁶ *Id.* at 147.

¹²⁷ The Principle of Non-Refoulement, *supra* note 93, at 1.

¹²⁸ *Mohammed Alzery v. Sweden*, CCPR/C/88/D/1416/2005, UN Human Rights Committee (HRC), 10 November 2006, available at: <https://www.refworld.org/cases/HRC.47975afa21.html> [accessed 27 April 2023].

¹²⁹ *Id.* at ¶ 6.4.

¹³⁰ *Id.* at ¶ 14.; ICCPR, *supra* note 95, at art. 2(1).

¹³¹ General Comment No. 36 to Article 6 of the ICCPR, Human Rights Committee, ¶ 3-4 (Sep. 3, 2019); *See also*, Taylor, *supra* note 126, at 141.

¹³² Taylor, *supra* note 126, at 178 (noting this responsibility has been noted by the Committee as deriving from Article 2(3) in General Comment 20 on Article 7 and General Comment 31 on Article 2).

¹³³ *Id.* Similarly, prompt, thorough, and effective investigation is required under Article 6, read in conjunction with Article 2(3). *Id.* at 145.

to adequately investigate risks to the right to life and right to be free from torture or risks of violations of other fundamental human rights and thus place a migrant at risk of expulsion and return to harm can violate the ICCPR.

Violations of the Principle of Non-Refoulement

Under international law, even during a pandemic, the United States is required to evaluate whether arriving migrants face a risk of persecution, torture, or irreparable harm.¹³⁴ The Title 42 *expulsion without process policy* does not allow for such investigation. Instead, it expels all of those crossing the border without giving them the opportunity to claim asylum or conducting investigations into other complementary forms of protection that they may be eligible for.

The text and implementation of the Title 42 *expulsion without process policy* invalidates the possibility of fair and efficient procedures or adequate screening for risk of torture or irreparable harm.¹³⁵ The CDC order “suspend[ed] the introduction of persons” into the United States.¹³⁶ While the policy theoretically allows a migrant to affirmatively raise a fear of torture (though not persecution or other serious human rights violations), experts have confirmed that US officials do not screen for a risk of torture in practice.¹³⁷ As a result, migrants are expelled even when there are indications that at least some of these migrants will face persecution, torture or serious human rights violations in the places to which they are being returned, which includes both their country of origin and countries in which they are likely to be persecuted. Migrants are expelled without being able to access any process to determine whether they require protection from persecution, torture, or other irreparable harm.

This policy has resulted in the United States returning asylum seekers directly to the country where they feared persecution – direct refoulement. For example, evidence suggests that Nicaraguan activists were denied the opportunity to present evidence of torture at the U.S. border, and were promptly detained by the police when they were expelled to Nicaragua.¹³⁸

Asylum-seekers are also routinely returned to Mexico, as noted above, specifically into regions where risks to safety are widespread, which risks indirect refoulement.¹³⁹ Families and individuals

¹³⁴ *Human Mobility and Human Rights in the COVID-19 Pandemic: Principles of the Protection for Migrants, Refugees, and Other Displaced Persons*, 32 INT’L J. OF REFUGEE L. 549, 552 (Nov. 4, 2020) <https://doi.org/10.1093/ijrl/eeaa028>.

¹³⁵ “Order Suspending Introduction,” *supra* note 15, at pp. 1.

¹³⁶ “Order Suspending Introduction,” *supra* note 15, at pp. 1.

¹³⁷ Covid-19 Capiro, *supra* note 18, at 4 (Convention Against Torture Claim); *Practice Pointer: Title 42 and Asylum Processing at the Southern Border*, AM. IMMIGR. LAW.S ASS’N (Jan. 12, 2023) <https://www.aila.org/advo-media/aila-practice-pointers-and-alerts/practice-pointer-title-42-and-asylum-processing>.

¹³⁸ *Q&A: US Title 42 Policy to Expel Migrants at the Border*, HUM. RTS. WATCH (Apr. 8, 2021) <https://www.hrw.org/news/2021/04/08/qa-us-title-42-policy-expel-migrants-border>.

¹³⁹ Neusner “Extending Title 42,” *supra* note 58; Q&A: US Title 42 Policy, *supra* note 139.

interviewed in Ciudad Juarez reported that they did not have the chance to raise their asylum claims before being expelled.¹⁴⁰ Expulsion to Mexico occurs even when the asylum-seekers are those who are uniquely vulnerable to harm or persecution under protected grounds such as race and particular social group. According to civil society reports, black and indigenous asylum seekers are regularly targeted after expulsion, including with kidnappings, attacks, or murders.¹⁴¹ Human trafficking is a known danger for migrants along the border, and thus the Title 42 *expulsion without process policy* also causes the wrongful deportation of many trafficking victims.¹⁴² Those in gender-based particular social groups such as women and LGBTQ persons are also particularly vulnerable and are routinely harmed or persecuted based on their membership in those groups along the border. For example, a trans man reported being sexually assaulted along with his girlfriend and then being told that the assailants were going to “teach them how to be women.”¹⁴³

The expulsions into Mexico thus risk violations of the obligation against indirect refoulement. This risk is aggravated by the lack of capacity of national authorities to evaluate claims and promptly confer international protection. In Mexico, the Mexican Commission for Refugee Assistance (“COMAR”) lacks sufficient funds and has been reported to be “overwhelmed” by the surge in refugees.¹⁴⁴ COMAR also does not have stations for processing refugees along Mexico’s northern border, which is exactly where migrants are expelled from the United States under Title 42.¹⁴⁵ Harms are foreseeable and real: without screening, it is impossible for migrants fleeing persecution, torture or risk of serious violations of human rights to be identified for protection by Mexico nor the United States – and it is impossible for the United States to comply with its international obligations.

5. The Title 42 Expulsion Without Process Policy Violates the Obligation to Not Discriminate at Borders

The Title 42 *expulsion without process policy* also violates the United States’ obligations under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD). Along with Mexico, the United States is a party to ICERD (“ICERD”).¹⁴⁶ ICERD requires member

¹⁴⁰ Decl. from Linda Rivas in *Huisha-Huisha v. Mayorkas*, published by ACLU, ¶ 13 (Nov. 15, 2022) <https://www.aclu.org/cases/huisha-huisha-v-mayorkas?document=declaration-linda-rivas>.

¹⁴¹ Neusner “Extending Title 42,” *supra* note 58; Q&A: US Title 42 Policy, *supra* note 139.

¹⁴² Hailey York, *U.S. Immigration Policy and Human Trafficking: Two Sides of the Same Coin*, Human Trafficking Institute, Aug. 11, 2022, Q&A: US Title 42 Policy to Expel Migrants at the Border, Human Rights Watch (Apr 8 2021), <https://www.hrw.org/news/2021/04/08/qa-us-title-42-policy-expel-migrants-border>.

¹⁴³ Neusner and Kizuka, *supra* note 131.

¹⁴⁴ *Mexico: Asylum Seekers Face Abuses at Southern border*, Human Rights Watch, Jun. 6 2022, <https://www.hrw.org/news/2022/06/06/mexico-asylum-seekers-face-abuses-southern-border>. Accounts of interactions with the immigration authorities in Mexico reveal long detentions and pressure by immigration officials on refugees to not seek asylum. *Id.*

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Status of Ratification Interactive Dashboard*, United Nations Human Rights, <https://indicators.ohchr.org/>.

states to “undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms.”¹⁴⁷ Article 1 of the ICERD defines racial discrimination to mean “any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin.”¹⁴⁸

Under Article 2(1)(c) of the ICERD, states parties must “take effective measures to review governmental, national and local policies, and to amend, rescind or nullify any laws and regulations which have the effect of creating or perpetuating racial discrimination wherever it exists.”¹⁴⁹ The Convention thus prohibits discrimination that results from a state policy.¹⁵⁰ The ICERD Committee, which interprets the treaty, has noted that discrimination can be both direct and indirect.¹⁵¹ Prohibited indirect discrimination under ICERD involves treating equally persons whose situations are objectively different, in addition to treating unequally persons whose situations are objectively the same.¹⁵² A state must eliminate any “unjustifiable disparate impact upon a group distinguished by race, colour, descent, or national or ethnic origin.”¹⁵³ General Recommendation 30 to the ICERD on Discrimination against Non-Citizens says that states parties should ensure that laws concerning deportation or removal do not discriminate.¹⁵⁴ Border policy that has a differential effect on the basis of a protected ground can violate this anti-racism obligation.

¹⁴⁷ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, art. 5, Dec. 21, 1965 [hereinafter “ICERD”].

¹⁴⁸ *Id.*, at art. 1 § 1. Additionally, the right to non-discrimination also appears in Article 1 of the Charter of the United Nations and is a part of the Universal Declaration of Human Rights. UN Charter art. 1; Universal Declaration of Human Rights, art. 7, Dec. 10, 1948. All persons, including migrants, are guaranteed equal protection under the law by the ICCPR as well, which by its terms prohibits discrimination on the basis of race and ethnicity. ICCPR, *supra* note 95, art. 26 (“All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.”). Under Article 26 of the ICCPR states are required to refrain from both direct and indirect discrimination. *Id.* Additionally, the 1951 Refugee Convention also includes a provision requiring States to apply the convention without discrimination. Specifically, States cannot discriminate based on the country of origin of the refugee. The 1951 Refugee Convention, *supra* note 95, art. 3 (“The Contracting States shall apply the provisions of this Convention to refugees without discrimination as to race, religion or country of origin.”); The 1951 Refugee Convention, TRAVAUX PREPARATOIRES COMMENTARY, <https://www.unhcr.org/en-us/protection/travaux/4ca34be29/refugee-convention-1951-travaux-preparatoires-analysed-commentary-dr-paul.html>. Furthermore, the IHR has a provision that prohibits discrimination in public health acts. Article 42 of the regulations states that health measures must be applied in non-discriminatory manner. IHR articles, *supra* note 65, art. 42. Furthermore, the IHR has a provision that prohibits discrimination in public health acts. Article 42 of the regulations states that health measures must be applied in non-discriminatory manner. *Id.*

¹⁴⁹ ICERD, *supra* note 148, at art. 2(1)(c).

¹⁵⁰ Gay McDougall, *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, UN AUDIOVISUAL LIBRARY OF INT’L L. (Dec. 21, 1965) <https://legal.un.org/avl/ha/cerd/cerd.html>.

¹⁵¹ General recommendation No. 32, CERD/C/GC/32, UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, ¶ 7-10 (Sept. 24, 2009) <https://www.refworld.org/docid/4adc30382.html>.

¹⁵² *Id.* at ¶ 8.

¹⁵³ *Id.*; General Recommendation 14, U.N. Doc. A/48/18 at 114, Committee on the Elimination of Racial Discrimination, ¶ 2. <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/genrxiv.htm>.

¹⁵⁴ ICERD General Recommendations XXX, Committee on the Elimination of Racial Discrimination, ¶ 4-5 https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CERD_GC_30_2004_EN.pdf.

The evidence suggests that the United States has violated its responsibility to promote the equal treatment of all persons, including on the basis of race and ethnicity by enacting a policy that is discriminatory in effect.¹⁵⁵ The Title 42 *expulsion without process policy* has an unjustifiable disparate impact on particular racial and ethnic groups. For instance, migrants passing through the southwest border include a substantial proportion of racial minorities compared to the northern border.¹⁵⁶ The Title 42 *expulsion without process policy* has been primarily applied at the southwestern border, compared to the northern border, where at its highest level of use, the policy was only relied upon in 27% of expulsions.¹⁵⁷ In addition, racial bias has been highlighted in the treatment of Ukrainian asylum-seekers who have benefited from exceptions to the application of Title 42, which are not extended to other migrants fleeing countries in the region.¹⁵⁸ A deeper investigation reveals the indirect discriminatory effect of the Title 42 *expulsion without process policy*, and therefore the United States' failure to eliminate discrimination on the basis of race or ethnicity.¹⁵⁹

6. Conclusion

The Title 42 *expulsion without process policy* violates a range of the United States' obligations under international law. The policy violates duties under International Health Regulations as it is

¹⁵⁵ Title 42 has been shown to have possible racial motivations and violates the ICERD mandate to prohibit racial discrimination in all its forms. Comments and actions from the administration that enacted Title 42 casts significant doubt on the US's desire to prohibit racial discrimination. The president's chief immigration adviser during the Trump administration tried to get the administration to misinterpret the policy into border closures in order to further a racist anti-immigration policy before the pandemic.¹⁵⁵ Trump, under which the Title 42 policy was enacted, called Haiti and El Salvador "shithole countries" under the intention of restricting immigration from those countries. Caitlin Dickerson and Michael D. Shear, *Before Covid-19, Trump Aide Sought to Use Disease to Close Borders*, N.Y. TIMES (May 2, 2020), <https://www.nytimes.com/2020/05/03/us/coronavirus-immigration-stephen-miller-public-health.html>; Q&A: US Title 42 Policy, *supra* note 139.

¹⁵⁶ CERD: US Discrimination Against Black Migrants, Refugees and Asylum Seekers at the Border and Beyond, HUM. RTS. FIRST (Aug. 8, 2022) <https://humanrightsfirst.org/library/cerd-us-discrimination-against-black-migrants-refugees-and-asylum-seekers-at-the-border-and-beyond/>.

¹⁵⁷ Compare Appendix Figure 5.1, showing the use of the Title 42 expulsion without process policy as used at the northern border, where, at its highest use, the Title 42 policy was only used in 27% of expulsions; with Figure 5.2, showing the use of the Title 42 expulsion without process policy as used at the southwestern border, where, at its highest use, the Title 42 policy was used in 61% of expulsions. See also, Nationwide Enforcement Encounters: Title 8 Enforcement Actions and Title 42 Expulsions Fiscal Year 2023, US Customs and Border Protection, <https://www.cbp.gov/newsroom/stats/cbp-enforcement-statistics/title-8-and-title-42-statistics>; USBP Encounters Report, *supra* note 27; Q&A: US Title 42 Policy, *supra* note 139; Alison Leal Parker, *US Immigration Enforcement and US Obligations Under the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination*, HUM. RTS. WATCH (Apr. 28, 2022) <https://www.hrw.org/news/2022/04/28/us-immigration-enforcement-and-us-obligations-under-international-convention>.

¹⁵⁸ Copeland, *supra* note 39, at ¶ 2-8.

¹⁵⁹ Human rights groups have also noted that black migrants have experienced direct discrimination, including racist hate speech and violent mistreatment, for example of Haitian asylum seekers. CERD: US Discrimination Against Black Migrants, *supra* note 157.

not based in scientific evidence and is not proportionate. It further violates the United States' non-refoulement obligations under international refugee and human rights law. Multiple treaties – the Convention Relating to the Status of Refugees, the Convention Against Torture, and the International Covenant on Civil and Political Rights – combine to present a requirement that the United States screen migrants to ensure that it does not return them to places where they risk persecution, torture, or other irreparable harm. Instead, the policy expels people without process to the countries they fled or to other places where they may experience risk of these harms. Finally, the policy has been applied in a manner which violates the United States' obligations under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination as it has an unjustifiable disparate impact on racial and ethnic minorities.

