

ACCESO A LOS TRIBUNALES Y DEBIDO PROCESO LEGAL DE LAS PERSONAS MIGRANTES DESDE LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS*

Pedro Díaz

En esta presentación, después de mencionar algunas consideraciones generales, abordaré el papel del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, especialmente de la CIDH; señalaré algunos estándares en cuanto acceso a la justicia y debido proceso para la protección de los trabajadores migrantes y sus familias; finalmente me referiré al Programa Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Para la Relatoría de Trabajadores Migrantes y sus familias, de la CIDH, uno de los aspectos importantes de este seminario, es que forma parte de la línea de extensión de instrumentos internacionales para la protección de los Trabajadores Migrantes y sus familias en la región, así como de la promoción e implementación de la Convención Internacional de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y los Miembros de sus Familias, aprobada en Naciones Unidas y que México ratificó el 8 de marzo de 1999. La Relatoría considera que la implementación de la Convención no es sólo una intención a nivel legislativo, para los servidores públicos y la sociedad significa el fomento de una cultura de

* El autor es Abogado de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ponencia presentada durante el Seminario Internacional sobre los Derechos Humanos de los Migrantes. Boca del Río, Veracruz, junio de 2005.

tolerancia y sensibilidad ante el problema de la migración, en un país que como México es sitio de origen, tránsito y a la vez punto de llegada de trabajadores migrantes y sus familias.

En la última década la migración se ha transformado en uno de los temas más importantes de la agenda política internacional. De acuerdo con la Organización Internacional de Migraciones (OIM) y Naciones Unidas, en la actualidad existen en el mundo 190 millones de migrantes (una cifra algo mayor a la población de Brasil). La mayor parte de éstos son personas que migran en busca de un futuro mejor, que huyen de la pobreza, la violencia y la falta de oportunidades en sus países de origen. Un porcentaje alto pero indeterminado corresponde a personas indocumentadas —es muy difícil establecer la cantidad de personas indocumentadas dada la reticencia de éstas a ser empadronadas, por miedo a ser deportadas o detenidas por las autoridades—. De acuerdo con un estudio reciente de la Organización Internacional del Trabajo, el número de países clasificados como receptores importantes de migrantes subió de 39 a 67, mientras el de países de origen subió de 29 a 55. El estudio señala también que el número de países que son a la vez receptores y de origen subió de 4 a 15. Del mismo modo, un número creciente de Estados se ha transformado en países de tránsito de migrantes.

Los expertos coinciden en que en el ámbito mundial la migración ha aumentado como consecuencia de la combinación de factores demográficos, económicos, políticos y sociales. Indudablemente, el crecimiento de la población mundial, que en el año 2000 llegó a 6 mil millones, ha generado un incremento importante del número de migrantes. Entre 1970 y 1990 la migración en el mundo creció en promedio en 1.9 por ciento al año. Ese aumento, sin embargo, representó sólo un 0.1 por ciento más que la tasa de crecimiento de la población a nivel mundial (1.8 por ciento). Uno de los factores que más ha incidido en el aumento de la migración ha sido la creciente disparidad en los niveles de vida y los beneficios sociales y laborales (acceso a educación, servicios de salud y pensiones) que existe entre los países desarrollados y los que están en desarrollo.

Otro elemento que ha contribuido de modo notable al crecimiento de la migración ha sido el aumento del número de mujeres migrantes. De manera creciente, muchas mujeres han comenzado a migrar siguiendo a sus maridos y familias. De forma gradual, sin embargo, muchas otras

han empezado a migrar por su cuenta. Es importante consignar que históricamente las mujeres representaban un porcentaje menor del número total de migrantes. Hoy en día, sin embargo, ellas representan el 47.5 por ciento del número total de migrantes en el mundo.

En el marco de la tensión que existe entre el derecho de los Estados a regular la migración, como una manifestación del principio de soberanía, y el respeto a la dignidad intrínseca y el derecho de millones de seres humanos que emigran de sus países en busca de mejores condiciones de vida para ellos y sus familias, el derecho internacional de los derechos humanos y los mecanismos internacionales de protección adquieren especial relevancia.

