

Centro de Derechos Humanos – Universidad Católica Andrés Bello
Caracas - Venezuela

Comentarios a la Observación general núm. 5 (2020), sobre los derechos de los migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria (CMW/C/32/R.2)

1. Detención migratoria y derechos humanos

Actualmente se encuentran en curso diversas situaciones de movilidad humana de carácter migratorio mixto donde, por una multiplicidad de factores, las personas se desplazan de forma transfronteriza con el fin de mejorar sus condiciones de vida, bien sea voluntaria o forzadamente. La respuesta de los Estados receptores en lugar de orientarse a generar condiciones para promover una migración segura, ordenada y regular, se centra en mecanismos que se asocian a la securitización y externalización de sus fronteras, muchos de los cuales han significado la criminalización de la migración y han derivado en el incumplimiento de sus obligaciones internacionales de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de la población migrante.

En este sentido, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, tomando en consideración el *corpus iuris* que ampara los derechos de las personas migrantes y refugiadas, es imprescindible que los Estados al momento de tomar las medidas para regular los flujos migratorios lo hagan bajo una perspectiva de resguardo de derechos y de forma tal que se ajuste a los principios de protección internacional, en especial la garantía del principio de no devolución¹ y la protección de la libertad e integridad personal de las personas; de modo tal que las acciones y formas de respuesta tomadas por los Estados receptores se centren en brindar respuestas adecuadas que garanticen la protección de los derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas, sin que se transgredan sus derechos por fines asociados a intereses del Estado de regular los fenómenos de movilidad.

¹ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, páginas 77 a 91 (principio de no devolución). En: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf

Ahora bien, tal y como expresa el Comentario presentado por el Comité respecto a los derechos de los migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria, los Estados tienen el legítimo derecho de tomar medidas para regular la migración conforme a sus propias normativas, sin embargo, en ningún caso dichas acciones pueden significar la transgresión de derechos y deben, conforme al derecho internacional, ser establecidas conforme a los principios de 1) legalidad, 2) proporcionalidad y 3) necesidad. El caso específico de la detención migratoria ha resultado ser una acción tendiente al control, asociada a la presunta protección de los intereses de los Estados que la aplican, pero que ha derivado en que se cometan abusos contra la población migrante, aumentando los factores de vulnerabilidad que les rodean.

Los Estados están obligados a cumplir con las normas internacionales mínimas para el tratamiento a la movilidad humana. Por lo tanto, es menester reiterar que tanto los migrantes deben gozar de sus derechos básicos en condiciones de igualdad, incluso si la estancia es temporal, en virtud de la protección internacional y los Estados receptores deben abstenerse de cometer medidas arbitrarias que atenten contra esos derechos.

En este sentido las personas en situación de movilidad deben ver garantizados sus derechos fundamentales, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, como por ejemplo acceso a la atención médica, acceso a la educación, unidad familiar, libertad de circulación, acceso a albergue, y derecho al trabajo, entre otros. Estos derechos se garantizarían de manera igualitaria y no discriminatoria, en virtud de las Directrices sobre protección temporal o acuerdos de estancia de ACNUR². Por lo que la detención migratoria puede significar una transgresión a estos derechos, especialmente cuando es arbitraria o cuando las condiciones de los recintos de detención no cumplen con las condiciones mínimas de salubridad o estructura para albergar a este grupo de personas.

Debe considerarse entonces que la detención migratoria, cuando no se compagina u obedece a los preceptos del derecho internacional, se presenta como una forma de securitización, atenta contra

² <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2014/9761>

el principio de igualdad y no discriminación, ya que la tendencia al cierre y control de fronteras impide no solo la libertad de movimiento sino la posibilidad de que las personas migrantes o en situación de movilidad tengan igualdad de oportunidad de desarrollar su proyecto de vida conforme a las posibilidades existentes en el país receptor y puedan ser objeto de vejaciones por el hecho de ser migrantes.

Igualmente, es de destacar que el uso de la detención migratoria no debe aplicarse como forma de control punitivo, o en desmedro de la regularización de personas que se trasladaron sin contar visados válidos, sin que cuenten con el otorgamiento de documentos de estadia o tránsito, acuerdos de estancia, entre otros. En todos los casos, la detención migratoria debe ser el último recurso a implementar.