This policy is the latest in a series of US policies that seek to externalize control of the US border, are in violation of international law¹⁶⁰ and effectively force Mexico to shoulder a disproportionate burden. None of these border externalization policies could be implemented without Mexico's tacit or direct support. Mexico – and this Tribunal – should therefore take such violations of international law into account in ruling on the Complainants' appeal and uphold key principles of international law protecting the rights of refugees.

For all of the above reasons and with full respect for their autonomy and independence, I submit these arguments for your consideration on my own behalf and on behalf of the Global Strategic Litigation Council for the Rights of Refugees to this Honorable Court of Administrative Matters, so that the resolution of this matter can adhere to the highest standards in terms of the human rights of people on the move, an issue that is of public interest and of legitimately interest of all those organizations which take an interest in the full measure of due process both in Mexico and in the United States.

Without any other considerations, I express my deepest respect,

¹⁶⁰ The policy comes from a long line of policies aimed at closing the U.S. southern border to asylum seekers and violates international law in ways similar to past policies, including the Migration Protection Protocols (MPP). *SCJN Recognizes Omissions by the Mexican Government in the Development of Immigration Policies to Protect Migrants*, IMUMI, (Oct. 27, 2022) (“the Mexican State incurred in omissions in the protection of the rights of persons returned to Mexico under the ‘Stay in Mexico’ Protocol, by not having a clear protection process, not publishing it in the Official Gazette of the Federation and not incorporating a gender perspective, resulting in violent acts against this population without access to justice.”) <https://imumi.org/2022/10/27/scjn-reconoce-omisiones-del-gobierno-mexicano-en-el-desarrollo-de-politicas-migratorias-para-protoger-a-personas-migrantes/>. Policies like the one discussed in this brief are not new, and this is not the last of such policies to exist. Notice of Proposed Rulemaking, Circumvention of Lawful Pathways, U.S. Citizenship and Immigration Services, Department of Homeland Security, Executive Office for Immigration Review, Department of Justice (Feb. 23, 2023) (“It would do so by introducing a rebuttable presumption of asylum ineligibility for certain noncitizens who neither avail themselves of a lawful, safe, and orderly pathway to the United States nor seek asylum or other protection in a country through which they travel.”).

Sincerely

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'IK', with a large, stylized initial 'I' and a smaller 'K'.

Ian M. Kysel

Assistant Clinical Professor of Law Cornell Law School

Director, Transnational Disputes Clinic

Director, Migrant Rights Initiative

Non-Resident Fellow, Zolberg Institute on Migration and Mobility, The New School

E: ian.kysel@cornell.edu

T: +1.607.255.5503

Consejo de Litigio Estratégico Global para los Derechos de la Población Migrante
Ciudad de México, 5 de mayo de 2023

VALIDEZ DE FECHA
SUJETO A VERIFICACION
DEL FIRMATARIO

Asunto: *AMICUS CURIAE*

Amparo en revisión: 580/2022

Amparo de origen: 1279/2021

Demandantes: Asylum Access México;

Instituto para las Mujeres en la Migración, A.C.;

Fundación para la Justicia;

el Estado Democrático de Derecho A.C.,

y Sin Fronteras I.A.P.

H. Décimo Noveno Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito.

El presente documento es un *Amicus Curiae* presentado por el Consejo de Litigio Estratégico Global para los Derechos de la Población Migrante (Global Strategic Litigation Council for Refugee Rights o “GSLC”, por sus siglas en inglés), en apoyo a las Partes Demandantes en este asunto ante el Juez Séptimo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México (Amparo 1279/2021). El GSLC es un grupo de abogados, defensores y expertos académicos con experiencia en derecho internacional en relación con los derechos de la población migrante, cuestiones de migración forzada y el derecho a la nacionalidad. El GSLC apoya a sus miembros para que compartan conocimientos, identifiquen colectivamente prioridades y desarrollen e implementen estrategias de litigio y defensa para promover la protección de las personas en desplazamiento y el desarrollo congruente y progresivo del derecho internacional con relación al desplazamiento en todo el mundo. Las partes intervinientes han contado con la asistencia de la Clínica de Controversias Transnacionales de la Facultad de Derecho de Cornell: Ian M. Kysel, director fundador, y Maria Giovanna Jumper y Zaydee Rain Stemmons, estudiantes de Derecho.

1. Objetivo del *Amicus Curiae*

En marzo de 2020, al comienzo de la pandemia de COVID-19, Estados Unidos aplicó una política de *expulsión sin proceso* sin precedentes para rechazar a las personas que llegaban a sus fronteras sin autorización previa y solicitaban entrar por una frontera terrestre, incluyendo la población migrante que solicitaba asilo. Esta política, conocida coloquialmente como Título 42 por

la sección de los estatutos estadounidenses invocada para legitimarla,¹ puso a los Estados Unidos en situación de incumplimiento de múltiples obligaciones del derecho internacional. Entre ellas, la de regular las fronteras sin discriminación por motivos de raza, grupo étnico o sexo y de forma congruente con los principios de salud pública, así como la de proteger a quienes temen sufrir daños a causa de la devolución, tales como persecución, tortura o violaciones de los derechos humanos fundamentales.

El propósito de este escrito es esbozar la ilegalidad, bajo el derecho internacional, de la *política de expulsión sin proceso* creada bajo el Título 42. El *Amicus Curiae* entiende que las partes Demandantes en este procedimiento han impugnado el trato dado por México a los migrantes, incluyendo la población migrante solicitante de asilo, que han sido expulsados de Estados Unidos a México de conformidad con la política de *expulsión sin proceso del Título 42*.² Las Partes Demandantes han impugnado la emisión y ejecución de órdenes de rechazo de personas migrantes que fueron deportadas de los Estados Unidos de América a territorio mexicano.³ Se plantean cuatro reclamaciones principales: expulsiones en violación del Art. 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, expulsiones masivas en violación del Art. 22 de la Constitución, el daño causado a las partes demandantes al negárseles la defensa de los derechos humanos, y la expulsión en violación de la ley nacional de inmigración.⁴ Buscamos intervenir en este procedimiento para demostrar al Tribunal que la reciente *política de expulsión sin proceso de los Estados Unidos* viola el derecho internacional y ha dado lugar a numerosas violaciones de derechos humanos. Este Tribunal debería tener en cuenta dichas violaciones del derecho internacional al pronunciarse sobre el recurso de las Partes Demandantes.

La *política de expulsión sin proceso del Título 42* viola varias obligaciones legales específicas de Estados Unidos en virtud del derecho internacional. **La Sección 2, incluida a continuación, proporcionará una visión general de la política del Título 42, aplicada en marzo de 2020, así como la manera en que la política continúa aplicándose, junto con una descripción del costo humano del Título 42.** A continuación, en la Sección 3, este informe explicará cómo Estados Unidos ignoró sus obligaciones en virtud del Reglamento Sanitario Internacional al crear esta política. A continuación, en la **Sección 4**, el informe mostrará cómo la política del Título 42 viola las

¹ Si bien el Título 42 del Código de los Estados Unidos es amplio e incluye múltiples subsecciones, en este informe se utilizará el Título 42 para referirse al 42 U.S.C. § 265. El 42 U.S.C. § 265 se encuentra en el Capítulo 6A del Título 42 del Código de los Estados Unidos. 42 U.S.C. § 265 se encuentra en el Capítulo 6A del Título 42 del Código de los Estados Unidos. El Capítulo 6A es la codificación de la Ley de Servicios de Salud Pública, aprobada en 1944. 42 U.S.C. § 265 contiene disposiciones para la "Suspensión de entradas e importaciones procedentes de lugares designados para prevenir la propagación de enfermedades transmisibles".

² Ver Escrito Inicial de Demanda de Amparo Indirecto, Autoridad Responsable y Actos Reclamados, pp. 5-6; Ver Recurso de Revisión, pp. 4-5.

³ *Id.*

⁴ *Id.* *Amicus* entiende que en este recurso se alega que el tribunal inferior interpretó erróneamente el precedente del Tribunal Supremo en relación con el alcance del interés legítimo para la defensa de los derechos colectivos y la aplicación de la litispendencia.

obligaciones de Estados Unidos de proteger los derechos de las personas que huyen de la persecución, la tortura y otros daños irreparables. Finalmente, **en la Sección 5**, el escrito demostrará cómo la política del Título 42 de Estados Unidos es discriminatoria en su aplicación por motivos de raza, en violación de la legislación aplicable. En la medida en que México ha ayudado o asistido a sabiendas a Estados Unidos en la perpetuación de estos actos internacionalmente ilícitos, este Tribunal tiene la oportunidad -al resolver la apelación de las Partes Demandantes- de defender el estado de derecho, proteger los derechos fundamentales y asegurar que México no viole a su vez el derecho internacional al continuar ayudando a Estados Unidos.⁵

2. La aplicación de la política de expulsión sin proceso del Título 42

En la primavera de 2020, en la fase inicial de la pandemia de COVID-19, Estados Unidos estableció una política de expulsión nueva y sin precedentes: por primera vez, Estados Unidos implementó una autoridad estatutaria para atribuirse la facultad de rechazar -sin ningún proceso significativo- a personas migrantes, incluyendo solicitantes de asilo, que pretendían entrar por una frontera terrestre sin autorización previa. Esta *política de expulsión sin proceso* se aplicó con referencia al Título 42 del Código de EE.UU. (y por ello se denomina comúnmente "Título 42"), ignorando la experiencia y las pruebas en materia de salud pública. La política, que se ha enfrentado a desafíos legales por parte de la sociedad civil, se ha aplicado y se aplica actualmente solo a personas migrantes sin autorización, no revisa las solicitudes humanitarias y se ha aplicado de forma discriminatoria. La política también sigue teniendo un elevado costo humano.

Invocación de la facultad de exclusión sin precedentes

⁵ El artículo 16 del *Proyecto de artículos* de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos establece que "El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es internacionalmente responsable por ello si: (a) lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y b) el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por dicho Estado". Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos art. 16 (2001). El Proyecto de artículos fue recomendado a los Estados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2001. Ver Doc. A/Res/56/83 (2001). La Comisión de Derecho Internacional sugirió una prueba de tres partes para decidir si un Estado ha ayudado o asistido a otro en sus violaciones del derecho internacional. Rep. de la C.D.I., en 66 ¶ 3, U.N. Doc. A/56/10 (2001). El criterio es el siguiente: "en primer lugar, el órgano u organismo competente del Estado que presta ayuda o asistencia debe conocer las circunstancias que hacen que el comportamiento del Estado que recibe la ayuda sea internacionalmente ilícito; en segundo lugar, la ayuda o asistencia debe prestarse con miras a facilitar la comisión de ese hecho, y debe efectivamente hacerlo; y en tercer lugar, el hecho consumado debe ser tal que habría sido ilícito si lo hubiera cometido el propio Estado que presta la ayuda". *Id.* Este escrito se centra en las violaciones de los deberes de derechos humanos, como el derecho a no ser sometido a tortura, persecución y daños, así como en las violaciones del Reglamento Sanitario Internacional. La responsabilidad internacional de México bajo este punto de vista involucra la responsabilidad de México por asistir al Estado que comete la violación, en este caso, Estados Unidos, no la responsabilidad de México por violar sus propias obligaciones de derecho internacional bajo las obligaciones internacionales relevantes. Cf. Harriet Moynihan, *Aiding and Assisting: The Mental Element Under Article 16 of the International Law Commission's Articles on State Responsibility*, 67 INT'L & COMPAR. L. Q. 455, 455 (19 de diciembre de 2017). México puede tener responsabilidad internacional independiente por violaciones de sus obligaciones de tratados, pero este no es el tema de este escrito.

Antes de marzo de 2020, Estados Unidos nunca había reclamado poderes tan amplios para excluir a toda una clase de personas mediante el uso de un estatuto de salud pública.⁶ La historia de la justificación legal subyacente a la *política estadounidense de expulsión sin proceso* es reveladora. La Ley de la Cuarentena de 1878 representa el primer caso en el que el gobierno federal de Estados Unidos recibió una delegación legislativa del poder de controlar las actividades de cuarentena.⁷ Esa legislación original creó poderes federales de cuarentena centrados en prohibir la entrada de determinados barcos que hubieran embarcado en puertos que pudieran estar infectados con diversas enfermedades, entre ellas el cólera y la fiebre amarilla.⁸ Este poder, conferido por el Congreso de Estados Unidos, se interpretó sistemáticamente en el sentido de que permitía al gobierno de Estados Unidos poner en cuarentena o exigir la retirada de buques que estuvieran potencialmente infectados.⁹ No permitía la expulsión de toda una clase de personas.

Lo que ahora se cataloga como Título 42 volvió a promulgar en gran medida una disposición de cuarentena similar a la aprobada por la legislatura en 1893.¹⁰ El Título 42, tal y como está codificado actualmente, establecía que el Cirujano General, actual director de los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades de Estados Unidos ("CDC"), puede suspender "el derecho de introducción [de] . . . personas y bienes procedentes de países en los que se haya detectado una enfermedad transmisible, cuando así lo exija el interés de la salud pública".¹¹ Según la ley, debe existir un "grave peligro de introducción de dicha enfermedad en Estados Unidos" y dicho peligro debe "aumentar con la introducción de personas o bienes procedentes de dicho país".¹² Aunque se refiere a la introducción de personas o bienes (específicos), no autoriza la creación de un plan de control de la inmigración.¹³ De hecho, esto nunca se había invocado o intentado antes de 2020. Esta historia deja claro que el uso de la potestad legislativa del Título 42 para detener la entrada de *todos los* no ciudadanos que llegaran sin autorización previa a una frontera terrestre era una desviación radical de la historia.

⁶ Lucas Guttentag, *Coronavirus Border Expulsions: CDC's Assault on Asylum Seekers and Unaccompanied Minors*, STAN. L. SCH. BLOGS: LEGAL AGGREGATE ¶ 3 (15 de abril de 2020) ("Basándose en una interpretación sin precedentes de la Ley de 1944, el reglamento del CDC invoca la pandemia de COVID-19 para redefinir lo que constituye 'introducción de personas' e 'introducción de enfermedades transmisibles' en los Estados Unidos").

⁷ *History of Quarantine*, CDC en ¶ 3 (20 de julio de 2020), <https://www.cdc.gov/quarantine/historyquarantine.html>.

⁸ Guttentag, nota 7, en ¶ 13.

