



Observación general núm. 5 (2020),
sobre los derechos de los
migrantes a la libertad y a la
protección contra la detención
arbitraria

Aportes al proyecto preparado por
el Comité

Introducción

El Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova A.C, cuya misión es promover y proteger los derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas en México, saluda los esfuerzos del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, para la presentación de la Observación general núm. 5 (2020) sobre los derechos de los migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria preparada.

El CDH Fray Matías de Córdova, en colaboración con redes y colectivos de organizaciones de la sociedad civil, realiza un monitoreo constante de centros de detención en la Frontera Sur de México. Ante la evidencia de violaciones sistemáticas a derechos humanos, que se repiten en otras regiones del mundo, y como miembro del Grupo Impulsor contra la Detención Migratoria y la Tortura (GIDMT), insiste en poner fin a los centros de detención migratoria y garantizar un trato digno y humano a las personas en situación de movilidad.

Si bien los marcos normativos respecto de la sanción de la migración irregular han pasado de lo penal a lo administrativo durante los últimos años, en un buen número de países y regiones de tránsito migratorio, la gestión de la migración se sigue abordando desde una óptica de seguridad nacional, y en consecuencia, abre la puerta a la criminalización de la migración.

Asimismo, el incremento de la cooperación internacional para la gestión de los flujos migratorios en el marco de la Agenda 2030 y otros esfuerzos globales como el Pacto Mundial para las Migraciones -que pretenden promover una migración *segura, regular y responsable*-y cuyo enfoque redundante en el beneficio económico de la migración, han contribuido poco a dignificar a las personas migrantes en las comunidades de acogida.

De modo que, la detención como medida punitiva sigue vigente y responde, entre otros factores, a las condiciones de acceso a medios económicos y documentación que definen las formas de movilidad. En este sentido, cualquiera que sea la terminología utilizada por los Estados para llamar a la detención -aseguramiento, protección, retención, etc- constituye una forma de privación de la libertad que, por ende, genera impactos físicos y psicológicos en las personas migrantes que es importante visibilizar.

Aportes

Introducción

(...)

5. El Comité observa que la criminalización de la migración ha entrañado la manipulación del derecho penal de modo que se ajuste a las estrategias políticas para responder a los flujos migratorios y gestionarlos. No obstante, la detención de inmigrantes no es un fenómeno reciente; desde el decenio de 1990, se ha registrado un aumento considerable de su uso. Ha pasado de ser un medio para facilitar el análisis de casos concretos relacionados con situaciones de migración irregular a convertirse en un mecanismo para el encarcelamiento arbitrario masivo de migrantes y sus familias.

“En los últimos años se ha derogado en un número importante de Estados el delito de ingreso irregular al territorio. Sin embargo, esa medida positiva no necesariamente ha ido acompañada de una reducción de la detención de migrantes. La diferencia es que antes se trataba de una privación de libertad de naturaleza penal y hoy en día de una detención administrativa en recintos con características muy parecidas a las cárceles. (...) lo que debería representar un paso positivo termina produciendo efectos negativos en términos – entre otros – de reducción de las garantías procesales, del acceso a la justicia y del monitoreo de la situación de las personas sujetas a detención migratoria.” (Morales, 2019)¹

6. La información reunida por el Comité muestra que la detención tiene numerosos efectos sobre la salud y la integridad personal de los migrantes, entre ellos la aparición de ansiedad, depresión y trastorno por estrés postraumático. Esos efectos negativos son el resultado de diversos factores, como la duración indeterminada de la detención, la arbitrariedad e incertidumbre que la rodean, el hacinamiento, la falta de acceso a alimentos, agua y atención médica, la reclusión prolongada en régimen de aislamiento y los malos tratos físicos y psicológicos infligidos deliberadamente por funcionarios del Estado, guardias privados u otros detenidos. Esos malos tratos incluyen actos de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, violencia sexual, extorsión y trata de personas con fines de explotación laboral, trabajo forzoso o esclavitud. *En ese sentido, los Estados deberán garantizar el acceso a apoyo psicológico a las personas migrantes durante la detención y posteriormente, con el fin de mitigar los efectos de la privación de la libertad y garantizar la integración social en las comunidades de acogida.*