La condición de vulnerabilidad de los trabajadores migrantes y de sus familias es una de las características más visibles del problema. Los migrantes muchas veces desconocen las leyes y el idioma del país receptor y en varias ocasiones deben enfrentar abierta hostilidad por parte de la población, incluso de las autoridades. La situación es particularmente grave en el caso de los migrantes indocumentados, cuya situación los expone aún más a los abusos. De hecho, dada la situación particular de los migrantes, se sostiene que estas personas enfrentan una condición de vulnerabilidad estructural. A raíz de ella, los migrantes están expuestos a una serie de atropellos; entre ellos se pueden mencionar los arrestos arbitrarios y la ausencia del debido proceso; deportaciones masivas; discriminación para conceder la nacionalidad o acceder a servicios sociales a los que los extranjeros tienen derecho por ley; condiciones de detención inhumanas; apremios ilegítimos por parte de autoridades, como policías y funcionarios de inmigración; y completa indefensión cuando son expuestos a condiciones de explotación por parte de empleadores inescrupulosos. Esas situaciones afectan de forma particular a las mujeres y niños migrantes, quienes están expuestos además a excesos como acoso sexual, golpizas y condiciones de trabajo deficientes.

II. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA RELATORÍA ESPECIAL SOBRE TRABAJADORES MIGRATORIOS Y MIEMBROS DE SUS FAMILIAS

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos fue estructurado a partir de la adopción de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos o Pacto de San José, el 21 de noviembre de 1969, que entró en vigor el 18 de julio de 1978. La Convención Americana creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, junto con un procedimiento para articular la función contenciosa con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los Estados y las víctimas. Asimismo, sentó las bases para la promoción, debate y adopción de otros instrumentos temáticos de protección de los derechos humanos en la región. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Comisión Interamericana fue creada desde la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile en 1959, con un mandato original. En noviembre de 1965, la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro, resolvió modificar el mandato con el fin de ampliar sus funciones y facultades, entre ellas la de examinar las comunicaciones que le fuesen dirigidas, y cualquier información disponible, para dirigirse a los gobiernos de cualquiera de los Estados americanos, con el fin de obtener las informaciones que considerara pertinentes y para que les formulara recomendaciones, cuando lo considerara apropiado, con el fin de hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales.

El sistema de peticiones canalizó entonces las denuncias de personas contra los Estados por la violación de sus derechos humanos, mecanismo dirigido a los Estados que forman parte de la Convención Americana, como la mayoría de los países de la región, o a aquellos que forman parte de la Declaración Americana sobre los derechos y deberes del hombre, como Estados Unidos y Canadá, entre otros. Ese mecanismo de protección, al lado de las medidas cautelares, crece cada día y es una alternativa importante para reclamar la efectividad de la atención del Estado en casos particulares, como la defensa de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias.

Por mandato de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), Resoluciones AG/RES 1404 XXVI-O/96 y AG/RES 1480 XXVII-O/97, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó la Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, en 1997. La CIDH delimitó el campo de acción de la Relatoría únicamente a los trabajadores migratorios y sus familias cuando éstos se encuentran en un país del que no son nacionales. La CIDH determinó que uno de sus siete comisionados ejerza como Relator Especial de Trabajadores

Migratorios y sus Familias. Hasta ahora tres comisionados, Álvaro Tirado Mejía, Juan E. Méndez y Freddy Gutiérrez Trejo, actualmente en funciones, han desempeñado el cargo. Los trabajos de la Relatoría son apoyados además por dos consultores externos de la comisión y un abogado de la Secretaría Ejecutiva. No cuenta con presupuesto propio y sólo ha podido cumplir su mandato con los aportes especiales de algunos Estados de la región, como México, que en el año de 2003 otorgó un aporte importante. Al día de hoy la Relatoría no cuenta con fondos para el cumplimiento de sus mandatos y, de no captarse nuevos fondos para su funcionamiento, existe la amenaza de paralizar sus actividades.

Dentro del mandato entregado por la CIDH a la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, ésta viene elaborando informes y estudios especializados sobre la situación de los trabajadores migratorios y temas relativos a la migración en general. Además de contribuir con un capítulo especial en los informes anuales de la comisión.

En el Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias en el Hemisferio, elaborado en el año 2001, la Relatoría dedicó un capítulo especial al tema del debido proceso, que sintetizamos como parte del trabajo de ésta.

La Relatoría ha observado que en todos los países los trabajadores migratorios se encuentran sometidos a diversos procedimientos judiciales o administrativos, ya sea para dirimir controversias sobre salarios, vivienda, atención de salud u otros beneficios, o bien en el contexto de la determinación de su estatus migratorio. En algunos casos, los inmigrantes deben enfrentar procedimientos penales ya sea como acusados, como víctimas o como testigos. También se ha observado que en el hemisferio existe una gran diversidad de prácticas y reglamentaciones para estos casos, lo que nos lleva a sugerir la conveniencia de adoptar algunas normas mínimas.