Por otra parte, es imprescindible el respeto al acceso a procedimientos de asilo justos y eficientes, para que los trabajadores migratorios que requieran de protección internacional puedan ser reconocidos y puedan ver garantizados sus derechos. Estos procesos no pueden verse obstaculizados o supeditados a la detención migratoria, ni preventiva, ni temporal, ni de larga duración.

En este orden de ideas, considerando lo expuesto por el Comité en su comentario, compete reiterar que los Estados, al hacer uso de la detención migratoria como mecanismo que criminaliza un derecho humano, estarían cometiendo una interferencia o injerencia arbitraria al disfrute de los derechos de los trabajadores migratorios; el ejercicio de derechos debe permitirse sin limitaciones que atenten contra la legalidad y que además signifiquen una afectación a la integridad de la persona. Por ende, los Estados receptores de trabajadores migratorios, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, deben asumir conductas diligentes que permitan a las personas migrantes el goce y disfrute pleno de sus derechos, deben entonces tomarse medidas concretas que garanticen seguridad jurídica y seguridad personal a la hora de migrar.

Ante procesos de detención migratoria los Estados deberán asegurar que sus legislaciones, procesos e instituciones contemplen medidas alternativas a la detención migratoria y que, además, se establezcan expresamente los casos en los cuales procedería una detención migratoria, incluyendo

medidas tales como estudio previo que permita analizar de forma individualizada la situación y circunstancias particulares de cada caso y que estén previamente establecidas en la ley, bajo criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, las causales por las cuales procedería, para evitar la arbitrariedad de la misma.

2. Debido proceso y privación de la libertad

La observación general relaciona las garantías judiciales con procesos llevados a cabo por tribunales. Sin embargo, en muchos países la detención migratoria es resultado de un procedimiento administrativo que no se rige por las garantías del debido proceso. Con frecuencia, los funcionarios de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH) no están facultados para actuar por iniciativa propia en estos procedimientos administrativos y solo pueden hacerlo a instancia de parte, lo que le resta posibilidades de protección a las personas sometidas a procedimientos administrativos que pueden desembocar en privación de libertad. En consecuencia, un bien jurídico de tanta importancia como es la libertad personal, puede verse en riesgo debido a que la instancia administrativa a cargo de determinar la privación de la libertad, no está sometida a los mismos estándares y exigencias que un órgano judicial. La observación debe consagrar el derecho a las garantías del debido proceso en todas las instancias y procedimientos que puedan desencadenar en la privación de la libertad, independientemente del carácter judicial o administrativo de la medida, instando a los Estados a consagrar tales garantías en la ley.

3. Detención de migrantes en contextos de impunidad

Se hace necesario resaltar la práctica de detención de migrantes en contextos de impunidad. Los migrantes son grupos vulnerables con relación a los nacionales y residentes de un país y ello, sumado a políticas migratorias restrictivas y contextos de impunidad, podrían facilitar la prolongación indefinida de la detención de migrantes. En este sentido, es necesario que el Comité reconozca la impunidad como un elemento que los Estados deberán abordar para garantizar el cumplimiento de los derechos de las personas migrantes. En el mismo orden de ideas, el Comité deberá exhortar al Estado a apegarse a sus obligaciones internacionales de investigar, y sancionar

a funcionarios involucrados en la detención arbitraria de migrantes, así como de reparar a las víctimas de esta práctica.

4. Interseccionalidad

En otro orden de ideas, es necesario que la Observación General tenga un enfoque de interseccionalidad, entendiendo que todo proceso migratorio y de detención afecta de manera distinta a las personas de acuerdo a su género, raza, nacionalidad, orientación sexual, etnia y edad. La materialización efectiva de la noción de protección diferenciada, vista como la protección a una persona con respecto a sus vulnerabilidades especiales, es necesaria tanto para la prevención de la detención de migrantes, como en el tratamiento de las medidas de reparación cuando el Estado haya incurrido en una detención migratoria arbitraria.

5. Riesgo que enfrentan los migrantes y la detención migratoria

Del mismo modo, el Comité debe reflejar los potenciales riesgos de detención que pueden presentar aquellos migrantes, refugiados o personas con necesidad de protección internacional que hayan sido víctimas de alguna forma de trata de personas. