

DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN LAS AMÉRICAS: REALIDADES Y DESAFÍOS*

Mario López-Garelli**

Resumen: El presente artículo busca presentar información general sobre algunos de los componentes de la compleja situación que afecta a millones de personas migrantes en las Américas. En particular, se intentan explicar brevemente ciertos aspectos sociales, económicos y jurídicos de dicha realidad, con énfasis en las obligaciones de derechos humanos en el ámbito nacional e internacional. El artículo desarrolla algunos de los mecanismos principales de protección de derechos humanos en el sistema interamericano, y destaca las conclusiones de algunos informes generales y casos individuales relevantes de la Comisión y la Corte Interamericana. En definitiva, se intenta describir los mecanismos de protección disponibles a las personas migrantes, y definir su alcance y los desafíos pendientes.

Palabras Clave: Migración; Derechos Humanos; Mecanismos de Protección; Sistema Interamericano.

Abstract: *In this article, the author presents general information on some of the components of the complex reality affecting millions of migrants in the Americas. Specifically, it attempts to briefly explain certain social, economic and juridical aspects of such reality, with an emphasis on the national and international human rights obligations. The article develops some of the main human rights protection mechanisms in the inter-American system, and it highlights the findings of some relevant general and individual reports of the Inter-American Commission and Court. Ultimately, it is an effort to describe the mechanisms of protection available to migrants, and to define their scope and the pending challenges.*

Key Words: *Migration; Human Rights; Protection Mechanisms; Inter-American System.*

Sumario: I. Introducción. II. Situación de las Personas Migrantes en América Latina y el Caribe. III. Jurisprudencia del Sistema Interamericano. IV. Enfoque Temático: La Relatoría de la CIDH sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios. V. Consideraciones Finales.

* Las opiniones expresadas en este artículo son del autor y no representan necesariamente la posición de la CIDH.

** Abogado, Especialista Principal de la Comisión interamericana de Derechos Humanos. Mario López-Garelli, de nacionalidad paraguaya, es abogado y doctor en ciencias jurídicas. Trabaja en la CIDH desde 1995, y sus responsabilidades actuales incluyen la coordinación de la Sección Regional EFP de la CIDH (la cual abarca Brasil, Canadá, Estados Unidos, Haití, Suriname y los Estados miembros del caribe anglófono); de las actividades de la Relatoría de la CIDH sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias; y de las sesiones y audiencias de la Comisión Interamericana. Ha trabajado en casos y temas referidos a varios Estados miembros de la OEA y participado en varias visitas de investigación in loco, visitas de trabajo, y sesiones extraordinarias fuera de la sede. Antes de su incorporación a la Secretaría Ejecutiva de la CIDH fue Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional Paraguaya de Cooperación con la UNESCO, asesor jurídico de la Entidad Binacional ITAIPÚ y profesor de Derecho en la Universidad Nacional de Asunción. Correo Electrónico: mlopez@oas.org

I. Introducción

El movimiento de personas para encontrar un espacio que les permita desarrollarse tanto de manera individual como colectiva forma parte de la propia historia de la humanidad, aunque hoy en día época la migración se caracteriza por sus grandes cantidades, intensidad y efecto sobre las estructuras nacionales. El flujo continuo de personas ha sido el factor determinante no solamente en el desarrollo y el progreso económico, sino también en el intercambio de ideas, tradiciones y costumbres, avances tecnológicos y expresiones artísticas.

Los flujos migratorios tienen innumerables y complejos motivos relacionados entre sí, aunque probablemente el principal sea la pobreza y la diferencia de oportunidades y grado de desarrollo entre los distintos países. Hay un número cada vez mayor de países que están aplicando iniciativas innovadoras, tales como la transferencia de remesas colectivas para apoyar proyectos de desarrollo específicos, para movilizar el apoyo de los migrantes connacionales en el extranjero y para llevar adelante estrategias de combate contra la pobreza. Desde luego, el presupuesto básico para hacer posible la contribución de los migrantes internacionales es la garantía de sus derechos humanos, específicamente la protección contra la discriminación o xenofobia.

En el más reciente Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Migración Internacional y Desarrollo se estima en 214 millones el número de personas migrantes internacionales en 2010, en comparación con 195 millones en 2005.¹ El 49% de estas personas son mujeres. Dicho informe indica igualmente que el número de migrantes internacionales en los países en desarrollo aumentó de 4 millones entre 2000 y 2005 a 8 millones entre 2005 y 2010. La mayor parte de ese aumento puede atribuirse al número creciente de refugiados, que aumentó en 2,7 millones entre 2005 y 2010. En 2010, se estima que hay 86 millones de migrantes internacionales en los países en desarrollo, incluidos 14 millones de personas refugiadas.

II. Situación de las Personas Migrantes en América Latina y el Caribe

El fenómeno migratorio en América Latina y el Caribe se caracteriza principalmente por factores económicos, aunque igualmente se observan motivos demográficos, políticos e incluso relacionados con el medio ambiente. Durante los últimos años, prácticamente todos los países de la región se han transformado en países de origen, tránsito y destino de migrantes. A pesar de la gran importancia asignada al análisis del flujo de capitales y bienes, el crecimiento económico y el desarrollo humano, los Estados miembros de la OEA aún no han logrado establecer la infraestructura institucional requerida para regular adecuadamente el flujo migratorio y, lo que es más importante, para proteger a los trabajadores migratorios de abusos y violaciones de derechos humanos.