El derecho internacional de los derechos humanos consagra normas mínimas de debido proceso aplicables a toda situación en que se determinen los derechos de una persona. El Artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y sus equivalentes en otros instrumentos internacionales, establecen la obligación de respeto y garantía de los derechos que todo Estado signatario tiene. El Artículo 2 de este mismo instrumento, por otra parte, impone a los Estados la obligación de adecuar su ordenamiento normativo a los derechos que allí se

enumeran. En conjunto, estas dos normas significan que un Estado cuya organización judicial o su legislación procesal no contemple mecanismos de protección de los derechos, debe crearlos y hacerlos accesibles a toda persona sujeta a su jurisdicción. Además, si tales mecanismos existen pero no son eficaces por variadas circunstancias, el Estado está obligado a reformarlos de modo que se constituyan en vehículos eficaces para la satisfacción de esos derechos.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Artículos 8 y 25 tradicionalmente se han asociado con una doctrina en desarrollo sobre garantías judiciales y protección judicial de los derechos humanos. Esos artículos se aplican a toda situación en que se deba determinar el contenido y alcance de los derechos de una persona sometida a la jurisdicción del Estado parte, ya sea que se trate de materias penales, administrativas, fiscales, laborales, de familia, contractuales o de cualquier otra índole. Por lo tanto, esas normas constituyen un piso mínimo de debido proceso al que tienen derecho todos los inmigrantes, cualquiera que sea su situación.

En materia penal, los instrumentos internacionales son más detallados. Además del Artículo 8, con su especificación de varios derechos asociados a la garantía de juicio penal justo e imparcial, se aplican también las normas de los Artículos 4 (derecho a la vida y condiciones en que puede ser legítima la pena capital); 5 (prohibición de la tortura y trato cruel, inhumano y degradante); 6 (trabajo forzado como pena); 7 (condiciones para la detención preventiva); y 9 (principio de legalidad y no retroactividad de la ley penal). En la esfera penal también se aplica el derecho a un recurso rápido que prevé el citado Artículo 25 de la Convención Americana. Ese detallado catálogo de garantías es ley vigente en todos nuestros países, ya sea a través de la incorporación del tratado al derecho interno, o bien por la vigencia de normas constitucionales o legales de contenido similar. Si en algunos países algunas de esas normas se aplican deficientemente, ello afectará tanto a los inmigrantes como a los nacionales.

La Relatoría considera necesario que en la esfera penal se discuta la conveniencia de establecer algunas medidas que aseguren el derecho de los inmigrantes, cualquiera sea su estatus, a un juicio justo, atendiendo a la particular vulnerabilidad de quienes enfrentan un procedimiento penal en un país extraño. En primer lugar, es preciso asegurar que el acusado entienda los cargos que se le formulan y el contenido exacto de

los derechos procesales que tiene a su disposición. Para ello es importante asegurar la traducción y explicación de conceptos jurídicos en un idioma que el acusado entienda, a costa del Estado.

Otro aspecto en materia penal, es la existencia de mecanismos de derecho interno para asegurar un acceso consular oportuno y facilitar la asistencia que los funcionarios consulares de su país estén en condiciones de brindar. Este principio está claramente explicitado, como obligación internacional de los Estados, en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que ha sido ratificada por muchos de nuestros países. De cualquier modo, existe un amplio acuerdo sobre el carácter de derecho internacional consuetudinario de esta norma sobre relaciones consulares. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ratificado en la Opinión Consultiva OC-16, que esta regla comporta un derecho subjetivo del que es titular todo extranjero sometido a proceso, y que la falta de cumplimiento vicia de nulidad el procedimiento penal respectivo, por violación de los principios del debido proceso de ley.

De igual forma, es importante destacar las condiciones de detención de los trabajadores migratorios y sus familias. A los Estados les cabe la responsabilidad de garantizar que los extranjeros detenidos, sobre todo aquellos retenidos por razones administrativas, no sean expuestos a condiciones que atenten contra sus derechos fundamentales y puedan poner en riesgo su integridad física o su vida. Esta previsión también aparece en el Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, aprobado por Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1988.

Asimismo, para aquellos trámites o procesos de índole no penal a que pueda verse sometido un trabajador migratorio, debe regir también un cierto *quantum* de debido proceso. Ciertamente, ello no significa que las mismas garantías que son indispensables en un proceso penal deban aplicarse, por ejemplo, a la determinación de sanciones por infracciones de tránsito. Sin embargo, en todos los casos en que está en juego el goce efectivo de un derecho o un interés legítimo, las decisiones de la autoridad pública deben adoptarse sólo después de que el interesado sea debidamente escuchado por las autoridades. Ese *quantum* de debido proceso depende del resultado que se puede esperar del proceso mismo. En el derecho penal el acusado puede perder su libertad (y en algunos países y casos su vida) y por eso ahí las garantías son las máximas que el derecho

