



COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Organización de los Estados Americanos

OEA/Ser./L/V/II.111
doc. 20 rev.
16 abril 2001
Original: Español

INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 2000

CAPÍTULO V. ESTUDIOS ESPECIALES

SEGUNDO INFORME DE PROGRESO DE LA RELATORIA SOBRE TRABAJADORES MIGRATORIOS Y MIEMBROS DE SUS FAMILIAS

VI. GARANTÍAS DE DEBIDO PROCESO

88. 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 uniformes.

89. Conviene empezar por recordar que el derecho internacional de los derechos humanos consagra normas mínimas de debido proceso aplicables a toda situación en que se determinan 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 contempla 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.

90. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 8 y 25 son los que tradicionalmente se asocian con una doctrina en desarrollo sobre garantías judiciales y protección judicial de los derechos humanos. En sus propios términos, estos dos 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, estas normas constituyen un *piso* mínimo de debido proceso al que tienen derecho todos los inmigrantes cualquiera sea su situación.

91. Por cierto, 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). Por cierto, también se aplica a la esfera penal el derecho a un recurso rápido que prevé el ya citado artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este catálogo detallado 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 algunas de estas normas se aplican deficientemente en algunos países, ello afecta tanto a inmigrantes como a nacionales.

92. En la esfera penal, la Relatoría sugiere que se discuta la conveniencia de algunas medidas que asegurarían el derecho de los inmigrantes, cualquiera sea su estatus, a un juicio justo, atendiendo a la particular vulnerabilidad de quien enfrenta 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 a un idioma que el acusado entienda, a costa del Estado.

93. Nuestra segunda sugerencia en materia penal, es que se dispongan mecanismos de derecho interno para asegurar el acceso consular oportuno y facilitar la asistencia que los funcionarios consulares de su país estén en condiciones de brindarle. Este principio está claramente explicitado como obligación internacional de los Estados en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares,⁷² ratificada por muchos de nuestros países. De todos modos, hay 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 importa 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.

94. Otro aspecto importante se refiere a las condiciones de detención de los trabajadores migratorios y sus familias. No elaboraremos demasiado respecto a este punto, ya que lo abordamos en la siguiente sección de este informe. Sin embargo, para introducir el tema, queremos subrayar la responsabilidad que le cabe a los Estados de garantizar que extranjeros detenidos, sobre todo aquellos retenidos por razones administrativas, no sean expuestos a condiciones que atentan contra sus derechos fundamentales y pueden poner en riesgo su integridad física o su vida.

95. En todo trámite o procedimiento 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 los 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

⁷² Firmada en Viena el 24 de abril de 1963.

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 allí las garantías son las máximas que el derecho contemporáneo ha creado para evitar injusticias. A medida que se desciende 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 flexibilidad, se aplica no sólo a las decisiones jurisdiccionales sino también a las que adoptan las autoridades administrativas en la esfera de su competencia. Desde luego, sería imposible en este informe elaborar un catálogo de garantías procesales a ser aplicadas en cada contexto judicial o administrativo. Por ello, nos limitamos sólo a dejar enunciado 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.⁷³

96. En cambio, nos parece necesario detenernos en el análisis del debido proceso aplicable a las determinaciones de estatus de los inmigrantes y a las medidas de exclusión, deportación o expulsión que apliquen las autoridades de un Estado del hemisferio en ejecución de su política migratoria. Ello así porque hemos observado una gran diversidad de prácticas 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 impone el derecho internacional en esta materia.

97. Comenzamos por reiterar que el derecho internacional de los derechos humanos no limita las atribuciones 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 menores de edad, cuando se produce la deportación o expulsión de sus padres no nacionales. Se trata de un problema que ha sido tratado en el derecho interno de algunos de nuestros países pero no, hasta donde sabemos, en la jurisprudencia de órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Nos limitamos aquí a exponer el problema, sin ofrecer todavía una opinión definitiva sobre cómo debe solucionarse. Sin embargo, nos parece apropiado sugerir que se lleve a cabo un estudio riguroso del tema.

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 *non-refoulement*, ha adquirido estatus de derecho internacional consuetudinario y aún de norma imperativa (*jus cogens*). Tiene también su correlato en la Convención de Naciones

⁷³ Véase, European Commission on Human Rights, Hortolomei v. Austria, April 1998. Pa. 38.