a. Tendencias Migratorias en el Hemisferio

El destino principal de las personas migrantes durante cientos de años ha sido el hemisferio occidental. Prácticamente cada uno de los países de las Américas fue un lugar de destino para migrantes de todas las regiones del mundo, lo que se ha acentuado en las décadas recientes con los

¹ Naciones Unidas, Informe del Secretario General sobre Migración Internacional y Desarrollo, 29 de octubre de 2010.

procesos de integración política. Actualmente se estima que una de cada 20 personas de América Latina y el Caribe vive fuera del país de su nacimiento, un porcentaje mayor que el de cualquier otra región en desarrollo. Aproximadamente el 83 por ciento de estas personas permanece en países de las Américas, cuyos destinos principales son Estados Unidos y Canadá. La inmigración regular y permanente de países de América Latina y el Caribe a Estados Unidos ha pasado de 207 mil a 470 mil entre 1986 y 2008. Los flujos migratorios de carácter regulado y permanente a Canadá también han crecido en un periodo similar, aunque en menor proporción, de unos 22 mil en 1986 a casi 26 mil en 2007. Estas cifras no incluyen los flujos de personas que transitan de manera indocumentada y temporal.

La migración de personas de nacionalidad haitiana con destino a la República Dominicana constituye igualmente un fenómeno en constante crecimiento, principalmente por razones económicas y debido a la inestabilidad política en Haití, pero desde enero de 2010 también como consecuencia de la catástrofe humana ocasionada por el terremoto que tuvo su epicentro cerca de Puerto Príncipe. Otros flujos migratorios importantes son los que se realizan de Nicaragua a Costa Rica, de Paraguay y Bolivia a Argentina, de centroamericanos a México, de peruanos y argentinos a Chile, y en menor medida de hondureños y nicaragüenses a El Salvador. Por otra parte, en Brasil hay considerable movimiento interno de migrantes desde los estados más pobres del noreste con dirección a las regiones del sureste, donde se hallan las industrias y los mayores centros urbanos. En cuanto a la migración que se dirige fuera de la región, una nueva tendencia reciente es la migración desde Paraguay y los países andinos hacia España e Italia.

De acuerdo con un estudio realizado por la Universidad de California, se estimaba en 2005 que más de 27 millones de migrantes latinoamericanos y caribeños vivían fuera de sus países de origen². La migración dentro de la región se duplicó en la década de los 70 y luego se estabilizó durante los 90, hasta alcanzar un 60% del total de movimientos migratorios en 2000. El mismo estudio indica que el 86% de los más de 27 millones de migrantes de América Latina y el Caribe han migrado fuera de la región (migración Sur-Norte a los Estados Unidos) y que un 14% ha migrado dentro de la región. En cuanto a la composición de estos flujos, la migración intrarregional resulta cada vez más “feminizada”, mientras que la tendencia extrarregional ha variado a partir de los 90 para volverse predominantemente masculina.

b. La Crisis Económica y su Impacto Sobre las Migraciones

En las últimas décadas se ha vuelto cada vez mayor la interdependencia entre el capital y el mercado de bienes, servicios y trabajadores. Estos crecientes vínculos políticos y económicos han resultado en un crecimiento sin precedentes en las Américas, donde se ha registrado un aumento en las economías del orden del 3,4 por ciento entre 1990 y 2007. Sin embargo, la crisis económica que se inició a fines de 2007 detuvo de manera abrupta este crecimiento, con un impacto directo sobre los índices de desempleo.

El Banco Interamericano de Desarrollo ha publicado un informe reciente en el que se señala que durante 2009 los flujos de remesas que reciben los países de América Latina y el Caribe sufrieron una contracción debido a la crisis financiera global en los países en los que vive y trabaja la gran mayoría de los emisores de estos envíos³. La recesión económica en los países tradicionales de

² University of California, Davis, “Migration from Central and South America and the Caribbean to Mexico: Magnitude and Challenges”, Leticia M. Jáuregui Casanueva, Seminario Técnico sobre el Sistema de Reporte Continuo de Migración Laboral para las Américas – SICREMI, marzo de 2009, disponible en http://www.sedi.oas.org/ddse/documentos/mide/Memoria_PrimerSeminarioTecnico.pdf.

³ Banco Interamericano de Desarrollo, “Las remesas a América Latina y el Caribe durante el 2009: los efectos de la crisis financiera global”, René Maldonado con Natasha Bajuk y Gregory Watson, marzo de 2010.

recepción de los migrantes de la región, principalmente Estados Unidos, España y Japón, tuvo un fuerte impacto en el empleo y en los ingresos de los emisores de remesas. Como consecuencia, el valor anual acumulado de las remesas a América Latina y el Caribe se redujo sustancialmente a un monto de \$US 58.8 mil millones a fines de 2009.

El informe del BID señala que luego de un largo período en el que aumentó de forma sostenida el volumen de remesas a la región, 2009 fue el primer año en que se registró una tasa de crecimiento negativo. Entre 2002 y 2008, la tasa de crecimiento anual promedio alcanzó el 17%; desde mediados de 2006, sin embargo, se constata una desaceleración importante, hasta llegar a una tasa de crecimiento de sólo 1% en 2008. Esta reducción del crecimiento fue el resultado de la crisis financiera global, cuyo impacto se hizo sentir en las remesas a partir del último trimestre de ese año. Los efectos de la crisis se notaron con mayor impacto sobre los flujos de remesas, que cayeron durante el segundo y tercer trimestres del año a un -17%. Sin embargo, las tasas de caída menores respecto a las que se habían observado durante los meses anteriores, parecen indicar una posible estabilización de estos flujos.