contemporáneo ha creado para evitar injusticias. A medida que se descien- de en el orden de importancia de los valores en juego, los contenidos del debido proceso legal pueden ser menores, en medidas compatibles con el principio general y también con la celeridad y eficacia de las decisiones de la autoridad. Este principio de debido proceso, con este grado de flexibi- lidad, se aplica no sólo en las decisiones jurisdiccionales sino también en las que adoptan las autoridades administrativas en la esfera de su compe- tencia. Estos enunciados son apenas el principio de que un mínimo de debido proceso es necesario aún en el ámbito del derecho administrativo, como lo estableció la Comisión Europea de Derechos Humanos en el Caso Hortolomei v. Austria (abril de 1998, p. 38).

Es en el análisis de las determinaciones del estatus de los inmigrantes y de las medidas de exclusión, deportación o expulsión que aplican las autoridades de un Estado del hemisferio, en ejecución de su política migratoria, donde al debido proceso aplicable adquiere una gran rele- vancia. Ello es así porque hemos observado una gran diversidad de prác- ticas y de desarrollos normativos en este aspecto. Aunque no nos parece necesario promover procedimientos y reglamentaciones uniformes, sí creemos importante comenzar un diálogo sobre las normas mínimas que el derecho internacional impone en esta materia.

El derecho internacional de los derechos humanos no limita las attri- buciones soberanas de los Estados a determinar su política migratoria ni a controlar sus fronteras, incluyendo el control de flujos de personas. A este respecto, las únicas limitaciones jurídicas se refieren a lo siguiente:

1. Los Estados no están en libertad de impedir la salida, el ingreso o la permanencia en su territorio de sus propios ciudadanos. En este sentido, la práctica de exigir visas de salida a los ciudadanos, más allá de la exigencia de obtener un pasaporte o, en el caso de los menores, las debidas autorizaciones de los padres, constituye una violación al derecho de libre tránsito y residencia consagrado en el Artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este punto es preciso estudiar cuidadosamente el problema de la deportación de facto de ciudadanos de un país, especialmente de menores de edad, cuando se produce la deporta- ción o expulsión de sus padres no nacionales. La CIDH otorgó medi- das cautelares el 25 de abril de 2003, a favor de Enrique Medrano,

Juan Berrío y las niñas Sandy Juliet Martínez Copete, Yoinis Gutiérrez Mena, Sandra Gutiérrez Mena y Yesenia Berrío Mena, en un caso en que las menores fueron separadas de sus padres durante un procedimiento de repatriación en la frontera de Panamá y Colombia. Medidas que fueron atendidas favorablemente por el Estado panameño (Medida Cautelares otorgadas por la CIDH durante el año 2003. Capítulo 3 C.1)

2. Los Estados no pueden devolver a un extranjero a un país respecto del cual tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas (Convención de 1951 sobre el Estatus de Refugiados y Protocolo Adicional de 1967). Esta regla, llamada de no devolución, ha adquirido estatus de derecho internacional consuetudinario y aún de norma imperativa (*jus cogens*). Tiene también su correlato en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (Artículo 3) y en la Convención Interamericana contra la Tortura (Artículo 13), en el sentido de que ambos tratados prohíben deportar a una persona a un territorio en el que podría ser torturado. En nuestro hemisferio y también fuera de él, el principio de *non refoulement* se ha extendido gradualmente para incluir a aquellas personas que huyen de situaciones generalizadas de violencia política o de guerra interna (Declaración de Cartagena de 1984, Declaración de San José de 1994). Naturalmente, el derecho de los refugiados y de asilo es materia distinta de la del mandato de esta Relatoría, aunque sus puntos de contacto son insoslayables. La razón de incluir aquí una referencia a las obligaciones internacionales en materia de asilo y refugio es que, a nuestro juicio, los principios arriba enunciados tienen un correlato directamente relacionado con el debido proceso en los procedimientos de exclusión y deportación: los Estados están obligados por lo menos a ofrecer una oportunidad razonable a las personas para que demuestren su condición de refugiadas o para formular una petición de asilo. En tal sentido la CIDH aprobó el Informe de Admisibilidad N° 6/02, Petición 12.071, relacionado con 120 ciudadanos cubanos y 8 ciudadanos haitianos detenidos en las Bahamas (Bahamas, febrero 27 de 2002).