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.* en ¶ 14. La ley de 1893 no confería poderes de inmigración al Cirujano General, sino que se centraba en los viajes relacionados con el comercio. *Id.* en ¶ 15. ("Como dijo el senador de Wisconsin William Vilas sobre el proyecto de ley de 1892, 'Creo que no debería ser una autoridad que discrimine la manera en que la palabra 'inmigración' opera una discriminación"). Además, diversos académicos han sugerido que los antecedentes legislativos apuntan a que se omitió la palabra "inmigración" porque "todos los viajeros", incluyendo los ciudadanos, podían ser portadores de enfermedades y que los inmigrantes no debían ser señalados ni estigmatizados". *Id.* (La palabra "inmigración" se cambió por "introducción de personas o bienes", que sigue siendo el lenguaje utilizado en el Título 42). *Idem*; 42 U.S.C. §265.

¹¹ 42 U.S.C. §265.

¹² *Id.*

¹³ *Id.*

Alcance de aplicación de la política de expulsión inicial

La política de expulsión sin proceso del Título 42, tal como se aplicó el 20 de marzo de 2020, se aplicó a todas las personas sin autorización previa que pretendían entrar en Estados Unidos desde Canadá o México por un puerto de entrada.¹⁴ Sin embargo, la política de expulsión sin proceso del Título 42 no se aplicaba a ciudadanos estadounidenses, residentes permanentes legales, titulares de documentos de viaje vigentes y otras personas de países extranjeros que formaran parte del programa de exención de visado (a quienes se concede efectivamente la autorización por reciprocidad).¹⁵ La razón declarada para crear la política de expulsión sin proceso del Título 42, sin precedentes y expansiva, fue la de proteger contra "el peligro para la salud pública que resulta de la introducción de dichas personas en entornos de congregación en las fronteras o cerca de ellas".¹⁶ La política de expulsión sin proceso del Título 42 justificaba la selección de inmigrantes irregulares —que suelen someterse a detención obligatoria según la legislación estadounidense— como una cuestión de salud pública, afirmando que hay que evitar la introducción de inmigrantes en lugares de concentración en la frontera.¹⁷

Si bien la orden por la que se creaba la política se enmarcaba en el ámbito de la salud pública, hay pruebas de que la creación de la política del Título 42 obedecía a otros motivos. En primer lugar, como se supo más tarde, los asesores políticos de los CDC y los ayudantes del director de los CDC afirmaron que se trataba de un uso inadecuado del poder de la institución y que, de hecho, pretendía lograr un objetivo que no estaba orientado principalmente a la salud pública.¹⁸ En segundo lugar, el director de la División de Migración Global y Cuarentena de los CDC -el principal

¹⁴ Orden por la que se suspende la introducción de determinadas personas procedentes de países en los que existe una enfermedad transmisible, 85 F.R. 16567, en pp. 1 (24 de marzo de 2020) <https://www.federalregister.gov/documents/2020/03/24/2020-06241/order-suspending-introduction-of-persons-from-a-country-where-a-communicable-disease-exists>.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.* El CDC había declarado que la política creada por la Política de Expulsión del Título 42 no era una reglamentación en virtud de la Ley de Procedimiento Administrativo (APA), *ver id.*, en pp. 16 ("Esta orden no es una norma en el sentido de la Ley de Procedimiento Administrativo (APA)"). Sin embargo, el CDC ha declarado que si se considera una norma en virtud de la APA, los procedimientos normales de notificación y comentarios no eran necesarios debido a la naturaleza de emergencia de esta política, *ver id.* ("En el caso de que esta orden se considere una norma en virtud de la APA, no se requiere notificación ni comentario ni un aplazamiento de la fecha de entrada en vigor, ya que existe una buena causa para prescindir de la notificación pública previa y de la oportunidad de comentar esta orden y aplazar la fecha de entrada en vigor. Dada la emergencia de salud pública causada por COVID-19...").

¹⁷ Guttentag, nota 7, en ¶ 5-6; *A Guide to Title 42 Expulsions at the Border*, AM. IMMIGR. COUNCIL at 2 (May 2022) [A Guide to Title 42 Expulsions](#) [en lo sucesivo "Guía del Título 42"]. Actualmente, la Política de Expulsión del Título 42 no se aplica a los menores no acompañados, *ver, infra*, Title 42 como se implementa actualmente.

¹⁸ Michelle Hackman, Andrew Restuccia, & Stephanie Armour, *CDC Officials Objected to Order Turning Away Migrants at Border*, THE WALL STREET JOURNAL ¶ 3 (3 de octubre de 2020) (Política) <https://www.wsj.com/articles/cdc-officials-objected-to-order-turning-away-migrants-at-border-11601733601>; *ver*, Pl.'s Br. in *Huisha-Huisha v. Gaynor*, Case 1:21-cv-00100-EGS, U.S. Dist. Ct. ¶ 9 (12 de enero de 2021) ("Numerosos informes de prensa muestran que los científicos expertos de los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades rechazaron el uso de los poderes de salud pública para expulsar a los no ciudadanos por considerarlo innecesario, pero el Proceso fue, sin embargo, impuesto al CDC por funcionarios de la Casa Blanca que buscaban

experto pertinente dentro de la agencia- declaró posteriormente que la *política de expulsión sin proceso* del Título 42 "vino de fuera de los expertos en la materia de los CDC [,]" y "no fue redactada por mi equipo [sino que] nos fue entregada".¹⁹ De hecho, todas las pruebas sugieren que la política procedía de los asesores de inmigración -no de salud pública- de la Casa Blanca, que querían encontrar una forma de impedir que los inmigrantes cruzaran la frontera.²⁰

Para aplicar la *política de expulsión sin proceso*, Estados Unidos llegó a un acuerdo bilateral con el gobierno mexicano en marzo de 2020.²¹ En virtud de este acuerdo, el gobierno mexicano acordó permitir a la Oficina de Aduanas y Protección Fronteriza de EE.UU. ("C.B.P.") enviar a México a la mayoría de las familias mexicanas, guatemaltecas, hondureñas y salvadoreñas, así como a adultos solteros.²² Otros, que no son expulsados a México, también han sido devueltos por Estados Unidos a su país de origen.²³

Queda a discreción de los agentes de la C.B.P. decidir si un inmigrante está sujeto al Título 42.²⁴ Es decir, "si un agente cree que es probable que una persona sea un extranjero que intenta entrar en Estados Unidos... el oficial o agente de la C.B.P. aplicará la orden CDC a la persona".²⁵ Según esta política, los agentes de la C.B.P. detienen en la frontera a las personas sospechosas de estar cubiertas por la política y las expulsan rápidamente a México²⁶ o a su país de origen.²⁷ La política de expulsión *sin proceso*, tal como se aplicó desde el principio, no exigía ningún proceso

limitar la inmigración, y no como una medida de buena fe para proteger la salud pública"); ver, *por ejemplo*, Jason Dearen & Garance Burke, *Pence Ordered Borders Closed After CDC Experts Refused*, AP NEWS (3 de octubre de 2023) <https://apnews.com/article/virus-outbreak-pandemics-public-health-new-york-health-4ef0c6c5263815a26f8aa17f6ea490ae>.

¹⁹ Suzanne Monyak, *Top CDC Official Says Title 42 Border Policy 'Came from Outside'*, ROLL CALL ¶ 2 (17 de octubre de 2022) (Política) <https://rollcall.com/2022/10/17/top-cdc-official-says-title-42-border-policy-came-from-outside/>.

²⁰ Hackman, nota 19 ("Incluso antes de la pandemia de coronavirus, el Sr. [Stephen] Miller [el principal asesor de inmigración del presidente Trump,] había explorado la opción de declarar una emergencia de salud pública en la frontera -tal vez un brote de influenza o sarampión en los centros de detención fronterizos- que creía que daría al gobierno la opción de negar a los solicitantes de asilo la oportunidad de hacer sus solicitudes, el Journal ha informado previamente sobre la base de los relatos de funcionarios de la administración familiarizados con los acontecimientos"). ("La política logra un objetivo de larga data que los funcionarios de la administración Trump han discutido públicamente para desalentar o evitar que los migrantes en la frontera sur presenten solicitudes de asilo, que creen que a menudo carecen de mérito").

²¹ Secretaría de Relaciones Exteriores, *Respecto a la Gestión Migratoria en la Frontera con Estados Unidos*, Nota Informativa Relaciones Exteriores, No. 11 (21 de marzo de 2020) <https://www.gob.mx/sre/documentos/nota-informativa-relaciones-exteriores-no-11>.

²² *Id.*

²³ A Guide to Title 42, nota 18, en 1.

²⁴ Memorandum interno, *COVID-19 Capiro*, Departamento de Seguridad Nacional <https://www.documentcloud.org/documents/6824221-COVID-19-CAPIO.html>.

²⁵ *Id.*

²⁶ La Política de Expulsión del Título 42 también se aplica a la frontera entre Estados Unidos y Canadá, pero, como ha admitido el Congreso estadounidense, las expulsiones en la frontera norte representan una pequeña parte de los encuentros de la C.B.P. Audrey Singer, *U.S. Border Patrol Encounters at the Southwest Border: Titles 8 & 42*, CONG. RSCH. SERV. (20 de mayo de 2022) [CRS Report](#) [en lo sucesivo, "USBP Encounters Report"].

²⁷ Guttentag, nota 7, en ¶ 4.

específico, como la entrevista de "miedo creíble" que la legislación estadounidense suele imponer para otras llegadas por tierra.²⁸ Los migrantes expulsados en virtud de la política de *expulsión sin proceso* eran (y siguen siendo) procesados dentro de la jurisdicción territorial de EE.UU.: por lo general son conducidos en autobús al puerto de entrada más cercano antes de ser expulsados en virtud del Título 42 y luego se les instruye que caminen por la frontera entre EE.UU. y México, para regresar a México.²⁹

La única excepción a la aplicación del mecanismo de expulsión es que la persona migrante alegue de forma "afirmativa, espontánea y razonablemente creíble" que teme ser torturado en el país al que se le devuelve.³⁰ Aunque en la política existe esta disposición para tales manifestaciones espontáneas de temor, no hay razón para considerarla parte de ningún "proceso" gubernamental, dado que no impone ninguna carga de detección a los agentes gubernamentales y requiere una acción espontánea y afirmativa por parte de una persona migrante ya identificada para su expulsión.³¹ Y lo que es más importante, esta "protección" solo se aplica a quienes temen ser torturados, no a quienes temen ser perseguidos o sufrir cualquier otra violación grave de derechos humanos.

Cambios en la política de expulsión sin proceso desde 2020

Si bien la *política de expulsión sin proceso de Estados Unidos* sigue vigente desde marzo de 2020, solo se han producido algunos cambios menores en la política. La política sigue aplicándose únicamente a quienes viajan sin autorización para entrar en Estados Unidos y pretenden entrar a Estados Unidos por un puerto de entrada (y sigue excluyendo a quienes tienen autorización).³² Lo más significativo es que los menores no acompañados fueron eliminados de la categoría de los cubiertos en 2021, por Mandato Presidencial.³³ La única oportunidad potencial de protección humanitaria para una persona migrante cubierta por la orden e identificada para expulsión sigue siendo una alegación afirmativa de miedo a la tortura (pero no miedo a la persecución u otras violaciones graves de derechos humanos). Sin embargo, las estadísticas demuestran que esto es prácticamente imposible: De los 1.2 millones de personas migrantes expulsadas en virtud de la Política de Expulsión del Título 42 desde marzo de 2020 hasta septiembre de 2022, solo 3,217

²⁸ USBP Encounters Report, nota 27 . En la legislación estadounidense, en virtud de 8 U.S.C. § 1225(b)(1), una entrevista de miedo creíble es una entrevista realizada por un funcionario de asilo para determinar la alegación del migrante de temor a sufrir persecución. 8 U.S.C. § 1225(b)(1)(ii).

²⁹ *A Guide to Title 42*, nota 18, en 3; ver, también Ursula Muñoz Schaefer, *Undocumented Immigrants Continue to Be Expelled from the U.S. Under Title 42 COVID-19 Measures*, TEXAS OBSERVER (1 de julio de 2021) (detalla la historia de Alejandro [apellido omitido por razones de seguridad] que fue expulsado de EE.UU. dos veces en virtud del Título 42).

³⁰ Covid-19 Capiro, nota 22, en 4 (Reclamación de la Convención contra la Tortura).

³¹ *Id.*

³² *A Guide to Title 42*, nota 18, en 2.

³³ *Id.* El CDC renovó esta exención el 16 de julio de 2021, y luego la renovó dos veces más, el 2 de agosto de 2021 y el 12 de marzo de 2022. Actualmente sigue vigente. *Id.* El 12 de marzo de 2022, el CDC "puso fin formalmente al Título 42 para los menores no acompañados".

personas migrantes fueron examinadas por tortura sobre la base de una alegación espontánea de este tipo.³⁴

En la práctica, las expulsiones de personas migrantes irregulares a excepción de los menores no acompañados (incluyendo familias con niños) directamente a México han dependido de la nacionalidad de los migrantes y del acuerdo pertinente con México. Desde el principio, México aceptó a ciudadanos de Guatemala, Honduras, El Salvador y México, como se ha señalado anteriormente.³⁵ En 2022, este acuerdo con México se amplió para incluir a ciudadanos venezolanos.³⁶ En 2023, se amplió de nuevo para incluir a cubanos, haitianos y nicaragüenses.³⁷

Más recientemente, Estados Unidos ha hecho excepciones a la aplicación del Título 42 para permitir el procesamiento en Estados Unidos de migrantes irregulares que huyen de Ucrania y Rusia.³⁸ A los migrantes que huyen de Ucrania se les ha concedido una excepción especial a la *política de expulsión sin proceso del Título 42*, originalmente en el marco de la libertad condicional humanitaria -ahora denominada Unidos por Ucrania-, que les permite cruzar la frontera en cuestión de horas o días y buscar protección, mientras que los migrantes que huyen de Centroamérica y Haití se enfrentan a protocolos más estrictos en virtud del Título 42.³⁹ Los informes indican que antes de abril de 2022, cuando se puso en marcha el nuevo programa, más de 20,000 refugiados ucranianos habían sido admitidos en Estados Unidos a través de la frontera terrestre del suroeste, a pesar de que el Título 42 estaba en vigor.⁴⁰

Desde su aplicación en 2020, la política de *expulsión sin proceso del Título 42* ha sido impugnada en litigios en Estados Unidos con el apoyo de organizaciones de la sociedad civil. En un lado de la batalla legal se encuentran los casos que alegan que la política de *expulsión sin proceso del*

³⁴ *A Guide to Title 42*, nota 18, en 3.

³⁵ The Associated Press, *The U.S. will take in some Venezuelans while expelling others to Mexico*, NPR, EN ¶9 (13 de octubre de 2022) (Nacional) <https://www.npr.org/2022/10/13/1128620705/the-u-s-will-take-in-some-venezuelans-while-expelling-others-to-mexico>.