A pesar de estas reducciones, el BID destaca que las remesas enviadas en 2009 representan más del 10% del PIB para 7 países de la región (Guatemala, Jamaica, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Haití y Guayana. Las remesas siguen representando una fuente de ingreso imprescindible para millones de familias en la región, que dependen de dichos recursos para la atención de sus gastos básicos. No se espera que las economías emisoras de remesas tengan crecimiento importante en el corto plazo, por lo que no es probable que los flujos de remesas aumenten.

Incluso en la presente coyuntura económica, las remesas siguen siendo una fuente importante de recursos para las economías receptoras. Por ello, mejorar la información disponible sobre este fenómeno se hace indispensable para garantizar una acertada toma de decisiones, tanto por parte de los gobiernos, instituciones internacionales y actores del sector privado, como de los consumidores. Continuar impulsando un mercado más eficiente, transparente y competitivo es fundamental para lograr mejoras en la eficiencia, eficacia y seguridad de estas transacciones, tan importantes para la supervivencia de millones de familias en toda la región, así como para el desarrollo y crecimiento de la economía de los países en que habitan.

El Informe del Secretario General de las Naciones Unidas dado a conocer a fines de octubre de 2010 se centra principalmente en los efectos de la crisis económica y financiera en la migración internacional. Uno de los efectos de la crisis ha sido la primera reducción de las remesas a los países de ingresos bajos y medios desde 1980. Tales remesas han bajado de \$336 mil millones de dólares en 2008 a un estimado de \$ 316 mil millones de dólares en 2009, lo que afecta principalmente a América Latina y el Caribe, Europa Oriental y Asia Central. El aumento del desempleo en los países más afectados por la crisis ha afectado desproporcionadamente a las personas migrantes internacionales. Se constata en el informe de Naciones Unidas que los hombres migrantes han sido especialmente vulnerables a los aumentos en el desempleo, mientras que ha aumentado la participación de mujeres migrantes en la fuerza de trabajo en varios países, debido en cierta medida a la necesidad de compensar las pérdidas de ingresos de los hombres en sus familias.

El Instituto de Políticas Migratorias de Washington D.C. señala que durante una crisis económica debe prestarse especial atención a la protección de ciertos derechos de las personas migrantes: la protección contra la expulsión, la protección durante el tránsito, y la protección de los derechos laborales y sociales de todos los trabajadores.⁴ A fin de que la protección resulte efectiva, mientras

⁴ Migration Policy Institute, International Migration, the Global Economic Crisis, and Human Rights in the Americas, Demetrios G. Papademetriou and Aaron Terrazas, Background Paper – Inter-Parliamentary Forum of the Americas, Working Group No. 3 – International Migration and Human Rights, Ottawa, Canada – September 13-15, 2009

las autoridades de los países de destino inician los programas y sancionan a los quienes violan los derechos, los países de origen deben informar a las personas migrantes de sus derechos fundamentales. Todos los gobiernos, en particular los de los países en desarrollo, encuentran grandes obstáculos para hacer cumplir sus leyes y reglamentos, por lo que resulta necesario dotar a las propias personas migrantes del conocimiento de la capacidad de protegerse a sí mismas, mediante campañas de educación y concientización que vayan más allá de las comunidades de migrantes.

c. Las Personas Migrantes y la Seguridad Ciudadana

La seguridad es uno de los derechos fundamentales inherentes a las personas migrantes, como a todo ser humano. En los últimos años, la Comisión Interamericana se ha enfocado en el análisis de la seguridad ciudadana y las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, y ha publicado un informe especial sobre la materia.

En su “Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos”, la CIDH ha entendido que los índices de violencia y criminalidad en el hemisferio han hecho de la seguridad ciudadana una de las principales demandas de la sociedad a sus autoridades.⁵ La situación resulta de un proceso de varias décadas que incluyen diversos factores sociales, económicos, culturales e institucionales y que se expresan por medio de las acciones del crimen organizado, la gran cantidad de armas de fuego en manos de particulares, el abuso de estupefacientes, la violencia contra las mujeres, niños, niñas y adolescentes; la violencia contra la población indígena y población afrodescendiente, conflictos en que participan movimientos sociales y comunitarios, y la violencia relacionadas con la delincuencia juvenil. Esta situación ha sido respondida en varios países de la región mediante políticas históricamente ineficaces: incrementar la presión punitiva; reducir las garantías procesales; o bajar la edad de imputabilidad para aplicar el derecho penal de adultos a los niños y niñas.

El referido informe de la Comisión Interamericana contiene varias recomendaciones específicas sobre modernización y profesionalización de las fuerzas de seguridad, incluidas las siguientes:

“Capacitar al personal policial para atender en forma eficaz y eficiente a personas que integran grupos especialmente vulnerables de la sociedad (como niños, niñas y adolescentes; mujeres; población indígena y afrodescendiente y migrantes);

*Generar las capacidades en materia de inteligencia policial (marco jurídico conforme a los estándares internacionales en materia de derechos humanos; personal capacitado; y equipamiento e infraestructura) para un adecuado trabajo de prevención de situaciones de violencia y criminalidad, en especial respecto a las formas de criminalidad organizada o compleja”.*⁶

En tal sentido, cabe mencionar que durante marzo de 2010 tuvo lugar una audiencia ante la CIDH respecto a la situación de los derechos humanos de los trabajadores migratorios víctimas de secuestro y extorsión mientras se hallan en tránsito por México. La gravedad de esta situación se puso de manifiesto pocos meses después en Tamaulipas, donde se perpetró una masacre de 72 migrantes que se hallaban en tránsito por dicho estado mexicano. Según la información de las propias autoridades mexicanas, basada en declaraciones de testigos sobrevivientes, la masacre

⁵ CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, 31 de diciembre de 2009.