3. En su política migratoria los Estados no pueden discriminar por razones de raza, color, religión, origen nacional o social, opinión

política o de otra índole, idioma, estatus económico, nacimiento, sexo o género o preferencia sexual, u otra condición social (Artículo 1(1), Convención Americana sobre Derechos Humanos). Este principio de igualdad y no discriminación está consagrado en el Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el 24 de la Convención Americana. La preferencia sexual, como categoría prohibida para estos fines, se entiende comprendida en la noción de sexo, según el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Caso Toonen vs. Australia, communication 488/1992, Internacional Human Rights Report 1997). El principio se aplica al goce y ejercicio de todos los derechos consagrados en los instrumentos internacionales, y a todos los beneficios de la política social de un Estado (Artículo 2(2), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). A juicio de esta Relatoría, no existe razón alguna que permita exceptuar a la política migratoria de la aplicación del principio de no discriminación. Es sin embargo obvio que en materia de política migratoria discriminar entre ciudadanos y extranjeros, y entre extranjeros con estatus regular y sin él, es permisible. La CIDH sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una demanda contra el Estado de la República Dominicana por el caso de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosica, discriminadas por razón de su nacionalidad en los trámites migratorios y que está pendiente de sentencia (Informe de Admisibilidad N° 28/01, Caso 12.819, Dilcia Yean y Violeta Bosica, República Dominicana, 22 de febrero de 2001).

4. Los extranjeros que se encuentran legalmente en un territorio sólo pueden ser expulsados o deportados mediante decisión alcanzada conforme a la ley (Artículo 22, inciso 6, Convención Americana). Eso significa que los Estados deben legislar las atribuciones de deportación, y que las decisiones así tomadas forman parte de la actividad reglada de la administración pública y no de su esfera discrecional. Además, el sentido de “ley” en este artículo no se refiere sólo al aspecto formal de un acto del Poder Legislativo, sino que además, en sentido material, ese acto debe tener un contenido conforme a las normas constitucionales y al Estado de Derecho, incluyendo conformidad con las obligaciones emanadas de tratados internacionales. En tal sentido, la CIDH aprobó el Informe 49/99,

el 13 de abril de 1999 (Caso 1.61 Loren Latote, Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, contra el Estado de México), 5. Por último, los instrumentos internacionales contienen una clara prohibición que es directamente aplicable a nuestra materia: las deportaciones colectivas son contrarias al derecho internacional (Artículo 22, inciso 9, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Aunque este término no está explicado, no existe un número mágico en el cual las deportaciones individuales, por su cantidad, se convierten en colectivas. La deportación colectiva es aquella que se hace sin hacer determinaciones individuales sino grupales, aunque en cada caso el grupo al que se aplique pueda no ser demasiado numeroso. Sería un contrasentido que un Estado pudiera burlar la prohibición de deportar un alto número de personas en un solo acto, repitiendo simplemente muchas veces la expulsión de varias decenas de personas a la vez, y así alcanzar el mismo número de expulsiones a lo largo de un período más o menos corto. En consecuencia, los Estados están obligados a hacer determinaciones individuales sobre expulsión o deportación en cada caso (Informe de Admisibilidad N° 6/02, Petición 12.071, 120 ciudadanos cubanos y 8 ciudadanos haitianos detenidos en las Bahamas, febrero 27 de 2002).

Entonces, la política migratoria está condicionada sólo al respeto general de los derechos humanos y, dentro de éstos, a las garantías del debido proceso.

Sobre el *quantum* de garantías y su relación con el valor o derecho en juego en cada caso, lo que los trabajadores migratorios y sus familias arriesgan en procesos de exclusión o deportación es mucho. No es ciertamente igual a la libertad personal y la posibilidad de perderla por varios años, que es lo que está en juego en el proceso penal. Por ello no postulamos que en la deportación o exclusión se apliquen todas las garantías de un juicio justo en materia penal. Sin embargo, la determinación de estatus del trabajador migratorio tiene consecuencias en términos de sus posibilidades de sobrevivir, de trabajar en condiciones dignas, y de alimentar y educar a su familia. Se afecta también su derecho a la vida familiar y a la protección especial de sus hijos menores. En algunos casos el procedimiento puede tener efectos sobre su libertad personal mientras dura el trámite de deportación. Por ello, el valor en juego en estos trámites es similar al de la libertad, o por lo menos más cercano a

ella que lo que puede verse afectado por el resultado de otros procedimientos administrativos o judiciales. En consecuencia, el proceso que es debido debe satisfacer un piso mínimo bastante completo de garantías.