³⁶ *Id.* en ¶ 6; Adam Isacson, *Weekly U.S.-Mexico Border Update: Post-Title 42 Blocks, House Hearing, Migrant Deaths*, ADVOC. FOR HUM. RTS. IN THE AM.S (10 de febrero de 2023) <https://www.wola.org/2023/02/weekly-u-s-mexico-border-update-post-title-42-asylum-blocks-house-hearing-migrant-deaths/#:~:text=The%20U.S.%20government's%20COVID%2D19,from%20the%20U.S.%2DMexico%20border>.

³⁷ Isacson, nota 36 ; Ted Hesson y Mica Rosenberg, *What is the U.S. 'Title 42' immigration policy and why is it expanding?*, REUTERS (5 de enero de 2023) <https://www.reuters.com/world/us/us-title-42-immigration-policy-why-is-it-expanding-2023-01-17/#:~:text=After%20the%20Supreme%20Court%20ruling,to%20pursue%20their%20immigration%20cases>.

³⁸ Isacson, nota 36 ; Hesson, nota 37 .

³⁹ Cody Copeland, *'Humanitarian Parole' for Ukrainians Highlights Racial Bias in US Immigration Policy*, COURTHOUSE NEWS SERVICE, en ¶ 2-8 (1 de abril de 2022) <https://www.courthousenews.com/humanitarian-parole-for-ukrainians-highlights-racial-bias-in-us-immigration-policy/> ("Estos inmigrantes entienden que los ucranianos tienen un derecho legítimo a la protección en Estados Unidos, pero no pueden evitar sentirse discriminados por la política fronteriza estadounidense").

⁴⁰ Drishti Pillai y Samantha Artiga, *Title 42 and its Impact on Migrant Families*, KAISER FAM. FOUND. (26 de mayo de 2022) <https://www.kff.org/racial-equity-and-health-policy/issue-brief/title-42-and-its-impact-on-migrant-families/#footnote-555311-17>.

Título 42 viola los estatutos estadounidenses que obligan a considerar las demandas de protección, y que fue arbitraria y caprichosa cuando se implementó, en violación de los principios del derecho administrativo.⁴¹ En el otro lado de la batalla legal se encuentran casos más recientes iniciados por partidarios de la continuación de la política, que afirman que modificar o restringir la política violaría esos principios de derecho administrativo.⁴² La primera línea de litigios alcanzó su punto más alto a finales de 2022, cuando un juez de un tribunal de distrito de EE.UU. declaró ilegal el Título 42. El Gobierno solicitó la suspensión de esa decisión judicial.⁴³ El Gobierno solicitó una suspensión de la orden de dicho tribunal, que le fue concedida hasta diciembre de 2022.⁴⁴ El Gobierno pidió al tribunal de primera instancia que mantuviera en vigor el Título 42 incluso cuando las restricciones por COVID-19 se eliminaban en todo el país.⁴⁵ En ese momento, varios estados de EE.UU. trataron de intervenir de forma tardía en el caso en un esfuerzo por mantener la política en vigor.⁴⁶

Aún no se sabe el resultado de estos casos. Actualmente, la batalla está detenida en el Tribunal Supremo de EE.UU.; se suponía que los argumentos orales sobre la permisibilidad de la intervención estatal (no una apelación de la orden del juez anulando la política) llegarían a audiencia el 1o

⁴¹ *Ver Huisha-Huisha*, 2022 U.S. Dist. LEXIS 207282, 16, 51; *ver también P.J.E.S. v. Mayorkas*, No. 1:20-cv-2245 (EGS/GMH), 2023 U.S. Dist. LEXIS 12284, en 17 (D.D.C. 25 de enero de 2023).

⁴² *Ver Texas v. Biden*, 589 F. Supp. 3d 595, 623 (N.D. Tex. 2022); *Louisiana v. Ctrs. For Disease Control & Prevention*, No. 6:22-CV-00885, 2022 U.S. Dist. LEXIS 91296, en 63 (W.D. La. 20 de mayo de 2022).

⁴³ *Ver Huisha-Huisha*, nota 40, en 44.

⁴⁴ *Arizona v. Mayorkas*, 214 L.Ed.2d 312, 312 (EE.UU. 2022).

⁴⁵ COVID-19 restrictions *Map of COVID-19 case trends and restrictions*, USA TODAY (11 de julio de 2022) <https://www.usatoday.com/storytelling/coronavirus-reopening-america-map/>; Johathan Blum y Jean Moody-Williams, *Creating a Roadmap for the End of the COVID-19 Public Health Emergency*, CTR.S FOR MEDICARE & MEDICAID SERV.S (18 de agosto de 2022) <https://www.cms.gov/blog/creating-roadmap-end-covid-19-public-health-emergency>; Greta M. Masseti, et. al., *Summary of Guidance for Minimizing the Impact of Covid-19 on Individual Persons, Communities, and Health Care Systems*, 71 CDC MORBIDITY AND MORTALITY WEEKLY REPORT 1057, 1057-58 (19 de agosto de 2022) <https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/71/wr/mm7133e1.htm>; Katherine J. Wu, *The Pandemic's Soft Closing*, THE ATLANTIC (16 de agosto de 2022) <https://www.theatlantic.com/health/archive/2022/08/cdc-weakened-covid-guidelines-pandemic-preparedness/671147/>. EE. UU. levantó otros protocolos y mandatos de Covid-19 en 2022, incluyendo el levantamiento del mandato de cubrebocas para el transporte público en abril de 2022. David Shepardson, Rajesh Kumar Singh y Jeff Mason, *U.S. will no Longer Enforce Mask Mandate on Airplanes, Trains After Court Ruling*, REUTERS NEWS (19 de abril de 2022) <https://www.reuters.com/legal/government/us-judge-rules-mask-mandate-transport-unlawful-overturning-biden-effort-2022-04-18/>. También en 2022, los CDC levantaron la norma de prueba de permanencia para las personas expuestas al Covid-19 en la escuela, en su lugar, si se exponían, se les decía a los estudiantes que usaran cubrebocas durante 10 días mientras seguían yendo a clase. John Bailey, *CDC's New School Guidance Scraps Quarantines, Lifts 'Test to Stay' Recommendation*, THE 74 (12 de agosto de 2022) <https://www.the74million.org/article/cdc-loosens-guidance-removes-quarantines-for-those-exposed-to-covid/>. En 2022, casi todos los estados de EE. UU. habían levantado la orden de refugio en casa, el mandato de mascarilla y otras restricciones Covid. *Restricciones Covid-19: Map of Covid-19 Case Trends and Restrictions*, USA Today (Última actualización: 11 de julio de 2022) <https://www.usatoday.com/storytelling/coronavirus-reopening-america-map/>.

⁴⁶ *Ver Br. of Pet'r's Ariz., et al. to the U.S. Supreme Ct.*, Docket No. 22-592 (Dec. 27, 2022) (al preguntar al Tribunal si los estados podrían intervenir en este caso).

de marzo de 2023, pero el caso fue retirado del calendario de argumentos.⁴⁷ Esto se debe principalmente al argumento del Gobierno de que la autoridad para la política expirará con el final de las emergencias nacionales y de salud pública por COVID-19 el 11 de mayo de 2023.⁴⁸ Aunque, el Título 42 *expulsión sin proceso* podría terminar cuando la crisis oficial de salud pública en los EE.UU. termine el 11 de mayo, las cuestiones están todavía ante el Tribunal Supremo y la resolución - dados los esfuerzos de los Estados para mantener la política - es incierta en este momento.

En el contexto de la batalla judicial, la administración estadounidense anunció recientemente su intención de permitir que la *política de expulsión sin proceso* del Título 42 llegue a su fin.⁴⁹ A partir de principios de enero de 2023, el Servicio de Aduanas y Protección de Fronteras de Estados Unidos puso en marcha nuevas medidas de control fronterizo, en previsión del posible fin de la política, así como del inicio de nuevas restricciones estrictas en materia de asilo.⁵⁰ Lo más significativo es que Estados Unidos introdujo la aplicación móvil para teléfonos inteligentes "CBP One", que incluía un mecanismo para permitir a personas migrantes irregulares especialmente vulnerables solicitar una excepción a la aplicación de la *política de expulsión sin proceso* antes de llegar a un puerto de entrada. Estas categorías de vulnerabilidad incluyen a personas migrantes que tienen una enfermedad física o mental, una discapacidad, están embarazadas, carecen de vivienda o refugio seguro en México, han sido amenazadas o dañadas durante su estancia en México, o son menores de 21 años o mayores de 70.⁵¹ Cabe destacar que estas vulnerabilidades no incluyen el miedo a sufrir daños en su país de origen. El mecanismo tampoco crea posibles excepciones para las víctimas de delitos contra personas migrantes; el Título 42 también se ha aplicado a las víctimas de trata.⁵² Ya se ha demostrado que esta aplicación CBP One tiene dificultades con el reconocimiento facial de las personas de color y solo tiene tres opciones de idioma, lo que prácticamente limita el acceso de forma sustancial.⁵³ Aún no hay datos sobre la capacidad de las personas migrantes para acceder a las posibles excepciones.

⁴⁷ *Proceedings and Orders*, Supreme Court of the United States (16 de febrero de 2023) <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docketfiles/html/public/22-592.html>; Adam Liptak, *Supreme Court Cancels Arguments in Title 42 Immigration Case*, N.Y. TIMES (16 de febrero de 2023) <https://www.nytimes.com/2023/02/16/us/politics/supreme-court-title-42-immigration.html>.

⁴⁸ *Br. for the Federal Resp's in State of Ariz. v. Mayorkas*, Docket No. 22-592 at pp. 11(7 de febrero de 2023).

⁴⁹ Ver, por ejemplo, *Id.*; Liptak, nota 46 .

⁵⁰ *DHS Continues to Prepare for End of Title 42; Announces New Border Enforcement Measures and Additional Safe and Orderly Processes*, Department of Homeland Security (5 de enero de 2023) [en adelante, "Nuevas medidas de control fronterizo"] <https://www.dhs.gov/news/2023/01/05/dhs-continues-prepare-end-title-42-announces-new-border-enforcement-measures-and>; Jesus G. Garcia, et al., *Letter to Secretary Mayorkas from Members of Congress* (13 de marzo de 2023) https://castro.house.gov/imo/media/doc/cbponeletter_final.pdf.

⁵¹ Kate Morrissey, *CBP to Begin Requiring Mobile App for Asylum Seekers to Request Protection at Ports of Entry*, THE SAN DIEGO TRIBUNE (11 de enero de 2023) <https://www.sandiegouniontribune.com/news/immigration/story/2023-01-11/cbp-mobile-app-asylum-seekers#:~:text=Estos%20son%3A%20fisicos%20o%20mentales,disponibles%20en%20inglés%20y%20español>.

⁵² Ver Hailey York, *U.S. Immigration Policy of Human Trafficking: Two Sides of the Same Coin*, HUM. TRAFFICKING INST. (11 de agosto de 2022) <https://traffickinginstitute.org/u-s-immigration-policy-and-human-trafficking-two-sides-of-the-same-coin/>.

⁵³ Ver Raul Pinto, *CBP One is Riddled with Flaws That Make the App Inaccessible to Many Asylum Seekers*, IMMIGR. IMPACT (28 de febrero de 2023) <https://immigrationimpact.com/2023/02/28/cbp-one-app-flaws-asylum-seekers/>;

El Título 42 se ha utilizado para expulsar a más de 2.5 millones de personas migrantes de la frontera suroeste.⁵⁴ Hasta ahora, solo en el año fiscal 2023, 419,147 migrantes en la frontera terrestre suroeste han sido expulsados en virtud del Título 42. En la frontera terrestre norte, solo 355 migrantes han sido expulsados en virtud del Título 42.⁵⁵ En la frontera terrestre septentrional, solo 355 migrantes han sido expulsados en virtud del Título 42.⁵⁶

Los costos humanos del Título 42

La aplicación del Título 42 ha tenido un costo humano considerable. Desde el 20 de enero de 2021 hasta el 27 de abril de 2022, las investigaciones realizadas por grupos de la sociedad civil han identificado más de 10,250 denuncias de violación, secuestro, tortura, asesinato y otros ataques violentos contra solicitantes de asilo y otras personas migrantes expulsadas a México debido a la *política de expulsión sin proceso del Título 42*. Para diciembre de 2022, la cifra aumentó a más de 13,480 incidentes violentos.⁵⁷

Recientemente, una solicitante de asilo, lesbiana, originaria de El Salvador, denunció haber sido violada tras ser expulsada a México en virtud del Título 42.⁵⁸ Otras personas también han denunciado violaciones y violencia a consecuencia de esta política. Por ejemplo, un hombre trans de Honduras y su novia, que fueron violados después de que se les impidiera solicitar asilo en Estados Unidos debido a la política del Título 42, y una mujer nicaragüense, que viajaba con su hijo de cuatro años.⁵⁹ Amanda Maribel, una mujer hondureña que huía de la violencia doméstica e informó que temía por su vida si se veía obligada a regresar a Honduras, también denunció haber sufrido violencia y haber sido violada mientras se desplazaba hacia Estados Unidos.⁶⁰ Tras negársele el acceso a los procedimientos de asilo por aplicación de la política de *expulsión sin proceso*, fue devuelta a México, donde no tiene acceso a un refugio seguro ni a sus necesidades básicas.⁶¹ Personas solicitantes de asilo negras e indígenas también han denunciado haber sido objeto de ataques por motivos raciales en México.⁶²

Government Documents Reveal Information about the Development of the CBP One App, AM. IMMGR. COUNCIL (28 DE FEBRERO de 2023) <https://www.americanimmigrationcouncil.org/FOIA/government-documents-reveal-information-about-development-cbp-one-app>.

⁵⁴ Isacson, nota 36 .

⁵⁵ U.S Customs and Border Protection, *Nationwide Enforcement Encounters: Title 8 Enforcement Actions and Title 42 Fiscal Year 2023*, U.S. CBP NEWSROOM (14 de abril de 2023) <https://www.cbp.gov/newsroom/stats/cbp-enforcement-statistics/title-8-and-title-42-statistics>.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Title 42: "Human Rights Stain, Public Health Farce"*, HUM. RTS. FIRST (16 DE diciembre DE 2022) [HTTPS://HUMANRIGHTSFIRST.ORG/LIBRARY/TITLE-42-HUMAN-RIGHTS-STAIN-PUBLIC-HEALTH-FARCE/](https://humanrightsfirst.org/library/title-42-human-rights-stain-public-health-farce/).

⁵⁸ Neusner "Extending Title 42", nota 58 .

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *The human cost of Title 42: Stories from the US-Mexico border*, DOCTORS WITHOUT BORDERS (28 mar 2022), <https://www.doctorswithoutborders.org/latest/human-cost-title-42-stories-us-mexico-border>.

⁶¹ *Id.*

⁶² Neusner "Extending Title 42", nota 58 .

La política de expulsión sin proceso del Título 42 contradice las opiniones de los expertos gubernamentales en salud pública y las pruebas científicas disponibles, sigue excluyendo a casi todos los inmigrantes irregulares que llegan a la frontera sur de Estados Unidos y ha tenido graves consecuencias humanas.