⁶ Idem, Capítulo VII.B, Recomendaciones Específicas, párr. 9 (f) y (g), respectivamente.

fue cometida por una organización criminal que intentaba reclutarlos para cometer delitos, o extorsionarlos.

La Comisión Interamericana emitió un comunicado de prensa en que expresó su preocupación y condena enérgica por tales hechos y a la vez remitió una solicitud de información con base en el artículo 41 de la Convención Americana respecto a las medidas de investigación de los hechos, la identificación de las víctimas y notificación a sus familiares, y la protección de la integridad personal y la vida de los testigos. El Estado mexicano ha expresado su interés en colaborar con la Comisión Interamericana para el cumplimiento de su mandato de observación de esta situación, y se han iniciado comunicaciones para definir una visita a dicho país en los próximos meses. La Organización de Estados Americanos⁷ y otros órganos de derechos humanos, así como distintas organizaciones de la sociedad civil, expresaron su condena a estos hechos⁸.

Por otra parte, mediante su sistema de peticiones y casos individuales, la CIDH ha recibido denuncias respecto de actos de violencia contra inmigrantes en distintos Estados miembros de la OEA. Recientemente fue admitido un caso en el que la Red de Acción Fronteriza, una organización no gubernamental con sede en Arizona que defiende los derechos de los migrantes, imputa responsabilidad al Gobierno de Estados Unidos por presuntos actos de violencia e intimidación a mano de grupos de “vigilantes” anti-inmigrantes que operan principalmente a lo largo de la frontera entre dicho estado y México⁹. Los peticionarios citan 24 incidentes específicos en los que afirman que se cometieron por lo menos diez delitos estatales y federales, incluido el uso de armas de fuego para amenazar y detener a las presuntas víctimas contra su voluntad. Según los peticionarios, a menudo los vigilantes vestirían ropa similar a los uniformes oficiales de la Patrulla Fronteriza de los Estados Unidos lo que confundió a las presuntas víctimas con respecto a la verdadera identidad de aquellos y al hecho de que carecen de autoridad para arrestar a las personas. El caso se halla actualmente en la etapa de fondo.

III. Jurisprudencia del Sistema Interamericano

En un contexto de vulnerabilidad que afecta a los trabajadores migratorios y a los miembros de sus familias, los órganos internacionales de protección han definido de manera más precisa los

⁷ El Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Roberto Cuéllar, expresó que “ahora, más que nunca, la solidaridad es una condición imprescindible, tanto como imperativo es el cumplimiento de las obligaciones de no discriminación y la protección de sus derechos humanos...para quienes abandonan sus países en la búsqueda del derecho a la vida digna, esta obligación de proteger marcaría la diferencia entre la vida y la muerte, entre el sufrimiento y la seguridad humana fundada en los derechos de las personas inmigrantes en la región.” Mensaje del Director Ejecutivo del IIDH, a un mes de la matanza en Tamaulipas: “¿Cuántos asesinatos, ignominia y tratos inhumanos sufrirán las corrientes humanas migratorias para que se cumpla la opinión consultiva de la Corte IDH sobre los derechos de las personas migrantes indocumentadas?”, 27 de septiembre de 2010. Por su parte, el Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza, expresó que “este trágico episodio refleja la confluencia de dos fenómenos que afectan el desarrollo de América Latina y su sistema democrático: la acción del crimen organizado y la desprotección que viven tantos compatriotas latinos que emigran en busca de un futuro mejor”. Comunicado de Prensa C-306/10, Secretario General de la OEA condena masacre de 72 migrantes en México, 27 de agosto de 2010.

⁸ El Relator Especial de Naciones Unidas para las Migraciones, Jorge Bustamante que llamó al Gobierno de México a que ofreciera una explicación más amplia de los hechos, ya que la Comisión Nacional de Derechos Humanos de ese país había señalado la posible participación de policías en actos de secuestro de migrantes. <http://www.informador.com.mx/mexico/2010/247625/6/panorama-internacional-para-migrantes-empeora-asegura-relator-de-la-onu.htm>.

⁹ CIDH, Informe No. 78/09, Petición 478-05, Admisibilidad, Migrantes indocumentados, residentes legales y ciudadanos estadounidenses víctimas de vigilantes anti-inmigrante, Estados Unidos, 5 de agosto de 2009, disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/EEUU478-05.sp.1.htm>.

derechos fundamentales de los migrantes documentados e indocumentados en los países receptores, así como las obligaciones de éstos de garantizarles sus derechos básicos.

a. Derecho a Igual Protección y a No Ser Discriminado

Varios tratados e instrumentos internacionales, incluida la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de las Naciones Unidas sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias, consagran y garantizan el derecho a igual protección ante la ley y el derecho a no ser discriminado. Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”.¹⁰

El desarrollo del derecho internacional ha resultado en la consolidación de ciertos principios de derechos humanos con la categoría de *jus cogens*, es decir, que se trata de normas generales imperativas de derecho internacional que no pueden ser alteradas o suprimidas por otras leyes o tratados. Así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-18 de 2003 en la que analiza los derechos de los trabajadores indocumentados: “el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.”¹¹

Como consecuencia directa de la vigencia de estos principios de *jus cogens*, los Estados tienen un deber afirmativo de corregir toda situación de hecho o disposiciones legales vigentes bajo su jurisdicción territorial. Desde luego, ello no implica que los Estados no puedan realizar distinciones razonables y objetivas entre poblaciones diferentes, lo cual está permitido por el derecho internacional y forma parte también de la jurisprudencia de la CIDH y de la Corte Interamericana.