En las observaciones hechas por la Relatoría sobre las prácticas llevadas a cabo en el hemisferio, se ha constatado en muchos casos la ausencia de normas claras sobre tales garantías. Asimismo, que entre los países existe una gran discrepancia sobre esta importante materia. Nos permitimos sugerir la necesidad de un debate sobre las normas mínimas del debido proceso aplicables a la determinación de estatus, exclusiones y deportaciones. Aunque no haya llegado aún el momento de proponer instrumentos al respecto —precisamente porque ello debe estar precedido de un debate riguroso entre los Estados, organismos de la sociedad civil, académicos y órganos de protección internacional—, adelantamos nuestra intención de contribuir al desarrollo de un instrumento como éste en el momento oportuno. Por ahora, y con el objetivo de generar el debate, ofrecemos las siguientes consideraciones.

a) *Adjudicador responsable e imparcial.* Las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios policiales o administrativos no especializados. El funcionario que toma esas determinaciones debe ser responsable ante la ley, ante sus superiores jerárquicos, y ante organismos de control horizontal, por la legalidad de las mismas. Su nombramiento y ubicación en la estructura administrativa del Estado deben estar rodeados de garantías de imparcialidad y “blindados” contra posibles presiones e influencias. Nótese que no postulamos que estas decisiones deban ser tomadas exclusivamente por los jueces. A nuestro juicio, es compatible con el derecho internacional de los derechos humanos que estas decisiones se confíen a funcionarios administrativos. En ese caso, sin embargo, tales funcionarios deben reunir las características de imparcialidad y responsabilidad mencionadas.

b) *Derecho a ser oído.* En estos procedimientos el trabajador migratorio debe tener y gozar efectivamente del derecho a ser escuchado, para alegar lo que estime correspondiente y así defender su derecho a no ser deportado. Este derecho a una audiencia debe extenderse a su capacidad para conocer y contradecir la prueba que se ofrezca en su contra, y para ofrecer y producir pruebas pertinentes, así como la oportunidad razonable para hacerlo.

c) *Información, traducción e interpretación.* Debe garantizarse que el inmigrante, cualquiera que sea su estatus, entienda el procedimiento al que está sujeto, incluidos los derechos procesales que le asisten. A tal fin, de ser necesario, deben ofrecerse servicios de traducción e interpretación en el idioma que la persona entienda.

d) *Representación legal.* Debe garantizarse a la persona presuntamente deportable la posibilidad de ser representado por un abogado de su elección, o bien de personas idóneas en la materia. Tal vez no sea exigible que el Estado provea una defensa profesional gratuita, como en materia penal, pero al menos debiera ofrecerse representación gratuita a los indigentes. Asimismo, la información mencionada en el punto anterior debe incluir, para todos los interesados, alguna forma de asesoría especializada sobre los derechos que asisten al inmigrante.

e) *Revisión judicial.* Como se ha dicho, es lícito que estas decisiones se adopten en la esfera administrativa. Pero en todos los casos debe haber posibilidad de revisión judicial de las decisiones, ya sea por vía de recursos en lo contencioso-administrativo o por vía de amparo o *habeas corpus*. No postulamos que cada decisión administrativa de deportación deba ser examinada de nuevo por la justicia, pero sí que los jueces deben reservarse un mínimo de control de legalidad y de razonabilidad de las decisiones del poder administrador, para satisfacer el deber de garantía del Artículo 1.1 y el derecho a un recurso rápido y eficaz previsto en el Artículo 25 de la Convención Americana.

f) *Acceso a autoridades consulares.* Como se ha indicado, nos parece fundamental que se tomen todas las acciones tendientes a garantizar el acceso consular oportuno, sobre todo a quienes se encuentran detenidos. Dicho acceso debiera hacerse de acuerdo con las cláusulas específicas establecidas por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

g) *Condiciones de detención apropiadas.* Debe garantizarse que las personas detenidas reciban un trato humano y que las condiciones de su detención no pongan en riesgo su salud o su vida. Las condiciones de detención deben satisfacer los estándares mínimos fijados por las normas internacionales como la Convención Contra la Tortura y Trato Cruel, Inhumano o Degradante, y los Acuerdos

de Naciones Unidas sobre Condiciones Mínimas para el Tratamiento de Prisioneros, entre otros instrumentos.

Estas garantías del debido proceso que se han revisado, resguardan los derechos de los trabajadores migratorios sometidos a procedimientos judiciales en países de destino y tránsito. En los países del hemisferio los trabajadores migratorios se encuentran sometidos a diversos procedimientos judiciales o administrativos en materia civil y penal. Los Estados deben proveer las garantías necesarias para asegurar que los procedimientos judiciales y administrativos sean justos. En ese sentido, se sugirieron reglas del debido proceso que, unidas a la vigencia efectiva de las obligaciones internacionales antes mencionadas, contribuirían enormemente a dar certeza y seguridad jurídica a las decisiones en materia de deportación, así como a asegurar un mínimo de legalidad y justicia aplicable en todo el hemisferio. Es importante subrayar, sin embargo, que las reglas sugeridas no constituyen una lista cerrada ni excluyente de otros principios, las ofrecemos como base para una discusión más amplia.