3. La política de expulsión del Título 42 viola la obligación de Derecho Internacional de crear una política de fronteras que sea proporcionada y congruente con las pruebas científicas

La política de expulsión sin proceso del Título 42 viola los artículos 43 y 44 del Reglamento Sanitario Internacional ("RSI") debido a que no se basa en pruebas científicas y no es proporcionada.⁶³ Como Estado parte en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud ("OMS"), EE.UU. está obligado a seguir estas normas de derecho internacional.⁶⁴ "La guía general del RSI es firmemente contraria a la imposición de restricciones fronterizas... [y] la OMS ha desaconsejado sistemáticamente las restricciones a los viajes y al comercio durante toda la pandemia de COVID-19".⁶⁵ El RSI exige que las medidas de control fronterizo no sean "más restrictivas del tráfico internacional" ni "más invasivas o intrusivas para las personas" que "las alternativas razonablemente disponibles que permitan alcanzar el nivel adecuado de protección de la salud."⁶⁶ El artículo 43(2) exige además que la normativa se alinee con los "principios científicos", las pruebas científicas disponibles en ese momento y las recomendaciones de la OMS.⁶⁷ El artículo 3 del RSI establece que las obligaciones derivadas del RSI deben aplicarse con "pleno respeto a la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas."⁶⁸ Como se muestra a continuación, la política del Título 42 nunca ha satisfecho estas normas.

⁶³ Reglamento Sanitario Internacional de la OMS, art. 43 y 44, 2005 [en adelante "artículos del RSI"].

⁶⁴ *Id.*, en 59, Estados Partes en el Reglamento Sanitario Internacional (EE.UU. está vinculado desde el 18 de julio de 2007). Aunque no es un tratado, el RSI es vinculante en virtud del artículo 21 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que EE.UU. ratificó en 1948. Ratificación de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, EE.UU. firmada el 22 de julio de 1946, EE.UU. ratificada el 21 de junio de 1948,, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IX-1&chapter=9&clang=en.

⁶⁵ Adam Ferhani & Simon Rushton, *The International Health Regulations, COVID-19, and Bordering Practices: Who Gets in, What Gets Out, and Who Gets Rescued?*, 41 CONTEMP. SEC. POL'Y 458, 459-60 (30 de mayo de 2020) ("En primer lugar, se consideró que los controles fronterizos eran ineficaces para mantener fuera las enfermedades: en el mejor de los casos, retrasaban la importación durante un breve periodo. En segundo lugar, uno de los problemas que la revisión del RSI intentaba resolver era la tendencia de los gobiernos a mantener los brotes en secreto por miedo a las consecuencias económicas de que se les impusieran restricciones a los viajes y al comercio... En tercer lugar, se creía que el cierre de fronteras obstaculizaría la respuesta a los brotes, dificultando la entrada en el país de suministros y personal vitales para ayudar a hacer frente a una emergencia sanitaria. En cuarto lugar, se pensaba que las restricciones fronterizas planteaban peligros para los derechos humanos y las libertades civiles, como la posibilidad de prácticas discriminatorias en los puntos de entrada y restricciones a la libre circulación que no eran justificables en términos de salud pública").

⁶⁶ Artículos del RSI, art. 43(1).

⁶⁷ *Id.* en art. 43(2).

⁶⁸ *Id.* en art. 3(1).

La orden original de los CDC que establece la *política de expulsión sin proceso* del Título 42 afirma que las expulsiones sin proceso eran necesarias para combatir el peligro de transmisión del COVID-19 por el cruce de fronteras, señalando en particular los entornos de congregación y la falta de recursos e infraestructura en los puestos de la CBP.⁶⁹ Estos argumentos no se sostienen en virtud del Reglamento Sanitario Internacional. A continuación, demostramos, en primer lugar, que el Título 42 nunca ha sido congruente con la normativa de la OMS, en segundo lugar, que nunca se ha basado adecuadamente en pruebas científicas, y, en tercer lugar, que la política es más restrictiva que las alternativas razonables y lo que se requiere en virtud de la normativa de la OMS, en violación de las normas del RSI.⁷⁰

En primer lugar, el Título 42 nunca ha sido congruente con la normativa de la OMS. Cuando se aplicó por primera vez la *política de expulsión sin proceso* del Título 42, no se ajustaba a las recomendaciones de la OMS de 2020.⁷¹ El 29 de febrero de 2020, la OMS emitió recomendaciones para el movimiento a través de las fronteras internacionales, que desaconsejaban la aplicación de restricciones de viaje a los países que presentaban brotes de COVID-19.⁷² El día anterior a la publicación de la *política de expulsión sin proceso* del Título 42, la OMS publicó directrices provisionales sobre la mejor manera de tratar a los viajeros internacionales, que no incluían el cierre de fronteras.⁷³ En su lugar, la OMS recomendaba aplicar filtros, el uso de cubrebocas, la higiene respiratoria, el aislamiento de quienes presentaran síntomas y el distanciamiento social en la frontera.⁷⁴ La *política de expulsión sin proceso* del Título 42 evidentemente no se ajustaba a esta reco-

⁶⁹ "Orden de suspensión de la introducción", nota 15, en pp. 1.

⁷⁰ Artículos del RSI, nota 65, Apéndice 1.

⁷¹ Ver *Statement on the second meeting of the IHR Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus*, Organización Mundial de la Salud (30 de enero de 2020) (en la que se detallan los consejos a los Estados para responder al brote del nuevo coronavirus) [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

⁷² Organización Mundial de la Salud, *Recomendaciones actualizadas de la OMS para el tráfico internacional en relación con el brote de COVID-19*, SALA DE PRENSA DE LA OMS (29 de febrero de 2020), <https://www.who.int/news-room/articles-detail/updated-who-recommendations-for-international-traffic-in-relation-to-covid-19-outbreak>.

⁷³ Organización Mundial de la Salud, *Management of ill travelers at points of entry - international airports, seaports and ground crossings - in the context of COVID-19 outbreak*, Interim Guidance, pp. 1 (Mar 19 2020) <https://www.who.int/publications/i/item/10665-331512>. ("Este documento proporciona asesoría sobre la detección y el manejo de viajeros enfermos y sospechosos de padecer COVID-19 en los puntos de entrada... con las siguientes medidas que deben aplicarse en función de las prioridades y capacidades de los países: detección de viajeros enfermos en los puntos de entrada internacionales; entrevista con viajeros enfermos; notificación de alertas de viajeros enfermos con sospecha de COVID-19; aislamiento, manejo inicial de casos y derivación de viajeros enfermos con sospecha de COVID-19"). El uso de la palabra "derivación" se refiere a la derivación a un centro de salud. *Id.* en 4.

⁷⁴ *Id.* (Los viajeros enfermos pueden detectarse mediante autoinforme, observación visual o medición de la temperatura... El personal de los puntos de entrada debe instruir a los casos sospechosos para que: usen un cubrebocas de grado médico mientras esperan a ser trasladados a centros de atención sanitaria... practiquen la higiene respiratoria... Los viajeros enfermos con signos y síntomas de infección respiratoria que tengan antecedentes de exposición a COVID-19 deben ser aislados hasta que puedan ser trasladados de forma segura a un centro de atención sanitaria para una evaluación más exhaustiva... El personal también debe invitar a los viajeros a mantener una distancia de más de 1 metro entre ellos...")

mendación de la OMS: cerraba la frontera a los inmigrantes irregulares a pesar de que las recomendaciones de la OMS afirmaban que las pruebas y la cuarentena serían más apropiadas y eficaces.

Desde su aplicación, la *política de expulsión sin proceso* del Título 42 ha sido desalineada con las orientaciones actualizadas de la OMS.⁷⁵ El 2 de julio de 2021, la OMS actualizó sus orientaciones sobre COVID-19, haciendo hincapié en la introducción de vacunas eficaces y protocolos de pruebas, señalando que los viajes internacionales por turismo y negocios habían aumentado considerablemente desde el inicio de la pandemia, y que los protocolos de pruebas y cuarentena eran eficaces para mitigar la propagación en ese contexto.⁷⁶ En la misma declaración, la OMS solicitó a los Estados que tomaran precauciones especiales para proteger a los grupos vulnerables.⁷⁷ La *política de expulsión sin proceso* del Título 42 no ha cumplido la normativa actualizada de la OMS. La política cerró la frontera a un grupo vulnerable -los solicitantes de asilo- y sigue haciéndolo.

En segundo lugar, tal como se promulgó, la *política de expulsión sin proceso del Título 42* no estaba justificada por las pruebas científicas disponibles. Para empezar, la política de *expulsión sin proceso del Título 42* exime a los visitantes con autorización previa y tampoco se aplica a los visitantes que llegan por aire o mar, a pesar de que esos medios de transporte están catalogados por el HHS como entornos de congregación con un *mayor* riesgo de transmisión de enfermedades que los cruces terrestres.⁷⁸ Además, existían alternativas razonables, como el uso de cubrebocas,

⁷⁵ Organización Mundial de la Salud, *Technical considerations for implementing a risk-based approach to international travel in the context of Covid-19*, Interim Guidance (Jul. 2, 2021) [en adelante "Consideraciones técnicas de la OMS"] <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Risk-based-international-travel-2021.1>; Organización Mundial de la Salud, *Statement on the ninth meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the coronavirus disease (COVID-19) pandemic*, WHO NEWS (Oct. 26, 2021), [https://www.who.int/news/item/26-10-2021-statement-on-the-ninth-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-\(covid-19\)-pandemic](https://www.who.int/news/item/26-10-2021-statement-on-the-ninth-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(covid-19)-pandemic); Organización Mundial de la Salud, *WHO advice for international traffic in relation to the SARS-CoV-2 Omicron variant (B.1.1.529)*, SALA DE PRENSA DE LA OMS (30 de noviembre de 2021) <https://www.who.int/news-room/articles-detail/who-advice-for-international-traffic-in-relation-to-the-sars-cov-2-omicron-variant>.

⁷⁶ Consideraciones técnicas de la OMS, nota 77, en pp. 2.

⁷⁷ *Idem*, pág. 4.

⁷⁸ Joe Amon, et al, *Carta al Secretario Azar y al Director Redfield*, 1-2 (18 de mayo de 2020) https://www.publichealth.columbia.edu/file/3201/download?token=De_jVgyW [en adelante, "Amon, Carta al Secretario Azar"]; ver, Joanna Naples-Mitchell, "There is No Public Health Rationale for a Ban on Asylum Seekers," JUST SEC. (20 de abril de 2020); Lucas Guttentag & Ste. 20, (2020) ; Lucas Guttentag & Stefano Bertozzi, "Trump Is Using the Pandemic to Flout Immigration Laws," NY TIMES (11 de mayo de 2020) (Opinión) <https://www.nytimes.com/2020/05/11/opinion/trump-coronavirus-immigration.html>; Dr. Chris Beyrer & Yael Schacher, Expelling Asylum Seekers is not the Answer, Refugees Int'l (27 de abril de 2020) <https://www.refugeesinternational.org/reports/2020/4/26/expelling-asylum-seekers-is-not-the-answer-us-border-policy-in-the-time-of-covid-19> <https://www.justsecurity.org/69747/there-is-no-public-health-rationale-for-a-categorical-ban-on-asylum-seekers>; Lucas Guttentag & Stefano Bertozzi, "Trump Is Using the Pandemic to Flout Immigration Laws," NY TIMES (11 de mayo de 2020) (Opinión) <https://www.nytimes.com/2020/05/11/opinion/trump-coronavirus-immigration.html>; Dr. Chris Beyrer & Yael Schacher, Expelling Asylum Seekers is not the Answer, Refugees Int'l (27 de abril de 2020)

desinfectante de manos y otras medidas de control.⁷⁹ Además, si bien es cierto que las aglomeraciones aumentan la transmisión de enfermedades, la *política de expulsión sin proceso* del Título 42 se aplicó arbitrariamente a los posibles lugares de reunión creados por la detención de solicitantes de asilo, mientras que no se aplicó a los lugares de reunión creados por turistas y viajeros aéreos en los pasos fronterizos.⁸⁰ Por estas razones, decenas de expertos en salud pública han criticado repetidamente la política por no estar nunca respaldada por pruebas científicas.⁸¹

La *política de expulsión sin proceso* del Título 42 carecía de base científica en marzo de 2020 -en el punto más alto de la pandemia- y sigue careciendo de ella. Incluso el asesor médico de la Casa Blanca, el Dr. Anthony Fauci, afirmó hace cerca de un año y medio que la transmisión del COVID-19 "en absoluto" empeora por causa de las poblaciones migrantes y que "expulsar [a los migrantes] no es la solución al brote."⁸² Como resultado de esta política, las personas han sido transportadas a otras zonas de la frontera y de vuelta a su país de origen en avión, tras lo cual también pueden intentar regresar a la frontera entre México y EE.UU. para buscar refugio (de nuevo).⁸³ Además, las pruebas COVID-19 son más eficaces, existen vacunas ampliamente disponibles y el equipo de protección personal ("EPP") es una opción también.⁸⁴ Estados Unidos ha desarrollado programas que ayudan a la población migrante y combaten mejor el COVID-19; por

<https://www.refugeesinternational.org/reports/2020/4/26/expelling-asylum-seekers-is-not-the-answer-us-border-policy-in-the-time-of-covid-19>.

⁷⁹ Carta de Amon al Secretario Azar, nota 79, en pp. 1; Naples-Mitchell, nota 79; Beyrer, nota 79.

⁸⁰ Carta de Amon al Secretario Azar, nota 79, en pp. 1-2; Naples-Mitchell, nota 79; Bertozzi, nota 79; Beyrer, nota 79.

⁸¹ Carta de Amon al Secretario Azar, nota 79; Pooja Agrawal, et. al., *Carta al Secretario en funciones Wolfy al Fiscal General Barr* (6 de agosto de 2020) <https://www.publichealth.columbia.edu/file/3203/download?token=dTeOxMY0>; *Recomendaciones de salud pública para el procesamiento de familias, niños y adultos que buscan asilo u otro tipo de protección en la frontera*, Columbia Mailman Sch. of Pub. Health (Dic. 2020) <https://www.publichealth.columbia.edu/research/programs/program-forced-migration-health/voices/public-health-recommendations-us-border/>; Joe Amon, et. al., *Letter to Acting Secretary Cochran and Director Walensky* (28 de enero de 2021) [en adelante "Carta de Amon al Secretario Cochran en funciones"] <https://www.publichealth.columbia.edu/file/7597/download?token=F5AyPn5M>; Monette Zard, *Epidemiologists and Public Health Experts Reiterate Urgent Call to End Title 42*, Columbia Mailman Sch. of Pub. Health (14 de enero de 2022) <https://www.publichealth.columbia.edu/research/programs/program-forced-migration-health/voices/epidemiologists-public-health-experts-reiterate-urgent-call-end-title-42>;

Michele Heisler, et. al., *Carta al Secretario Becerra y al Director Walensky* (1 de julio de 2021) <https://www.publichealth.columbia.edu/file/7596/download?token=oqpTUKOp>; Anika Backster, et. al., *Carta al Secretario Becerra, al Director Walensky y al Secretario Mayorkas* (1 de septiembre de 2021) <https://www.publichealth.columbia.edu/file/7613/download?token=IIMIX8IK>.