b. Derecho al Debido Proceso, a la Familia y a la Libertad Personal

La consecuencia lógica de los principios antes mencionados es que si un Estado falta a su deber de asegurar la igual protección de una persona, debe entonces garantizar a dicha persona el acceso a un debido proceso que le permita reclamar sus derechos fundamentales. Como lo ha afirmado la Corte Interamericana, “los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio”¹²

El debido proceso resulta esencial para determinar si un migrante indocumentado tiene un reclamo válido que le permite permanecer en el país receptor. Cabe recordar en tal sentido que el principio de *non-refoulement* aplicable a los migrantes que temen ser objeto de persecución si retornan a sus países de origen, está consagrado en varios instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Asimismo, hay un importante número de migrantes que tiene otro tipo de reclamos legítimos basados en cuestiones familiares, humanitarias o incluso en casos en que su propia ciudadanía les es negada erróneamente por el Estado.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984 “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, párr. 55.

¹¹ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, (Ser. A) No. 18 (2003), párr. 101.

¹² Idem, párr. 107.

La CIDH y la Corte Europea de Derechos Humanos han destacado que el derecho internacional requiere la consideración del mejor interés de los hijos del deportado en cualquier procedimiento de expulsión. La Corte Europea ha sostenido en varias decisiones que *“el mejor interés y bienestar de los niños de un no ciudadano debe ser tomado en consideración en un procedimiento de expulsión”*.¹³

En forma similar, en su informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, la CIDH afirmó que *“teniendo en cuenta la naturaleza de los artículos V, VI y VII de la Declaración Americana, interpretados en relación con las obligaciones de Canadá en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin”*.¹⁴ La Comisión Interamericana agregó que *“la aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso por caso y que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias.”* En tal sentido, al decidir un caso reciente respecto a Estados Unidos sobre la deportación de dos personas a sus países de origen, la CIDH determinó que los procedimientos de expulsión de no ciudadanos deben tomar en consideración los mejores intereses de los hijos de los no ciudadanos y los derechos del deportado a una vida familiar, de conformidad con el derecho internacional.¹⁵

Lamentablemente, mientras se consideran estos reclamos que en algunos casos resultan legítimos, varios Estados han optado por un modelo criminal, consistente en encarcelar a los migrantes indocumentados mientras aguardan la decisión final sobre la validez de su presencia en el país. Por ejemplo, en los Estados Unidos muchos solicitantes de asilo permanecerán meses, incluso años en prisión antes de que se determinen los méritos de sus reclamos. Durante dicho periodo pueden ser liberados a discreción de la autoridad migratoria regional, pero si dicho funcionario se negara a otorgar la libertad, el migrante no tiene derecho de apelar la decisión ante una autoridad judicial. Asimismo, en México funcionan unos 119 centros de detención migratoria, varios de los cuales sufren de condiciones insalubres y alimentación insuficiente. La Relatoría ha sido informada de que en muchos casos los migrantes que se hallan en México no son informados de su derecho al debido proceso y son deportados antes de tener la oportunidad de presentar debidamente su solicitud de permanecer en dicho país.

c. Derechos Laborales

Las garantías del debido proceso resultan fundamentales también para la determinación de otros derechos de los trabajadores migratorios, lo que incluye los derechos laborales. Todo Estado ciertamente goza de la facultad de regular las condiciones y requisitos del trabajo y de no permitir el empleo de los migrantes indocumentados, y lo mismo es cierto de los empleadores privados.

¹³ Ver, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, Maslov vs. Austria, Sentencia de 23 de junio de 2008, No. 1638/03, párrafo 82, citando Corte Europea de Derechos Humanos, Üner vs. Países Bajos, Sentencia de 18 de octubre de 2006, No. 46410/99, párr. 166.

¹⁴ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 166.

¹⁵ CIDH, Informe No. 81/10, Caso 12.562, Publicación, Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros, Estados Unidos, 12 de julio de 2010. En dicha decisión, la Comisión Interamericana consideró que Estados Unidos incurrió en responsabilidad internacional debido a que no dio al señor Smith ni al señor Armendariz la oportunidad de presentar una defensa humanitaria ante la deportación; y a que los funcionarios que tomaron las correspondientes decisiones no consideraron debidamente sus derechos de familia antes de ejecutar tal medida, ni tomaron en cuenta los mejores intereses de sus respectivos hijos, ciudadanos estadounidenses.

En ninguna de estas circunstancias se estaría incurriendo en violaciones de los principios de *jus cogens* consistentes en la igualdad ante la ley y la no discriminación.

Los derechos laborales corresponden a todos los trabajadores, con independencia de su condición migratoria. En este sentido, la Corte Interamericana ha afirmado de manera clara que *“una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.”*¹⁶ El Estado debe ser el garante último de tales derechos y es responsable ante la comunidad internacional por su protección, independientemente de que la relación laboral, sea con el Estado o con una entidad privada que opera dentro de su jurisdicción territorial.¹⁷

Los derechos laborales de los que goza todo migrante por su condición de trabajador incluyen el derecho a asociarse libremente, a la negociación colectiva, a salarios justos, seguridad social, condiciones seguras y salubres, y pago de horas extraordinarias. Se trata de derechos inalienables para todo trabajador, sin importar el Estado en que se encuentren, y surgen desde el momento en que son empleados.