¹ Morales, F. G. (2019). Guía de Monitoreo de Detención Migratoria. En G. I. Tortura, Guía de Monitoreo de Detención Migratoria. Obtenido de <https://conexionmigrante.com/wp-content/uploads/2020/06/GU%C3%8DA-MONITOREO-DETENCI%C3%93N-MIGRATORIA-WEB.pdf>.

7. Esos factores se han agravado en el contexto de la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19), que ha planteado un reto sin precedentes para los Estados. Preocupa al Comité que, en el contexto de la detención de inmigrantes, muchos de los centros de detención en los que migrantes, solicitantes de asilo, apátridas y refugiados permanecen privados de libertad no cumplan los requisitos sanitarios mínimos. Las personas son reclusas en condiciones de hacinamiento e insalubridad, con acceso limitado o nulo a los servicios de salud. El Comité observa con preocupación que existe un elevado riesgo de que enfermedades como la COVID-19 se propaguen entre los detenidos. La situación ha suscitado interrogantes acerca de la necesidad de poner en libertad a las personas que hayan sido detenidas en razón de su situación migratoria y de aplicar medidas alternativas para reducir el riesgo de contagio de COVID-19 y la posible propagación de otras enfermedades.

Es importante mencionar que dentro de las obligaciones del Estado para brindar acceso a la salud a las personas migrantes en detención y, especialmente en el contexto de la COVID-19 deberán hacerse las pruebas necesarias para tener un diagnóstico adecuado y, en consecuencia, brindar atención médica oportuna, prevaleciendo siempre el enfoque de derechos humanos y evitando trasladar a dichas personas a centros de detención no habilitados, lo que puede redundar en actos discriminatorios y en mayores afectaciones a la salud física y psicológica de las personas.

La COVID-19 se ha utilizado además como una excusa para rociar a las personas migrantes con líquidos, bajo el argumento de la desinfección de espacios, sin que sean informadas de a qué tipo de elementos químicos están siendo expuestas.

Asimismo, derivado de la pandemia por COVID-19, las tareas de observación y monitoreo que las organizaciones de la sociedad civil realizaban de manera periódica en los centros de detención han tenido que ser suspendidas, principalmente ante la falta de condiciones de bioseguridad tanto para las personas migrantes en detención como para quienes monitorean dichos centros, con lo cual se inhiben las tareas de vigilancia y documentación que dichas organizaciones realizan en torno al respeto a los derechos humanos de las personas migrantes en situación de detención y, asimismo, las personas migrantes ven limitado el ejercicio de su derecho a tener información sobre las alternativas para la regularización migratoria a las que podrían acceder.

En este sentido es necesario garantizar condiciones de bioseguridad para que los organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil puedan llevar a cabo acciones de monitoreo y acompañamiento a las personas migrantes en detención.

II. Marco normativo sobre la protección del derecho a la libertad de los trabajadores migratorios y de sus familiares

A. Derecho a la libertad y la seguridad consagrado en la Convención (artículos 16 y 17)

(...)

12. Los Estados deben garantizar la protección de datos personales, principalmente en cuanto al uso de datos biométricos e información confidencial recabada durante la detención migratoria

III. Medidas generales para la aplicación de las disposiciones de la Convención relativas a la protección del derecho a la libertad

(...)

B. Personal que lleva a cabo las detenciones

35. Se observa una presencia cada vez más extendida del poder militar sobre el poder civil, en las cadenas de mando para la orden y ejecución de operativos de detención migratoria, y en donde las fuerzas armadas influyen directamente en la toma de decisiones políticas del Estado -que van más allá de las del sector seguridad y defensa-, para determinar el diseño y la ejecución de una política migratoria centrada en la detección, detención y deportación masiva de personas.