III. LA CIDH, LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y LOS MIEMBROS DE SUS FAMILIAS Y EL PROGRAMA INTERAMERICANO PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES

Como parte de su trabajo general de promoción, la Relatoría ha exhortado a los Estados de la OEA a que ratifiquen la Convención Internacional. Al mismo tiempo en sus labores de capacitación tanto a funcionarios públicos como a organizaciones de la sociedad civil y a organizaciones de migrantes, para ahondar su entendimiento, la Relatoría ha dedicado tiempo a explicar la naturaleza y características de la Convención. Una de las labores más importantes en este sentido ha sido la promoción de algunos de los contenidos de la Convención en la negociación del Programa Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes.¹

¹ El Programa Interamericano está incluido en el disco compacto que contiene los Anexos de esta publicación [nota del editor].

Este programa es una iniciativa emanada del Proceso de Cumbres de los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas. En el Plan de Acción de Québec se acordó: “Establece[r] un programa interamericano, en el marco de la OEA, para la promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes, incluyendo los trabajadores migratorios y sus familias, tomando en cuenta las actividades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y apoyando la labor encomendada al Relator Especial sobre Trabajadores Migrantes de la CIDH y de la Relatora Especial para las Migraciones de Naciones Unidas”. Esa iniciativa fue posteriormente respaldada por la Resolución 1898 (XXXII-0/02) de la Asamblea General de la OEA, efectuada en Barbados en junio de 2002, en la que se encomendó al Consejo Permanente de la OEA continuar desarrollando el Programa de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes, con la asistencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), con el objetivo de hacer operativo el mandato de las cumbres.

El objetivo I) del programa es promover y apoyar el desarrollo de políticas públicas, la legislación y prácticas dirigidas a proteger y garantizar los derechos humanos de los migrantes. Este es un objetivo ambicioso, ya que conlleva la definición de objetivos, medios y fines en el ejercicio de una función pública o el cumplimiento de un deber de la administración pública. Es preciso tener en cuenta que una política pública debe traducirse en el diseño de instituciones y procedimientos acordes con los objetivos, medios y fines determinados, a partir de un marco constitucional y legislativo acorde con el derecho internacional de derechos humanos.

El tema del acceso a la justicia y el debido proceso forma parte relevante del Programa Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes. Dentro de los objetivos específicos del programa se estableció:

- Protección de los derechos de los migrantes y sus familias que se encuentren sujetos a procedimientos migratorios, de acuerdo con el orden jurídico interno de cada Estado y el derecho internacional de los derechos humanos aplicable, incluyendo los derechos de acceso a la justicia, la protección contra la detención arbitraria, el debido proceso y la igualdad ante la ley.

- Información, notificación, comunicación y asistencia consular de acuerdo con las obligaciones de los Estados parte de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.

De igual forma, dentro del capítulo de Actividades Específicas se consignó, en cuanto a la CIDH:

- Ofrecer capacitación en torno a las garantías del debido proceso en los procedimientos migratorios y en la utilización del sistema interamericano de derechos humanos a las organizaciones que ofrecen programas de asistencia jurídica gratuita a los migrantes y sus familias.
- Ofrecer capacitación a funcionarios públicos de los países emisores, de tránsito y receptores, sobre la protección consular a los migrantes, de acuerdo con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, tomando en cuenta la información, notificación, comunicación y la asistencia consular a los migrantes.

En cuanto a los Estados miembros de la OEA:

- Revisar su legislación con el propósito de que sea consistente con sus obligaciones de respetar los derechos humanos de los migrantes, establecidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y migración de los que sean parte—incluyendo los instrumentos relativos a la protección de los trabajadores migrantes—, reconociendo el derecho soberano de los Estados para regular el ingreso y la permanencia de los extranjeros en su territorio.
- Capacitar a los funcionarios públicos que desempeñan funciones relacionadas con la migración sobre el marco jurídico migratorio, la protección de los derechos humanos de los migrantes y sus familias, las condiciones de vulnerabilidad de los migrantes y sus familias, la identificación y protección de refugiados y potenciales solicitantes de asilo, la forma en que operan las redes de tráfico ilícito de migrantes y de trata de personas, y la identificación y asistencia a las víctimas.
- Fomentar políticas y acciones que garanticen la aplicación de normas del debido proceso en los procedimientos migratorios.