c. Restricciones Permitidas

El respeto de los derechos básicos de los migrantes no puede entenderse como un impedimento para que los Estados definan y apliquen sus propias políticas migratorias de manera razonable. Por el contrario, el Estado tiene un papel necesario en la implementación de políticas migratorias adecuadas a su propia realidad. La Corte Interamericana ha señalado al respecto que *“en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores.”*¹⁸ Señaló igualmente la Corte Interamericana que las medidas que pueden tomar los Estados incluyen el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, aunque aclaró que los Estados están obligados a establecer mecanismos para asegurar que no se incurra en discriminación alguna y que de tal manera *“se garantiza una vida digna al trabajador migrante, protegiéndole de la situación de vulnerabilidad e inseguridad en que usualmente se encuentra, y se organiza así eficiente y adecuadamente el proceso de producción local o nacional.”*¹⁹

IV. Enfoque Temático: La Relatoría de la CIDH sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios

El Preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos apela al *“sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad”* para consolidar un marco de instituciones

¹⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 133.

¹⁷ Desde un punto de vista más práctico, la Corte Interamericana ha señalado: “No es admisible que un Estado de empleo proteja su producción nacional, en uno o varios sectores, fomentando o tolerando la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevaleciendo de la condición de vulnerabilidad de dichos trabajadores frente al empleador en el Estado o considerándolos como oferta laboral menos costosa, sea pagándoles salarios más bajos, negándoles o limitando el goce o ejercicio de uno o más derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de los mismos ante la autoridad competente”. Ídem, párr. 170.

¹⁸ Ídem, párr. 169.

¹⁹ Ibid.

democráticas, libertad individual, justicia social y derechos humanos en las Américas. En su artículo 45 la Carta dispone que *“todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica”*.

a. Marco Legal y Mandato

En 1997 la CIDH creó su Relatoría sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, en respuesta a un pedido específico de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. La creación de la Relatoría refleja el interés de los Estados miembros de la OEA por brindar especial atención a un grupo caracterizado por su vulnerabilidad, lo que lo expone en mayor medida a violaciones de derechos humanos.

En cumplimiento de su mandato, la Relatoría de la CIDH sobre derechos de los trabajadores migratorios y miembros de sus familias cumple los siguientes objetivos:

- Generar conciencia en cuanto al deber de los Estados de respetar los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias;
- Presentar recomendaciones específicas a los Estados miembros de la OEA sobre materias relacionadas con la protección y promoción de los derechos humanos de estas personas, a fin de que se adopten medidas en su favor;
- Elaborar informes y estudios especializados sobre la situación de los trabajadores migratorios y sobre temas relativos a la migración en general; y
- Actuar con prontitud respecto a peticiones o comunicaciones en las que se aleguen violaciones de derechos humanos en perjuicio de trabajadores migratorios y sus familias en algún Estado miembro de la OEA.

b. Actividades

En cumplimiento de un mandato de la Tercera Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas, la Relatoría participó activamente en la discusión y elaboración de un Programa Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Personas Migrantes. Dicho programa, aprobado en junio de 2005 por la Asamblea General, tiene como objetivo principal la protección de los derechos humanos de los migrantes, a través de la promoción de políticas públicas, legislación, intercambio de mejores prácticas y cooperación entre países de origen, tránsito y destino. El Programa también establece una serie de objetivos específicos que abarcan la gestión eficaz y ordenada de los flujos migratorios, la promoción de un intercambio más efectivo de información sobre legislación y políticas migratorias, la atención a las necesidades especiales de grupos vulnerables de migrantes — tales como niños, niñas, mujeres e indígenas — y la inclusión de los derechos humanos de los migrantes como un eje transversal en todas las actividades pertinentes que lleva a cabo la OEA.

Asimismo, la Relatoría participó en el proceso de la Opinión Consultiva No. OC-18 de 17 de septiembre de 2003 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con la presentación de un dictamen sobre la materia. La OC-18 fue elaborada a partir de una solicitud del Gobierno de México sobre el alcance del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación y su

aplicación a los derechos laborales de los trabajadores en situación migratoria irregular en el Estado en que viven y trabajan.

Algunos efectos del fenómeno migratorio han sido abordados en estudios especiales efectuados por la Comisión Interamericana. En particular, se ha aludido a ellos en varios de los informes de progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias, aprobados por la CIDH e incluidos en sus informes anuales. En uno de sus informes la situación de este grupo humano en el hemisferio, la Comisión Interamericana manifestó, entre otras cosas:

*“Los Estados miembros de la OEA están obligados a garantizar los derechos consagrados en la Declaración y la Convención así como en otros tratados de los que sean parte, a todas las personas que se encuentren bajo su autoridad y control, recayendo sobre el Estado la carga de probar la existencia de una limitación permisible que explícitamente restrinja o excluya la aplicación de algunas o de todas las disposiciones del instrumento a una clase determinada de personas, como los extranjeros. Esto significa que la condición migratoria de las personas puede constituir un factor al evaluarse la manera en que el Estado puede dar efecto adecuadamente a los derechos consagrados en la Declaración o la Convención. Sin embargo, dicha condición migratoria jamás puede servir para excluir a las personas de las protecciones básicas que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos”.*²⁰