Este militarismo se da en una doble vía; por un lado, elementos activos o en retiro del ejército pasan a puestos estratégicos y altos mandos de la autoridad migratoria; y por otra parte, las fuerzas armadas están siendo favorecidas con marcos legales –pero inconstitucionales- que pretenden regular y con ello insertar en una supuesta legalidad las facultades para que soldados, marinos y cuerpos de seguridad de corte militar realicen directamente operativos migratorios de forma generalizada. Lo anterior, bajo un enfoque de la teoría penal del enemigo, vis a vis de las personas migrantes, solicitantes de refugio y refugiadas.

Dichos operativos, generan condiciones para un uso excesivo de la fuerza, detenciones arbitrarias, y otras violaciones a derechos humanos y, al mismo tiempo, normalizan la presencia militar en tareas de seguridad pública y administrativas.

Lo anterior redundo además en un mensaje intimidatorio y de criminalización y estigmatización contra la población migrante y necesitada de protección internacional.

Finalmente, a la implicación de fuerzas armadas en tareas relacionadas con la gestión de la migración, se suma la incorporación de cuerpos de seguridad privada que coadyuvan con las autoridades en labores esenciales al momento de la detención por motivos migratorias, de custodia, traslados, identificación de perfiles vulnerables, así como de sanidad y aplicación de protocolos de bioseguridad.

Las empresas de seguridad privada, en no pocos casos, resultan involucradas en casos de corrupción y de conflicto de intereses con altos mandos de los gobiernos en turno, e incluso en sus vínculos con redes del crimen organizado. Generando por tanto un clima que favorece la impunidad ante violaciones a derechos humanos.

IV.Principios fundamentales de la Convención relativos al derecho a la libertad de los trabajadores migratorios y de sus familiares

(...)

D.Principio de no detención de los niños migrantes

47.El Comité toma nota del estudio mundial sobre los niños privados de libertad (A/74/136), en el que se indica que en el mundo al menos 330.000 niños se ven privados de libertad cada año por motivos relacionados con la migración en al menos 77 Estados, mientras que al menos 21 Estados no recurren a esas medidas o afirman no hacerlo. La detención expone a los niños a un mayor riesgo de tener problemas de salud física y mental y de convertirse en víctimas de abusos.

Es importante señalar el uso de eufemismos por parte de algunos Estados para referirse a las prácticas de detención migratoria; en ese sentido, se puede observar que la detención de la niñez pudiera ser difícil de identificar o catalogar como tal ya que bajo esos recursos discursivos no existe y por lo tanto no constituye una violación del Principio de no detención de los niños migrantes.

51. A fin de garantizar que los niños no sean internados en centros de detención de inmigrantes, la autoridad estatal responsable de su protección y bienestar debe asumir un papel primordial en el diseño y la aplicación de las políticas migratorias. Las políticas deben autorizar a esas autoridades a actuar de inmediato cuando se detecte a niños migrantes, acompañados o no, con miras a adoptar las medidas adecuadas para protegerlos.

Aunado a ello, se debe prever que las organizaciones no gubernamentales y organismos internacionales coadyuven en dichos procesos, con la finalidad de dar seguimiento a las acciones y generar diálogos participativos que mejoren y fortalezcan las medidas de protección.

V. Obligaciones jurídicas de los Estados partes en la Convención de proteger el derecho a la libertad de los trabajadores migratorios y de sus familiares

A. Obligación de aplicar medidas alternativas a la detención

56. El Comité observa también que, si bien términos como “medidas alternativas a la detención”, “medidas no privativas de la libertad”, “medidas menos restrictivas”, “medidas menos gravosas” y “medidas menos invasivas” se suelen utilizar de forma indistinta en contextos diferentes, se refieren fundamentalmente al mismo concepto jurídico. El Comité entiende por alternativa a la detención toda ley, política o práctica que permita a los trabajadores migratorios, los solicitantes de asilo, los refugiados y los apátridas residir libremente en la comunidad mientras se resuelve su situación migratoria o mientras esperan la deportación o la expulsión del país.