- Fomentar y facilitar políticas públicas, legislaciones y prácticas dirigidas a proteger los derechos de los migrantes y sus familias que se encuentren sujetos a procedimientos migratorios, de acuerdo con el orden jurídico interno de cada Estado y el derecho internacional de los derechos humanos aplicable, incluyendo los derechos de acceso a la justicia, la protección contra la detención arbitraria, el debido proceso y la igualdad ante la ley.
- Promover la protección consular de acuerdo con las obligaciones de los Estados Parte de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, tomando en cuenta la información, la notificación, la comunicación y la asistencia consular a los migrantes, y suscribir e implementar acuerdos de cooperación entre los Estados en esta materia, por ejemplo a partir de redes de funcionarios de enlace.
- Proveer mecanismos adecuados para los procesos de denuncia y queja presentados por los migrantes y las organizaciones de la sociedad civil, por violencia y presuntas violaciones de los derechos humanos, sin perjuicio del derecho a acceder a los mecanismos de protección aplicables de los sistemas interamericano y universal.

En cuanto a otros actores:

- Promover la revisión y actualización de las legislaciones nacionales en materia migratoria y de derechos laborales, conforme a los instrumentos internacionales aplicables de derechos humanos y migración.
- Ofrecer asistencia a los migrantes privados de libertad y monitorear las condiciones de detención de éstos.
- Ofrecer asistencia jurídica a los migrantes, y sus familias, que se encuentren sujetos a procedimientos migratorios, enfatizando el respeto a las garantías del debido proceso.

En cuanto al Instituto Interamericano de Derechos Humanos:

- Ofrecer capacitación a jueces, funcionarios públicos que intervienen en los procedimientos migratorios, defensores públicos y fiscales, sobre los instrumentos jurídicos internacionales, así como sobre el marco jurídico nacional existente para proteger los derechos humanos de los migrantes, en particular en materia de garantías judiciales.

- Ofrecer capacitación en torno a las garantías del debido proceso en los procedimientos migratorios y en la utilización del sistema interamericano de derechos humanos, dirigida a las organizaciones que ofrecen programas de asistencia jurídica gratuita a los migrantes.

Tras un largo y arduo proceso de negociación y de trabajo iniciado en el 2001, en el que la CIDH participó activamente, finalmente un programa fue concertado por un Grupo de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA, encabezado por Argentina, en el que trabajaron numerosas delegaciones, entre ellas la de México.

Durante el trigésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General de la OEA, llevado a cabo del 5 al 7 de junio de 2005 en Fort Lauderdale Florida, Estados Unidos, en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2005, se aprobó la Resolución AG/RES. 2130(XXXV-0/05) sobre los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias.²

Dicha resolución tuvo en cuenta el Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en particular el capítulo relativo a la situación de los trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, y consideró entre otros aspectos: la entrada en vigor de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, el 1º de julio de 2003; la instalación e inicio de los trabajos del Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; así como la entrada en vigor del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, el 28 de enero de 2004; la Opinión Consultiva OC-16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relacionada con el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular, en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal; la Opinión Consultiva OC-18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, emitida el 17 de septiembre de 2003; y el fallo de la Corte Internacional de Justicia, de 31 de marzo de 2004, en el caso Avena y otros nacionales mexicanos. En la parte resolutive entre otros puntos resolvió:

² La Resolución AG/RES. 2130 está incluida en el disco compacto que contiene los Anexos de esta publicación [nota del editor].

- Acoger con beneplácito la entrada en vigor de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias y, en ese sentido, exhortar a los Estados Miembros a que consideren la firma y ratificación, según sea el caso, de ese instrumento.
- Encomendar al Consejo Permanente que continúe apoyando los trabajos de la CIDH sobre esta materia y que tenga en cuenta los esfuerzos de otros organismos internacionales en favor de los trabajadores migratorios y de sus familias, con miras a mejorar su situación en el hemisferio, en particular, en lo que fuere apropiado, en los trabajos de la Relatoría Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, así como los de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).
- Instruir a los órganos, organismos y entidades pertinentes de la organización para que apoyen la ejecución y, cuando sea el caso, implementen el “Programa Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes, incluyendo los Trabajadores Migrantes y sus Familias”.
- Instar a los Estados miembros a que consideren la posibilidad de invitar al Relator Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, para que visite sus países con el fin de que pueda desempeñar con eficacia su mandato.

Como se ha podido apreciar en esta presentación, el trabajo de la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, de la CIDH, es parte de los esfuerzos de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en favor de los trabajadores migrantes y sus familias, junto con el *plus* de protección de otros instrumentos y mecanismos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, como es la Convención Internacional de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y los Miembros de sus Familias, de Naciones Unidas, que nos corresponde difundir y promocionar entre los Estados de la región y las sociedades de los mismos, las que en muchas ocasiones olvidan que en sus orígenes tuvieron importantes aportes culturales, económicos y étnicos por parte de la migración.