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 donde 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 corolario 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 refugiado o para formular una petición de asilo. En este sentido, preocupan a esta Relatoría las prácticas restrictivas en materia de interdicción en altamar y también legislación reciente en algunos Estados receptores tendiente a limitar severamente la oportunidad en que se puede peticionar el asilo.

3. Los Estados no pueden discriminar en su política migratoria 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).⁷⁴ 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 (conf. Artículo 2(2), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). A juicio de esta Relatoría, no hay 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.

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 sobre Derechos Humanos). Esto 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.

5. Por último, los instrumentos internacionales contienen una clara prohibición que es directamente aplicable a nuestra materia: son contrarias al derecho internacional las deportaciones colectivas (artículo 22, inciso 9, Convención Americana sobre Derechos

⁷⁴ Communication 488/1992. *International Human Rights Report* 1997.

Humanos). Aunque este término no está explicado, nos parece que no hay un número mágico en el cual las deportaciones individuales, por su cantidad, se convierten en colectivas. En cambio, pensamos que la deportación colectiva es aquella que se hace sin hacer determinaciones individuales sino grupales, aunque en cada caso el grupo al que se aplican 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, simplemente repitiendo muchas veces la expulsión de varias decenas de personas a la vez, y así alcanzando 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.

98. En concreto, más allá de estas normas positivas, la política migratoria está sólo condicionada al respeto general de los derechos humanos y, dentro de éstos, a las garantías del debido proceso. Retomamos aquí nuestro análisis sobre el *quantum* de garantías y su relación con el valor o derecho en juego en cada caso, para expresar nuestro parecer que lo que arriesgan los trabajadores migratorios y sus familias 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 para su posibilidad de sobrevivir, de trabajar en condiciones dignas, y de alimentar y educar a su familia. Se afectan 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 aun judiciales. En consecuencia, el proceso que es debido debe satisfacer un piso mínimo bastante completo de garantías.

99. En nuestra observación de las prácticas en el hemisferio, hemos constatado la ausencia en muchos casos de normas claras sobre tales garantías. Asimismo, que existe una gran discrepancia entre los países sobre esta importante materia. Nos permitimos, entonces, sugerir la necesidad de un debate sobre las normas mínimas de debido proceso aplicables a determinaciones de estatus y 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 Estados, organismos de la sociedad civil, académicos y órganos de protección internacional – adelantamos nuestra intención de contribuir al desarrollo de un instrumento tal en el momento oportuno. Por ahora, y a efectos de generar el debate que propiciamos, 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 estas 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 su 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 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 sea su status, 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 abogados de su elección, o bien de personas idóneas en la materia. Tal vez no sea exigible que el Estado provea 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 novo* 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 Art. 1.1 y el derecho a un recurso rápido y eficaz previsto en el Art. 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 de quienes se encuentran detenidos. Dicho acceso debiera hacerse de acuerdo a las cláusulas específicas establecidas por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

G. Condiciones de Detención Apropriadas. 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 normas internacionales como la Convención Contra la Tortura y Tratamiento o Castigo Cruel, Inhumano o Degradante,⁷⁵ y los Acuerdos de Naciones Unidas Sobre Condiciones Mínimas para el Tratamiento de Prisioneros,⁷⁶ entre otros instrumentos.

⁷⁵ Naciones Unidas, Resolución 39/46 de la Asamblea General, 1984.

⁷⁶ Naciones Unidas, Resolución 663C(XXIV) del Consejo Económico y Social, 1957.

100. En resumen, esta sección revisó de manera somera las garantías de debido proceso que resguardan los derechos de los trabajadores migratorios sometidos a procedimientos judiciales en países de destino y tránsito. Se señaló que en los países del hemisferio los trabajadores migratorios se encuentran sometidos a diversos procedimientos judiciales o administrativos en materia civil y penal. Asimismo, se enfatizó que los Estados deben proveer las garantías necesarias para asegurar que los procedimientos judiciales y administrativos sean justos. En este sentido, se sugirieron reglas de debido proceso que, unidas a la vigencia efectiva de las obligaciones internacionales mencionadas antes, 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. Por ahora, las ofrecemos como base para una discusión más amplia.