Durante sus periodos ordinarios de sesiones, la CIDH ha celebrado varias audiencias temáticas referidas a la situación de los trabajadores migratorios y sus familias, tales como la antes mencionada sobre secuestro de migrantes en tránsito por México. También varias audiencias sobre Estados Unidos en las que se abordaron temas tales como la detención de trabajadores migratorios con sus hijos, el derecho al debido proceso, y las actividades anti-inmigrantes y de violencia en el sur del estado de Arizona. En el período de sesiones de octubre de 2010 se analizaron y las disposiciones de la Constitución la República Dominicana que afectan la situación jurídica de los migrantes de origen haitiano. En otra audiencia pública la CIDH recibió información sobre la situación de migrantes que se desempeñan como empleados y empleadas domésticas de funcionarios diplomáticos e internacionales, particularmente lo relativo a su indefensión jurídica debido a abusos de la inmunidad que gozan sus empleadores. Asimismo, se han realizado audiencias sobre legislación migratoria en varios países, y sobre el impacto en materia migratoria de los tratados de libre comercio y los derechos humanos en Centroamérica.

c. Visitas

La Relatoría lleva a cabo visitas a países miembros de la OEA para observar en el terreno las condiciones en materia de derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias. Estas visitas permiten a la Relatoría elaborar informes sobre situaciones específicas y presentar recomendaciones documentadas a los Estados sobre temas relacionados al tratamiento de los trabajadores migratorios y sus familias.

La Relatoría ha efectuado diversas visitas a países miembros de la OEA, que incluyen a Costa Rica, Estados Unidos, Guatemala y México. Ha publicado informes sobre tales visitas en sus informes anuales desde finales de los 90.

²⁰ CIDH, Informe Anual 2002, Capítulo VI, Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev.1, 7 de marzo de 2003, párr. 101.

Durante la última semana de julio de 2009 la Relatoría se trasladó a varios tipos de centros de detención ubicados en Arizona y Texas, Estados Unidos. El objeto de la visita fue recibir información respecto del cumplimiento de normas de inmigración, detención y debido proceso en los Estados Unidos de parte de las autoridades encargadas de las detenciones, de las propias personas detenidas y de representantes de organizaciones de la sociedad civil.

d. Informe sobre Detención y Debido Proceso de Migrantes en Estados Unidos

En 2002, poco tiempo después de los ataques terroristas a Estados Unidos en septiembre de 2001, fueron creados en dicho país el Departamento de Seguridad Nacional (DHS por sus siglas en inglés) y el Departamento de Control de Inmigración y Aduanas (ICE, por sus siglas en inglés). Ambas instancias estatales del gobierno federal lideraron la aplicación de criterios más estrictos en la aplicación de la ley a las violaciones en materia de inmigración. Este creciente uso de la detención migratoria en Estados Unidos llevó a la Comisión Interamericana a considerar relevante efectuar una investigación sobre la compatibilidad de las políticas y prácticas en esa materia con las obligaciones internacionales de derechos humanos de Estados Unidos.

Con base, principalmente, en las mencionadas visitas que llevó a cabo la Relatoría a centros de detención de Estados Unidos, en diciembre de 2010 la CIDH completó un informe sobre inmigración, detención y debido proceso en dicho país.²¹ El informe de la Comisión Interamericana tuvo en cuenta también la información recibida durante audiencias temáticas celebradas durante sus sesiones, las consultas a expertos en inmigración en Estados Unidos, organizaciones internacionales, abogados y defensores y defensoras de los derechos de las personas migrantes. Adicionalmente, la CIDH entrevistó a ex detenidos y a sus familias y participó de reuniones informativas organizadas en las oficinas del ICE.

Una de las principales preocupaciones de la Comisión Interamericana es el creciente uso de la detención, partiendo desde la presunción de que la misma es necesaria, cuando debería ser la excepción. La CIDH explica en el informe que en muchos casos, si no en la mayoría de ellos, la detención constituye una medida desproporcionada y los programas de alternativas a la detención configurarían una opción más equilibrada a fin de dar cumplimiento al interés legítimo del Estado de asegurar el cumplimiento de la normativa migratoria. Asimismo, la Comisión Interamericana considera preocupante la rápida expansión de las asociaciones con agencias locales y estatales para la aplicación de leyes migratorias civiles. La CIDH encuentra que el ICE no ha desarrollado un sistema de supervisión y rendición de cuentas apropiado para garantizar que estas asociaciones locales no apliquen las disposiciones migratorias de manera discriminatoria, recurriendo al uso de perfiles raciales, ni que sus prácticas utilicen la supuesta investigación de delitos como pretexto para perseguir y detener inmigrantes indocumentados.

Para aquellos casos en que la detención sea estrictamente necesaria, la Comisión Interamericana considera preocupante que el sistema de detención no sea auténticamente civil, y que por tanto no reúne las condiciones generales compatibles con la dignidad y el trato humano, así como aquellas condiciones especiales propias de una detención no punitiva. Asimismo, en el informe la CIDH observa que se recurre con frecuencia a contratistas privados para la administración y el cuidado personal de las personas migrantes detenidas, sin información suficiente sobre los mecanismos de supervisión.

El informe de la CIDH observa el impacto negativo de la detención sobre el goce efectivo del derecho al debido proceso de las personas migrantes en Estados Unidos, principalmente en el

²¹ CIDH, Informe sobre Inmigración: detención y debido proceso, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 78, 30 diciembre de 2010, Original: Inglés.

derecho a acceder a un abogado, y por tanto, en la posibilidad de ser liberadas. En tal sentido, la CIDH destaca la necesidad de ampliar a todo el país la cobertura del Programa de Orientación Legal. Asimismo, la Comisión Interamericana observa con preocupación la falta de representación legal suministrada o facilitada de oficio por el Estado para casos de niñas y niños no acompañados, inmigrantes con enfermedades mentales y otras personas incapaces de representarse a sí mismas.