El Comité deberá hacer hincapié a los Estados sobre tener medidas y criterios claros sobre las alternativas a la detención, para evitar que las autoridades migratorias sean quienes tomen la decisión última para determinar dichas alternativas.

Es imprescindible que se informe a los trabajadores migrantes de las posibilidades que existen para su salida de los Centros de Detención, sin que para efectos de obtener su libertad sea condicionante el ser una persona solicitante de la condición de refugiado(a).

E. Garantías judiciales

Derecho a ser informado de los motivos de la detención (artículo 16, párrafo 5, de la Convención)

71. El derecho a la información es fundamental para poder ejercer otros derechos como el acceso a la justicia. *Las autoridades deben informar al trabajador migratorio sobre los motivos de la detención a la mayor brevedad, en un idioma que comprenda, y teniendo en cuenta factores como la edad, la discapacidad y el nivel de estudios para adoptar un lenguaje comprensible.*

75. Además, el Comité subraya que deben existir recursos jurídicos que permitan a los trabajadores migratorios y sus familiares impugnar la legalidad de la detención o la legalidad de una orden de deportación o expulsión. Los Estados deben velar por que los recursos judiciales prevean la facultad de suspender toda orden de detención, deportación o expulsión a fin de proteger eficazmente los derechos de los trabajadores migratorios *sin que ello implique que la detención se prolongue más allá de los límites constitucionales*.

79. En el contexto de la detención de inmigrantes, los trabajadores migratorios y sus familiares tienen derecho a gozar de asesoramiento jurídico y representación legal, que el Estado proporciona gratuitamente a las personas que carecen de medios, asegurando así la plena efectividad de los derechos al debido proceso y al acceso a la justicia. En el caso de los trabajadores migratorios que no puedan entender o hablar el idioma utilizado durante las actuaciones, los Estados deben poner a su disposición *intérpretes cualificados durante la detención y el proceso de acceso a la regularización migratoria, como parte de una atención integral con enfoque de derechos humanos*. Incluso en el caso de los trabajadores migratorios que entiendan el idioma del país en el que residen actualmente, es importante contar con los servicios de un intérprete y velar por que la información se proporcione en términos comprensibles y sin tecnicismos.

Obligaciones jurídicas de los Estados partes en la Convención de proteger el derecho a la libertad de los trabajadores migratorios y de sus familiares

A. Obligación de aplicar medidas alternativas a la detención

56. A fin de garantizar que los niños no sean internados en centros de detención de inmigrantes, la autoridad estatal responsable de su protección y bienestar debe asumir un papel primordial en el diseño y la aplicación de las políticas migratorias. Las políticas deben autorizar a esas autoridades a actuar de inmediato cuando se detecte a niños migrantes, acompañados o no, con miras a adoptar las medidas adecuadas para protegerlos.

Aunado a ello, se debe prever que las organizaciones no gubernamentales y organismos internacionales puedan participar en el proceso, ya sea como parte activa o simplemente como observadores de los Estados, ello con la finalidad de dar seguimiento a las acciones y generar diálogos participativos que mejoren y fortalezcan las medidas de protección

H.Derecho a la vida privada y familiar (artículo 14 de la Convención)

(...)

I.Derecho a la salud (artículo 28 de la Convención)

90. La información recibida por el Comité indica que los migrantes privados de libertad suelen afrontar serias dificultades para acceder a los servicios de salud y a la atención médica en los centros de detención. Según se informa, la atención de la salud reproductiva de las mujeres detenidas, en particular las embarazadas, suele ser inadecuada. *Por lo que resulta necesario contar con personal médico especializado y con formación en perspectiva de género y derechos humanos, particularmente con médicas, en el caso de que las mujeres prefieren ser atendidas por otras mujeres.*