⁸² Alison Durkee, *Fauci Says Immigrants Are 'Absolutely Not' Driving Covid-19 Surge: 'Let's Face Reality Here'*, Forbes (3 de octubre de 2021) (Business) <https://www.forbes.com/sites/alisondurkee/2021/10/03/fauci-says-immigrants-are-absolutely-not-driving-covid-19-surge-lets-face-reality-here/?sh=6602cb48173d>.

⁸³ Julia Neusner, *A Year After Del Rio, Haitian Asylum Seekers Expelled Under Title 42 Are Still Suffering*, HUM. RTS. FIRST (22 de septiembre de 2022), <https://humanrightsfirst.org/library/a/sites/alisondurkee/2021/10/03/fauci-says-immigrants-are-absolutely-not-driving-covid-19-surge-lets-face-reality-here/?sh=6602cb48173d>; Nicole Prchal Svajlenka y Tom K. Wong, *The Title 42 Expulsion Policy Does Nothing to Prevent the Spread of COVID-19*, AM. PROGRESS (10 DE MAYO de 2022), <https://www.americanprogress.org/article/the-title-42-expulsion-policy-does-nothing-to-prevent-the-spread-of-covid-19/>.

⁸⁴ WHO Technical Considerations, nota 77, en pp. 2. Además, ver la nota 44 para información sobre otras restricciones Covid-19 que se han levantado.

ejemplo, los CDC colaboran con el Departamento de Estado desarrollando el Programa de Vacunación para Refugiados que llegan a Estados Unidos.⁸⁵ Sin embargo, a pesar de este compromiso expreso con la salud de la población migrante, la *política de expulsión sin proceso* del Título 42 sigue vigente.

En tercer lugar, la *política de expulsión sin proceso* del Título 42 es extremadamente restrictiva e intrusiva: limita mucho más los viajes internacionales que otras alternativas razonables. La *política de expulsión sin proceso* del Título 42 prohíbe completamente la entrada en el país a la población migrante solicitante de asilo.⁸⁶ La política señala a un grupo vulnerable para darle un trato más duro que a otros viajeros. Otras alternativas razonables podrían ser menos restrictivas e intrusivas. El gobierno estadounidense había declarado que la *política de expulsión sin proceso* del Título 42 era necesaria debido a la falta de infraestructuras para utilizarlas como instalaciones de cuarentena. Sin embargo, los datos sugieren que un porcentaje significativo de los inmigrantes irregulares que cruzan la frontera tienen familiares y amigos en Estados Unidos con los que podrían haber pasado la cuarentena.⁸⁷ Así, como resultado de la *política de expulsión sin proceso* del Título 42, los solicitantes de asilo se han visto obligados a esperar y congregarse en campos de asilo informales en México, en lugar de refugiarse dentro de EE.UU. con familiares y amigos.⁸⁸ Otras medidas que podrían haberse aplicado son el uso de cubrebocas, el distanciamiento social y el desinfectante de manos.⁸⁹ Estas medidas, que el propio CDC ha recomendado, se consideran ahora mucho más eficaces para disminuir la transmisión del COVID-19.⁹⁰ Dado que la *política de expulsión sin proceso* del Título 42 es más restrictiva e intrusiva de lo que es necesario para efectos de salud pública, y dado que no estaba adecuadamente respaldada por pruebas de salud pública y no cumple la normativa de la OMS, viola el RSI.

4. La política de expulsión sin proceso del Título 42 vulnera el derecho a la no devolución

La *política de expulsión sin proceso* del Título 42 viola el derecho a la no devolución para evitar la persecución, tortura y daños irreparables. El derecho a la no devolución garantiza que nadie será devuelto a un Estado en el que pueda sufrir persecución, tortura u otras formas de daño

⁸⁵ Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades, *Vaccination Program for U.S.-bound Refugees, Immigrant, Refugee, and Migrant Health* (actualizado en enero de 2021) https://www.cdc.gov/immigrantrefugeehealth/guidelines/overseas-guidelines.html?CDC_AA_refVal=https%3A%2F%2Fwww.cdc.gov%2Fimmigrantrefugeehealth%2Fguidelines%2Foverseas%2Finterventions%2Fimmunizations-schedules.html.

⁸⁶ "Orden de suspensión de la introducción", nota 15, en pp. 1.

⁸⁷ Carta de Amon al Secretario Azar, nota 80, en pp. 1.

⁸⁸ *Id.* en pp. 2 (donde se afirma que la cuarentena ha demostrado ser el medio más eficaz para combatir el COVID-19).

⁸⁹ *Id.* en pp. 1.

⁹⁰ *Id.* en pp. 1-2.

irreparable.⁹¹ Este principio se aplica siempre, lo que significa que una persona migrante no necesita tener una condición oficial de refugiado u otro estatus humanitario para acceder los derechos que confiere el principio de no devolución.⁹² El principio de no devolución se ha codificado en la Convención sobre el Estatuto de la población migrante ("Convención sobre la población migrante"); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes ("Convención contra la Tortura"), e, implícitamente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("PIDCP"). Además, el principio de no devolución cuenta con el rango de derecho internacional consuetudinario.⁹³ Cabe señalar que cualquier preocupación sobre la extraterritorialidad y sus implicaciones para la aplicación del derecho internacional no es aplicable en este caso, ya que el funcionamiento de la política implica que los migrantes crucen la frontera hacia la jurisdicción territorial de Estados Unidos y luego sean expulsados a México o a su país de origen.⁹⁴

⁹¹ *The Principle of Non-Refoulement Under International Human Rights Law*, OACDH, pp. 1 <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/GlobalCompactMigration/ThePrincipleNon-RefoulementUnderInternationalHumanRightsLaw.pdf> [en adelante "OACDH sobre la no devolución"].

⁹² *Id.*

⁹³ El principio de no devolución se considera generalmente derecho internacional consuetudinario debido a la práctica de los Estados y al entendimiento general de que las obligaciones derivadas del principio de no devolución son obligatorias. Ver Convención sobre el Estatuto de la población migrante, art. 33(1), 28 de julio de 1951 [en lo sucesivo, "Convención sobre el Estatuto de la población migrante de 1951"]; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 3, 10 de diciembre de 1984; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7, 16 de diciembre de 1966. 16, 1966 (entendiendo que la protección contra la tortura incluye el derecho a no ser devuelto a un lugar donde será torturado); ACNUR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law*, Response to the Questions posed to the UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93 (disponible en <https://www.refworld.org/docid/437b6db64.html>) ; Constitución Federal, art. 1 (el Estado mexicano está "obligado a promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad."); Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 "Pacto de San José de Costa Rica", artículo 22(8) ("En ningún caso un extranjero podrá ser deportado o devuelto a un país, sea o no de origen, si en él su derecho a la vida o a la libertad personal está en peligro de ser violado por causa de su raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas"). Ver también Tribunal de Apelación de Nueva Zelanda, *Zaoui v. Attorney General*, 30 Sept. 2004, (No. 2) [2005] 1 NZLR 690, para. 34 ("Generalmente se considera que la prohibición de devolución, contenida en el art. 33.1 de la Convención sobre la población migrante, forma parte del derecho internacional consuetudinario, las normas (no escritas) de derecho internacional vinculantes para todos los Estados, que surgen cuando los Estados siguen ciertas prácticas de forma general y congruente por un sentido de obligación jurídica") y párr. 136 ("La Convención sobre la población migrante tiene por objeto proteger a la población migrante de la persecución y la obligación de no devolución es fundamental para esta función. Es inderogable en términos del art. 42.1 y, como se discutió anteriormente en el párrafo [34], se ha convertido en parte del derecho internacional consuetudinario"); E. Lauterpacht y D. Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement: Opinion*, en E. Feller, V. Türk y F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNCHR's Global Consultation on International Protection*, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, CAMBRIDGE (2003), párrs. 193-219; G. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2nd edition, OXFORD UNIVERSITY PRESS (1996), en pp. 167-171.

⁹⁴ Aduanas y Protección de Fronteras de EE.UU., *Encuentros nacionales de aplicación de la ley: Título 8 Enforcement Encounters: Title 8 Enforcement Actions and Title 42 Expulsions Fiscal Year 2023*, U.S. CBP NEWSROOM (14 de abril de 2023) <https://www.cbp.gov/newsroom/stats/cbp-enforcement-statistics/title-8-and-title-42-statistics>.

El principio de no devolución de la Convención sobre la población migrante

El *principio de no devolución* está codificado en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de la población migrante.⁹⁵ Al igual que México, Estados Unidos es parte del Protocolo de esta Convención, que hace vinculante esta obligación.⁹⁶ México también ha incorporado el derecho a la no devolución en su Constitución.⁹⁷ La protección contra la devolución se extiende a toda la población migrante; esto incluye a las personas a las que aún no se ha declarado su condición de refugiado, es decir, los solicitantes de asilo.⁹⁸ El principio de no devolución en el derecho de la población migrante es aplicable a cualquier forma de traslado forzoso, lo que incluye las *expulsiones y la no admisión en la frontera*.⁹⁹

Los Estados Parte tienen la obligación de evitar devolver a un refugiado a su país de origen donde sufra persecución -también denominada devolución directa- y de evitar devolverlo a un tercer país donde los funcionarios competentes puedan tener conocimiento de que esas personas sufrirían persecución.¹⁰⁰ Los Estados Parte también están obligados a no devolver a la población migrante a un Estado con procedimientos de asilo inadecuados, lo que también se denomina devolución indirecta.¹⁰¹ Este principio de no devolución se aplica a cualquier país en el que una

⁹⁵ Ver Convención sobre la población migrante de 1951, nota 95, art. 33 ("Ningún Estado podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas").

⁹⁶ Situación del Protocolo de la Convención sobre el Estatuto de la población migrante, (1 de noviembre de 1968) https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-5&chapter=5&clang=_en. El Protocolo de la Convención, que tiene el artículo 33 de la Convención de 1951. Por tanto, el artículo 33 es vinculante para Estados Unidos; *Id.*; Ver Convención sobre la población migrante de 1951, art. 33 ("Ningún Estado podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas"); *A List of Treaties and Other International Agreements of the United States in Force on January 1, 2020*, Treaties in Force, at 542 (Jan 2020); *Status of Ratification Interactive Dashboard*, UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, <https://indicators.ohchr.org/>.

⁹⁷ [CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS \(Constitución\)](#) art 11.; Con la Primera Sala en Amparo en revisión 302/2020, el poder judicial mexicano se ha pronunciado sobre el MPP, otra política migratoria estadounidense que intentó eliminar el derecho de no devolución. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=272458>.

⁹⁸ *Opinión consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de la población migrante de 1951 y su Protocolo de 1967*, ACNUR, párrafo 6 (enero de 2006). 6 (Jan. 26, 2007) [en lo sucesivo "Opinión Consultiva del ACNUR"]; Según el Derecho internacional, un refugiado se define como alguien que "debido a temores fundamentados de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere solicitar la protección de dicho 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." Convención sobre el Estatuto de la población migrante de 1951, nota 95, art. 1(1).

⁹⁹ Opinión consultiva del ACNUR, nota 100, en párr. 7 (énfasis añadido).

¹⁰⁰ No existe una única definición consensuada de lo que es persecución. Estados Unidos ha definido la persecución en su jurisprudencia. Para que un daño alcance el nivel de persecución debe incluir "algo más que restricciones o amenazas a la vida y la libertad". *Chaib v. Ashcroft*, 397 F.3d 1273, 1277 (10 Cir. 2005).

¹⁰¹ *Idem*; Ver también Moira Sy, *ACNUR y la prevención de la devolución indirecta en Europa*, 27 INT'L J. OF REFUGEE L. 457, 457-80 (31 de julio de 2015).

persona refugiada pueda temer ser perseguida.¹⁰² Este principio no exige que se proporcione asilo incondicional a ningún no ciudadano, sino que "los Estados . . . concedan a las personas que soliciten protección internacional acceso al territorio y a procedimientos de asilo justos y eficaces".¹⁰³

El Manual de ACNUR establece que "una amenaza a la vida o la libertad" con algún nexo a un motivo protegido es siempre persecución.¹⁰⁴ El Tribunal Supremo de EE.UU. ha sostenido que la persecución es un concepto más amplio que las amenazas a la vida o la libertad, y el Noveno Circuito de EE.UU. define la persecución como "infligir sufrimiento o daño a quienes difieren... de una manera considerada ofensiva".¹⁰⁵ Para que el derecho proteja de persecución a la población migrante, dicho daño, amenaza de sufrimiento o violación de los derechos humanos debe deberse a un motivo protegido por el tratado, que incluye la raza, la religión, la nacionalidad, la pertenencia a un determinado grupo social o las opiniones políticas.¹⁰⁶

Los Estados deben establecer "procedimientos justos y eficaces" para determinar la condición de refugiado.¹⁰⁷ El derecho a procedimientos justos y eficaces se deriva del artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.¹⁰⁸ Existen varios procedimientos que se consideran "justos y eficaces". En primer lugar, los solicitantes de asilo deben tener acceso a los procedimientos de asilo.¹⁰⁹ Esto incluye el acceso físico al territorio del Estado donde se solicita el asilo, así como el acceso a los procedimientos para determinar la validez de su solicitud de asilo.¹¹⁰ Los Estados deben proporcionar una autoridad claramente identificada con conocimientos especializados en procedimientos de asilo "con responsabilidad para examinar las solicitudes de condición de

¹⁰² *Nota sobre la no devolución (presentada por el Alto Comisionado) EC/SCP/2*, UNCHR, ¶ 1 <https://www.unhcr.org/en-us/excom/scip/3ae68ccd10/note-non-refoulement-submitted-high-commissioner.html>.

¹⁰³ Opinión consultiva del ACNUR, nota 100, apartado 8.

¹⁰⁴ *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y Directrices sobre protección internacional*, ACNUR, 21:51 (feb. 2019) <https://www.unhcr.org/media/handbook-procedures-and-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention-and-1967>.

¹⁰⁵ *Fisher v. INS*, 79 F. 3d 955, 961 (9th Cir. 1996) (en banc).

¹⁰⁶ Protocolo sobre el Estatuto de la población migrante, art. 1(A)(2), 16 de diciembre de 1966 [en lo sucesivo, "Protocolo de la Convención sobre la población migrante"].

¹⁰⁷ Ver ACNUR, *Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures)*, EC/GC/01/12, ¶ 4-5 (31 de mayo de 2001). Lo que realmente constituye "procedimientos justos y eficaces" es objeto de debate, pero en general el ACNUR ha proporcionado orientaciones sobre procedimientos que son buenos ejemplos de procedimientos justos y eficaces.