El informe de la CIDH contiene una serie de recomendaciones dirigidas a Estados Unidos, a fin de tener presente el enfoque de las obligaciones internacionales de derechos humanos en el proceso de reformas migratorias ya iniciadas en dicho país. Igualmente, la definición de algunos parámetros en dicho informe será relevante para otros Estados miembros de la OEA que se enfrentan a situaciones jurídicas similares, a pesar de que el contexto social y político pueda ser completamente distinto.

V. Consideraciones Finales

En el presente artículo se ha intentado compartir alguna información y consideraciones sobre el complejo fenómeno de las migraciones, desde sus antecedentes en la historia hasta el panorama actual, en una región cada vez más globalizada e interdependiente. No cabe duda de la importancia creciente de promover el conocimiento de los derechos humanos de las personas migrantes y los mecanismos jurídicos para su efectiva vigencia.

El sistema interamericano ofrece el marco institucional y jurídico adecuado para el análisis de muchos de los problemas que afectan a las personas migrantes en su búsqueda de mejores oportunidades para ellas y los integrantes de sus familias. Los órganos políticos, tales como la Asamblea General y el Consejo Permanente de la OEA, conforman un foro donde los Estados pueden compartir sus buenas prácticas y promover el cumplimiento de las normas que protegen a las personas migrantes, mientras que los órganos técnicos de la Secretaría General realizan los informes desde los puntos de vista social y laboral.

Por su parte, la Comisión Interamericana recibe denuncias y solicitudes de intervención urgente para la aplicación de los tratados regionales que protegen a las personas migrantes y al mismo tiempo realiza actividades de observación general y estudios temáticos mediante su Relatoría especializada en la materia. La Corte Interamericana, órgano jurisdiccional del sistema, recibe en instancia única aquellos asuntos que no fueron solucionados en el ámbito de la CIDH y se pronuncia a través de sus sentencias, o emite interpretaciones mediante sus opiniones consultivas. Finalmente, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos promueve el conocimiento de la dinámica social y jurídica que rodea a la migración y a los grupos vulnerables, mediante actividades como la presente, con lo que aporta de manera considerable a aumentar el acceso de dichas personas a los referidos mecanismos de protección.

Sin embargo, todas las instituciones interamericanas puestas al servicio de la protección de los derechos de las personas migrantes no pueden sustituir el deber primordial de los Estados Miembros de la OEA de respetar y garantizar, sin discriminación alguna, los derechos de todas las personas sometidas a su jurisdicción. En efecto, el sistema interamericano de derechos humanos es esencialmente subsidiario y no tiene por objeto reemplazar las obligaciones de respeto y garantía asumidas libremente por los países de las Américas. El desafío primordial, entonces, consiste en la creación y consolidación de instituciones y mecanismos fuertes y

confiables de protección de los derechos humanos en el ámbito nacional. Así, de manera complementaria, podrá fortalecerse también el sistema interamericano para atender los problemas y casos que seguirán llegando, pero ya no como regla sino como excepción.

BIBLIOGRAFÍA

BAJUK, N., MALDONADO, R. Y WATSON, G.: *“Las remesas a América Latina y el Caribe durante el 2009: los efectos de la crisis financiera global”*, Banco Interamericano de Desarrollo, marzo de 2010.

CIDH, *“Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado”*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000, párr. 166.

_____, Informe Anual 2002, Capítulo VI, *“Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio”*, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev.1, 7 de marzo de 2003, párr. 101.

_____, Informe No. 78/09, Petición 478-05, Admisibilidad, *“Migrantes indocumentados, residentes legales y ciudadanos estadounidenses víctimas de vigilantes anti-inmigrantes”*, Estados Unidos, 5 de agosto de 2009, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/EEUU478-05.sp.1.htm>

_____, *“Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos”*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, 31 de diciembre de 2009.

_____, Informe No. 81/10, Caso 12.562, Publicación, Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros, Estados Unidos, 12 de julio de 2010.

_____, *“Informe sobre Inmigración: detención y debido proceso”*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 78, 30 diciembre de 2010, Original: Inglés.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *“Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”*, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984.

_____, *“Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, (Ser. A) No. 18 (2003).

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Maslov vs. Austria, Sentencia de 23 de junio de 2008, No. 1638/03, párrafo 82, citando Corte Europea de Derechos Humanos, Ünner vs. Países Bajos, Sentencia de 18 de octubre de 2006, No. 46410/99.

EL INFORMADOR: Comunicado de Prensa C-306/10, "Secretario General de la OEA condena masacre de 72 migrantes en México", 27 de agosto de 2010. Disponible en: <http://www.informador.com.mx/mexico/2010/247625/6/panorama-internacional-para-migrantes-empeora-asegura-relator-de-la-onu.htm>.

LETICIA M. JÁUREGUI CASANUEVA: "Migration from Central and South America and the Caribbean to Mexico: Magnitude and Challenges", University of California, Davis, Seminario Técnico sobre el Sistema de Reporte Continuo de Migración Laboral para las Américas – SICREMI, marzo de 2009. Disponible en: http://www.sedi.oas.org/ddse/documentos/mide/Memoria_PrimerSeminarioTecnico.pdf.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Informe del Secretario General sobre Migración Internacional y Desarrollo, 29 de octubre de 2010.

PAPADEMETRIOU, DEMETRIOS G. & TERRAZAS AARON: *International Migration, the Global Economic Crisis, and Human Rights in the Americas*, Migration Policy Institute, Background Paper – Inter-Parliamentary Forum of the Americas, Working Group No. 3 – International Migration and Human Rights, Ottawa, Canada – September 13-15, 2009.