¹⁰⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 14, 10 de diciembre de 1948 ("(1) Toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país, contra la persecución; (2) No podrá invocarse este derecho cuando se trate de persecuciones por delitos comunes o por actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas").

¹⁰⁹ ACNUR, *Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures)*, nota 109, en ¶ 4-5; *Fair and Efficient Asylum Procedures: A Non-Exhaustive Overview of Applicable International Standards (Procedimientos de asilo justos y eficaces: una visión general no exhaustiva de las normas internacionales aplicables)*, ACNUR, 2. Ginebra, 2003.

¹¹⁰ *Fair and Efficient Asylum Procedures: A Non-Exhaustive Overview*, nota 111, en 2 ("Como han subrayado en repetidas ocasiones la Asamblea General y el Comité Ejecutivo del ACNUR, el acceso físico de los solicitantes de asilo al territorio del Estado en el que solicitan ser admitidos como refugiados y, además, el acceso a procedimientos en los que se pueda evaluar la validez de su solicitud de refugio son condiciones previas esenciales de la protección internacional de la población migrante").

refugiado y tomar decisiones en primera instancia".¹¹¹ Las normas de procedimiento del ACNUR identifican los principios básicos pertinentes, que incluyen la oportunidad de presentar la solicitud ante un funcionario calificado y disponer de un intérprete.¹¹² Por último, no debe haber ningún plazo para presentar una solicitud de asilo.¹¹³ Los procedimientos que no proporcionan a una persona refugiada solicitante de asilo acceso al territorio y a un procedimiento que cumpla estos indicios básicos de equidad y eficacia -y que, por tanto, le colocan en riesgo de volver a la persecución- violan la prohibición de no devolución del derecho de la población migrante.

El principio de no devolución de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

El principio de no devolución se encuentra también en la Convención contra la Tortura. Estados Unidos ha firmado y ratificado la Convención, al igual que México.¹¹⁴ En virtud de la Convención (CAT, por sus siglas en inglés), los Estados Parte no pueden devolver a personas que temen ser torturadas, lo que incluye, entre otros, a quienes entran en sus fronteras como refugiados o solicitantes de asilo.¹¹⁵ Como parte de la Convención, el principio de no devolución se considera absoluto, sin excepciones, y se considera derecho internacional consuetudinario, ya que la obligación de no devolución es un elemento fundamental del derecho a no ser sometido a tortura.¹¹⁶ Cabe

¹¹¹ *Ídem.* (donde se afirma que los Estados deben proporcionar responsables de la toma de decisiones "que estén familiarizados con el uso de intérpretes y técnicas de entrevista transculturales adecuadas"). Además, "la información obtenida durante el análisis de una solicitud en virtud de la Convención de 1951 también podría ser relevante para el examen de las necesidades de protección complementaria/subsidiaria... Por lo tanto, es aconsejable que todas las formas de protección internacional disponibles en un ordenamiento jurídico nacional sean resueltas por la misma autoridad competente en un único procedimiento con las mismas garantías mínimas". *Id.* en 3.

¹¹² *Normas de procedimiento para la determinación del estatuto de refugiado en el marco del mandato del ACNUR*, ACNUR, 15 (ago. 2020) <https://www.unhcr.org/us/media/procedural-standards-refugee-status-determination-under-unhcrs-mandate>.

¹¹³ Fair and Efficient Asylum Procedures: A Non-Exhaustive Overview, nota 111, en 3. Entre las recomendaciones adicionales se incluyen: el derecho a la asistencia y representación legal, el acceso a los procesos de apelación y el acceso a las razones del rechazo de una solicitud de asilo. *Id.* en 3-6.

¹¹⁴ Status of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (firmada el 18 de abril de 1985; ratificada el 21 de octubre de 1994) https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&clang=_en; Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading treatment or Punishment, UN Treaty Collection Status of Treaties, 8; Aunque ha formulado algunas reservas limitadas a la Convención contra la Tortura, ninguna es relevante para la evaluación del T42.

¹¹⁵ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 3 (1984). 3 (1984) [en lo sucesivo "CAT"].

¹¹⁶ También se ha interpretado que el derecho a no ser sometido a tortura es una norma de *ius cogens*. *The Principle of Non-Refoulement Under International Human Rights Law*, OACDH <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/GlobalCompactMigration/ThePrincipleNon-RefoulementUnderInternationalHumanRightsLaw.pdf> [en adelante "OACDH sobre la no devolución"] ("Como elemento inherente a la prohibición de la tortura y otras formas de malos tratos, el principio de *no devolución* se caracteriza por su carácter absoluto sin excepción alguna"). *Comparar la Convención sobre el Estatuto de la población migrante de 1951*, que permite excepciones cuando está en juego la seguridad nacional, *con la Convención contra la Tortura*, que "garantiza un derecho absoluto que no está sujeto a ninguna cláusula de exclusión o limitación. De este modo, las personas que, por ejemplo, por razones de seguridad nacional no podrían optar al asilo están igualmente

señalar que el CAT también contiene una disposición que prohíbe la tortura y las autoridades han interpretado las obligaciones del CAT de manera similar.¹¹⁷

La protección del derecho a la no devolución a la tortura requiere que un Estado ofrezca a personas migrantes que huyen de un daño algún tipo de proceso para que su reclamación sea escuchada. El Comité contra la Tortura ha declarado que la prueba para determinar si alguien está en peligro de ser sometido a tortura, implica decidir si existen "razones fundamentadas" para concluir que el riesgo de tortura es "personal, presente, previsible y real".¹¹⁸ Las autoridades han sostenido que el principio de no devolución requiere que una autoridad administrativa y/o judicial competente haya investigado dicho riesgo de tortura.¹¹⁹ Como ha señalado el Comité, cualquier forma de "deportación colectiva" sin un "análisis objetivo" del caso concreto debe considerarse una "violación del principio de "no devolución", ya que impide a los Estados Parte verificar adecuadamente... si existen razones fundamentadas para no deportar a una persona". .¹²⁰

El Comité contra la Tortura ha establecido medidas específicas que los Estados deben adoptar para cumplir sus obligaciones en virtud de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.¹²¹ Esto incluye la realización de análisis individuales de las denuncias presentadas por la persona migrante, proporcionando asistencia jurídica y procedimientos en un idioma que puedan entender.¹²² Los procedimientos que no proporcionan a una persona migrante que busca protección frente a la devolución de daños el acceso a un procedimiento que permita un análisis individual y objetivo de una denuncia de temor a ser devuelto a la tortura por parte de una autoridad administrativa y/o judicial - y que, por tanto, ponen le ponen en riesgo de deportación y de volver a la tortura - violan la prohibición de no devolución del CAT.

El principio de no devolución según el PIDCP

Los migrantes disponen de otra protección contra la devolución por daños en virtud del PIDCP, tratado ratificado tanto por Estados Unidos como por México.¹²³ Estados Unidos está obligado a no devolver a un migrante a un país donde pueda estar expuesto a un "riesgo real" de sufrir un

protegidas". Manfred Nowak, Moritz Birk, Giuliana Monina, *The United Nations Convention Against Torture and Its Optional Protocol*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, en pp. 100, párr. 3 (2019).

¹¹⁷ PIDCP, art. 7.

¹¹⁸ *Observación General n.º 1 (2017) sobre la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22*, CAT, ¶ 11 (12 de mayo de 2017) <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CAT/GCArticle3/CAT-C-GC-1.pdf>.

¹¹⁹ *Id.* en ¶ 13.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ *Id.* en ¶ 18.

¹²² *Id.* en ¶ 18(c).

¹²³ ICCPR Estado de ratificación, EE.UU. firmado el 5 de octubre de 1977, EE.UU. ratificado el 8 de junio de 1982, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CCPR&Lang=en.

"daño irreparable".¹²⁴ Riesgo real significa una "consecuencia necesaria y previsible".¹²⁵ Los daños irreparables incluyen la persecución, la tortura y los malos tratos, pero también otras violaciones graves de los derechos humanos (sin el requisito de nexos del derecho de la población migrante).¹²⁶ El Comité de Derechos Humanos estableció por primera vez esta norma en *Alzery v. Suecia* en relación con el derecho a no ser sometido a tortura.¹²⁷ Este Comité, que interpreta el PIDCP, sostuvo que el artículo 7 del PIDCP, que prohíbe la tortura, lleva implícito el requisito de no devolución.¹²⁸ Según el Comité, estas obligaciones se derivan del artículo 2(1), que establece que los Estados deben garantizar a "todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el pacto."¹²⁹ El Comité también reconoce una obligación de no devolución en la protección del derecho a la vida del artículo 6 y ha sugerido que esta protección podría abarcar una serie de derechos adicionales protegidos por el tratado.¹³⁰

Al igual que la Convención sobre el Estatuto de la población migrante y la Convención contra la Tortura, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos impone a los Estados Parte la obligación de investigar.¹³¹ La investigación debe ser rápida, exhaustiva e imparcial.¹³² Los procedimientos que no investigan adecuadamente los riesgos para el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o los riesgos de violación de otros derechos humanos fundamentales y, por tanto, ponen a un migrante en riesgo de expulsión y de volver a sufrir daños, pueden violar el PIDCP.

Violaciones del principio de no devolución

Según el derecho internacional, incluso durante una pandemia, Estados Unidos está obligado a evaluar si los inmigrantes corren el riesgo de sufrir persecución, tortura o daños irreparables.¹³³ *La política de expulsión sin proceso* del Título 42 no permite tal investigación. En su lugar, expulsa

¹²⁴ Paul Taylor, A COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: THE UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE'S MONITORING OF ICCPR RIGHTS, 355, (Cambridge University Press 2020) doi:10.1017/9781108689458.

¹²⁵ *Id.* en 147.

¹²⁶ Principio de no devolución, nota 93, en 1.

¹²⁷ *Mohammed Alzery Vs. Suecia*, CCPR/C/88/D/1416/2005, Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH), 10 de noviembre de 2006, disponible en: <https://www.refworld.org/cases/HRC.47975afa21.html> [consultado el 27 de abril de 2023].

¹²⁸ *Id.* en ¶ 6.4.

¹²⁹ *Id.* en ¶ 14.; ICCPR, nota 95, en art. 2(1).

¹³⁰ Observación general n.º 36 al artículo 6 del PIDCP, Comité de Derechos Humanos, ¶ 3-4 (3 de septiembre de 2019); *Ver también*, Taylor, nota 126, en 141.

¹³¹ Taylor, nota 126, en 178 (señalando que esta responsabilidad ha sido señalada por el Comité como derivada del artículo 2(3) en la Observación General 20 sobre el artículo 7 y en la Observación General 31 sobre el artículo 2).

¹³² *Id.* Del mismo modo, el artículo 6, leído conjuntamente con el artículo 2(3), exige una investigación rápida, exhaustiva y eficaz. *Id.* en 145.

¹³³ *Movilidad Humana y Derechos Humanos en la Pandemia del COVID-19: Principios de la protección de migrantes, refugiados y otras personas desplazadas*, 32 INT'L J. OF REFUGEE L. 549, 552 (4 de noviembre de 2020) <https://doi.org/10.1093/ijrl/eeaa028>.

a todos los que cruzan la frontera sin darles la oportunidad de solicitar asilo ni investigar otras formas complementarias de protección a las que puedan tener derecho.

El texto y la aplicación de la *política de expulsión sin proceso* del Título 42 invalidan la posibilidad de acceder a procedimientos justos y eficaces o de un análisis adecuado del riesgo de tortura o de daños irreparables.¹³⁴ La orden del CDC "suspende la introducción de personas" en Estados Unidos.¹³⁵ Aunque, en teoría, la política permite a un migrante alegar temor a la tortura (aunque no a la persecución u otras violaciones graves de los derechos humanos), los expertos han confirmado que, en la práctica, los funcionarios estadounidenses no examinan el riesgo de tortura.¹³⁶ Como consecuencia, se expulsa a migrantes incluso cuando hay indicios de que al menos algunos de ellos sufrirán persecución, tortura o violaciones graves a sus derechos humanos en los lugares a los que se les devuelve, lo que incluye tanto su país de origen como otros países en los que es probable que sean perseguidos. Las personas migrantes son expulsadas sin poder acceder a un proceso para determinar si necesitan protección frente a la persecución, la tortura u otros daños irreparables.

Esta política ha dado lugar a que Estados Unidos devuelva a los solicitantes de asilo directamente al país donde temían ser perseguidos: devolución directa. Por ejemplo, la evidencia sugiere que a los activistas nicaragüenses se les negó la oportunidad de presentar pruebas de tortura en la frontera estadounidense, y fueron detenidos rápidamente por la policía cuando fueron expulsados a Nicaragua.¹³⁷

Los solicitantes de asilo también son devueltos de forma rutinaria a México, como se ha señalado anteriormente, concretamente a regiones en las que los riesgos para la seguridad son generalizados, lo que supone un riesgo de devolución indirecta.¹³⁸ Las familias e individuos entrevistados en Ciudad Juárez informaron que no tuvieron la oportunidad de exponer sus solicitudes de asilo antes de ser expulsados.¹³⁹ La expulsión a México se produce incluso cuando los solicitantes de asilo son personas especialmente vulnerables a sufrir daños o persecución por motivos protegidos, como la raza o un determinado grupo social. Según informes de la sociedad civil, los solicitantes

¹³⁴ "Orden de suspensión de la introducción", nota 15, en pp. 1.

¹³⁵ "Orden de suspensión de la introducción", nota 15, en pp. 1.

¹³⁶ Covid-19 Capiro, nota 18, en 4 (Reclamación de la Convención contra la Tortura); *Practice Pointer: Title 42 and Asylum Processing at the Southern Border*, AM. IMMIGR. LAW.S ASS'N (12 de enero de 2023) <https://www.aila.org/advo-media/aila-practice-pointers-and-alerts/practice-pointer-title-42-and-asylum-processing>.

¹³⁷ *Q&A: US Title 42 Policy to Expel Migrants at the Border*, HUM. RTS. WATCH (8 de abril de 2021) <https://www.hrw.org/news/2021/04/08/qa-us-title-42-policy-expel-migrants-border>.

¹³⁸ Neusner "Extending Title 42", nota 58 ; Q&A: US Title 42 Policy, nota 139 .

¹³⁹ Decl. de Linda Rivas en *Huisha-Huisha v. Mayorkas*, publicado por ACLU, ¶ 13 (15 de noviembre de 2022) <https://www.aclu.org/cases/huisha-huisha-v-mayorkas?document=declaration-linda-rivas>.

de asilo negros e indígenas son regularmente objeto de persecución tras su expulsión, incluso víctimas de secuestros, ataques o asesinatos.¹⁴⁰ La trata de personas es un peligro conocido para poblaciones migrantes a lo largo de la frontera, por lo que la *política de expulsión sin proceso* del Título 42 también provoca la deportación indebida de muchas víctimas de trata.¹⁴¹ Las personas de determinados grupos sociales de género, como mujeres y LGBTQ, son vulnerables y sufren daños o persecución por pertenecer a dichos grupos en la frontera. Por ejemplo, un hombre trans denunció haber sido agredido sexualmente junto con su novia y que los agresores les amenazaron con que iban a "enseñarles a ser mujeres".¹⁴²

Por tanto, las expulsiones a México corren el riesgo de violar la obligación contra la devolución indirecta. Este riesgo se ve agravado por la falta de capacidad de las autoridades nacionales para evaluar las solicitudes y conceder rápidamente protección internacional. En México, la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados ("COMAR") carece de fondos suficientes y se ha informado que está "rebasada" por el gran aumento de personas refugiadas.¹⁴³ La COMAR tampoco tiene estaciones para procesar a la población migrante a lo largo de la frontera norte de México, que es exactamente donde los migrantes son expulsados de los Estados Unidos en virtud del Título 42.¹⁴⁴ Los daños son previsible y reales: sin los filtros e investigaciones necesarios, es imposible que las personas migrantes que huyen de la persecución, la tortura o el riesgo de violaciones graves de derechos humanos sean identificados para recibir protección de México ni de Estados Unidos, y es imposible que Estados Unidos cumpla con sus obligaciones internacionales.

5. La política de expulsión sin proceso del Título 42 vulnera la obligación de no discriminar en las fronteras

La *política de expulsión sin proceso* del Título 42 también viola las obligaciones de Estados Unidos en virtud de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD, por sus siglas en inglés). Junto con México, Estados Unidos es parte de la ICERD.¹⁴⁵ La ICERD exige a los Estados miembro que "se comprometan a prohibir y

¹⁴⁰ Neusner "Extending Title 42," nota 58; Q&A: US Title 42 Policy, nota 139.

¹⁴¹ Hailey York, *U.S. Immigration Policy and Human Trafficking: Two Sides of the Same Coin*, Human Trafficking Institute, 11 de agosto de 2022, Q&A: US Title 42 Policy to Expel Migrants at the Border, Human Rights Watch (8 de abril de 2021), <https://www.hrw.org/news/2021/04/08/qa-us-title-42-policy-expel-migrants-border>.

¹⁴² Neusner y Kizuka, nota 131 .

¹⁴³ *México: Asylum Seekers Face Abuses at Southern border*, Human Rights Watch, 6 de junio de 2022, <https://www.hrw.org/news/2022/06/06/mexico-asylum-seekers-face-abuses-southern-border>. Los relatos de las interacciones con las autoridades de inmigración en México revelan largas detenciones y presiones de los funcionarios de inmigración sobre la población migrante para que no soliciten asilo. *Id.*

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Status of Ratification Interactive Dashboard*, Derechos Humanos de las Naciones Unidas, <https://indicators.ohchr.org/>.

eliminar la discriminación racial en todas sus formas".¹⁴⁶ El artículo 1 de la ICERD define la discriminación racial como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico."¹⁴⁷

En virtud del artículo 2, apartado 1, letra c), de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, los Estados Parte deben "adoptar medidas eficaces para revisar las políticas gubernamentales, nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular cualesquiera leyes y reglamentos que tengan por efecto crear o perpetuar la discriminación racial, dondequiera que ésta exista".¹⁴⁸ Así pues, la Convención prohíbe la discriminación que se derive de una política estatal.¹⁴⁹ El Comité de la ICERD, que interpreta el tratado, ha señalado que la discriminación puede ser tanto directa como indirecta.¹⁵⁰ La discriminación indirecta prohibida en virtud de la ICERD implica tratar por igual a personas cuya situación es objetivamente diferente, además de tratar de forma desigual a personas cuya situación es objetivamente la misma.¹⁵¹ Un Estado debe eliminar cualquier "impacto dispar injustificable sobre un grupo que se distinga por su raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico".¹⁵² La Recomendación General 30 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

¹⁴⁶ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5, de 21 de diciembre de 1965. 5, 21 de diciembre de 1965 [en adelante "ICERD"].

¹⁴⁷ *Id.* en art. 1 § 1. Además, el derecho a la no discriminación también aparece en el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas y forma parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Carta de las Naciones Unidas, art. 1; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7, 10 de diciembre de 1948. Todas las personas, incluyendo los migrantes, tienen garantizada la igualdad de protección ante la ley también por el PIDCP, que en sus términos prohíbe la discriminación por motivos de raza y etnia. PIDCP, nota 95, art. 26. 26 ("Todas las personas son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"). En virtud del artículo 26 del PIDCP, los Estados deben abstenerse de toda discriminación directa o indirecta. *Id.* Además, la Convención sobre el Estatuto de la población migrante de 1951 también incluye una disposición que obliga a los Estados a aplicar la Convención sin discriminación. En concreto, los Estados no pueden discriminar en función del país de origen del refugiado. Convención sobre la población migrante de 1951, nota 95, art. 3 ("Los Estados aplicarán las disposiciones de la presente Convención a la población migrante sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen"); Convención sobre la población migrante de 1951, COMENTARIO DE LOS TRAVAUX PREPARATOIRES, <https://www.unhcr.org/en-us/protection/travaux/4ca34be29/refugee-convention-1951-travaux-preparatoires-analysed-commentary-dr-paul.html>. Además, el RSI contiene una disposición que prohíbe la discriminación en los actos de salud pública. Su artículo 42 establece que las medidas sanitarias deben aplicarse de forma no discriminatoria. Artículos del RSI, nota 65, art. 42. Además, el RSI contiene una disposición que prohíbe la discriminación en los actos de salud pública. El artículo 42 del Reglamento establece que las medidas sanitarias deben aplicarse de forma no discriminatoria. *Id.*

¹⁴⁸ ICERD, nota 148, en art. 2(1)(c).

¹⁴⁹ Gay McDougall, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, UN AUDIOVISUAL LIBRARY OF INT'L L. (21 de diciembre de 1965) <https://legal.un.org/avl/ha/cerd/cerd.html>.

¹⁵⁰ Recomendación general nº 32, CERD/C/GC/32, Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación Racial, ¶ 7-10 (24 de septiembre de 2009) <https://www.refworld.org/docid/4adc30382.html>.

¹⁵¹ *Id.* en ¶ 8.

¹⁵² *Idem*; Recomendación general 14, U.N. Doc. A/48/18 en 114, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, ¶ 2. <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/genrxiv.htm>.

relativa a la Discriminación contra los No Ciudadanos establece que los Estados Parte deben garantizar que las leyes relativas a la deportación o expulsión no sean discriminatorias.¹⁵³ Una política fronteriza que tenga un efecto diferencial en función de un motivo protegido puede violar esta obligación.

La evidencia sugiere que Estados Unidos ha incumplido su responsabilidad de promover la igualdad de trato a todas las personas, incluso por motivos de raza y etnia, al promulgar una política que tiene efectos discriminatorios.¹⁵⁴ La *política de expulsión sin proceso* del Título 42 tiene un impacto dispar injustificable en determinados grupos raciales y étnicos. Por ejemplo, los inmigrantes que pasan por la frontera suroeste incluyen una proporción sustancial de minorías raciales en comparación con la frontera norte.¹⁵⁵ La *política de expulsión sin proceso* del Título 42 se ha aplicado principalmente en la frontera suroeste, en comparación con la frontera norte, donde en su nivel más alto de uso, solo se recurrió a la política en el 27% de las expulsiones.¹⁵⁶ Además, se ha puesto de manifiesto un sesgo racial en el trato dispensado a los solicitantes de asilo ucranianos, que se han beneficiado de excepciones a la aplicación del Título 42, que no se hacen extensivas a otros migrantes que huyen de países de la región.¹⁵⁷ Una investigación más profunda revela el efecto discriminatorio indirecto de la *política de expulsión sin proceso* del Título 42 y, por tanto, la incapacidad de Estados Unidos para eliminar la discriminación por motivos de raza o etnia.¹⁵⁸

¹⁵³ ICERD General Recommendations XXX, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, ¶ 4-5 https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CERD_GC_30_2004_EN.pdf.

¹⁵⁴ Se ha demostrado que el Título 42 tiene posibles motivaciones raciales y viola el mandato de la ICERD de prohibir la discriminación racial en todas sus formas. Los comentarios y acciones de la administración que promulgó el Título 42 arrojan dudas significativas sobre el deseo de Estados Unidos de prohibir la discriminación racial. El principal asesor de inmigración del presidente durante la administración Trump intentó que la administración malinterpretara la política en cierres fronterizos para promover una política racista antiinmigración antes de la pandemia. Trump, bajo cuyo mandato se promulgó la política del Título 42, llamó a Haití y El Salvador "países de mierda" con la intención de restringir la inmigración procedente de esos países. Caitlin Dickerson y Michael D. Shear, *Before Covid-19, Trump Aide Sought to Use Disease to Close Borders*, N.Y. TIMES (2 de mayo de 2020), <https://www.nytimes.com/2020/05/03/us/coronavirus-immigration-stephen-miller-public-health.html>; Q&A: US Title 42 Policy, nota 139.

¹⁵⁵ CERD: *US Discrimination Against Black Migrants, Refugees and Asylum Seekers at the Border and Beyond*, HUM. RTS. FIRST (8 de agosto de 2022) <https://humanrightsfirst.org/library/cerd-us-discrimination-against-black-migrants-refugees-and-asylum-seekers-at-the-border-and-beyond/>.

¹⁵⁶ *Comparar la* Figura 5.1 del Apéndice, que muestra el uso de la política de expulsión sin proceso del Título 42 en la frontera norte, donde, en su momento de mayor uso, la política del Título 42 solo se utilizó en el 27% de las expulsiones; *con* la Figura 5.2, que muestra el uso de la política de expulsión sin proceso del Título 42 en la frontera suroeste, donde, en su momento de mayor uso, la política del Título 42 se utilizó en el 61% de las expulsiones. *Ver también*, Nationwide Enforcement Encounters: Title 8 Enforcement Actions and Title 42 Expulsions Fiscal Year 2023, US Customs and Border Protection, <https://www.cbp.gov/newsroom/stats/cbp-enforcement-statistics/title-8-and-title-42-statistics>; USBP Encounters Report, nota 27; Q&A: US Title 42 Policy, nota 139; Alison Leal Parker, *US Immigration Enforcement and US Obligations Under the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination*, HUM. RTS. WATCH (28 de abril de 2022) <https://www.hrw.org/news/2022/04/28/us-immigration-enforcement-and-us-obligations-under-international-convention>.

¹⁵⁷ Copeland, nota 39, en ¶ 2-8.

¹⁵⁸ Los grupos de derechos humanos también han señalado que los migrantes negros han sufrido discriminación directa, incluyendo discursos de odio racista y tratos violentos, por ejemplo a solicitantes de asilo haitianos. CERD: *US Discrimination Against Black Migrants*, nota 157.

6. Conclusión

La *política de expulsión sin proceso* del Título 42 viola una serie de obligaciones de Estados Unidos en virtud del derecho internacional. La política incumple las obligaciones del Reglamento Sanitario Internacional, ya que no se basa en pruebas científicas y no es proporcionada. Además, viola las obligaciones de no devolución de Estados Unidos adquiridas en virtud del derecho internacional de la población migrante y de los derechos humanos. Múltiples tratados -la Convención sobre el Estatuto de la población migrante, la Convención contra la Tortura y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- exigen el requisito de que Estados Unidos analice el caso de las personas migrantes para asegurarse de que no les va a devolver a lugares donde corren el riesgo de sufrir persecución, tortura u otros daños irreparables. En lugar de ello, la política expulsa a las personas sin proceso a los países de los que huyeron o a otros lugares donde pueden correr el riesgo de sufrir estos daños. Por último, la política se ha aplicado de una manera que viola las obligaciones de Estados Unidos en virtud de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, ya que tiene un impacto dispar injustificable en las minorías raciales y étnicas.

Esta política es la última de una serie de políticas estadounidenses que pretenden externalizar el control de la frontera de Estados Unidos, violan el derecho internacional¹⁵⁹ y obligan a México a soportar una carga desproporcionada. Ninguna de estas políticas de externalización fronteriza podría implementarse sin el apoyo tácito o directo de México. Por lo tanto, México -y este Tribunal- deben tomar en cuenta dichas violaciones al derecho internacional al resolver la apelación de las Partes Demandantes y defender los principios clave del derecho internacional que protegen los derechos de la población migrante.

¹⁵⁹ La política proviene de una larga línea de políticas destinadas a cerrar la frontera sur de Estados Unidos a los solicitantes de asilo y viola el derecho internacional de manera similar a las políticas anteriores, incluyendo los Protocolos de Protección Migratoria (MPP). *SCJN Reconoce Omisiones del Gobierno Mexicano en el Desarrollo de Políticas Migratorias de Protección a Migrantes*, IMUMI, (27 de octubre de 2022) ("el Estado Mexicano incurrió en omisiones en la protección de los derechos de las personas devueltas a México bajo el Protocolo de 'Permanencia en México', al no contar con un proceso de protección claro, no publicarlo en el Diario Oficial de la Federación y no incorporar una perspectiva de género, dando como resultado actos violentos en contra de esta población sin acceso a la justicia") <https://imumi.org/2022/10/27/scjn-reconoce-omisiones-del-gobierno-mexicano-en-el-desarrollo-de-politicas-migratorias-para-proteger-a-personas-migrantes/>. Políticas como la planteada en este escrito no son nuevas, y esta no es la última de este tipo que existe. Notice of Proposed Rulemaking, Circumvention of Lawful Pathways, U.S. Citizenship and Immigration Services, Department of Homeland Security, Executive Office for Immigration Review, Department of Justice (23 de febrero de 2023) ("Lo haría introduciendo una presunción refutable de inelegibilidad de asilo para ciertos no ciudadanos que ni buscan una vía legal, segura y ordenada hacia Estados Unidos ni solicitan asilo u otro tipo de protección en un país a través del cual se desplazan").

Por todo lo anterior, con total respeto a su autonomía e independencia, allego las presentes consideraciones a nombre propio y en representación del Consejo Global de Litigio Estratégico para los Derechos de las Personas Refugiadas a este H. Tribunal Colegiado a fin de que la resolución del presente asunto se apegue a los más altos estándares en materia de derechos humanos de las personas en situación de movilidad, cuestión que es de interés público e incumbe legítimamente a todas aquellas organizaciones que nos interesamos por la plena vigencia del debido proceso tanto en México como en Estados Unidos.

Sin otro particular, le expreso mi más amplia consideración,

Atentamente

Ian M. Kysel

Assistant Clinical Professor of Law, Cornell Law School

Director, Transnational Disputes Clinic

Director, Migrant Rights Initiative

Non-Resident Fellow, Zolberg Institute on Migration and Mobility, The New School

E: ian.kysel@cornell.edu

T: +1.607.255.5503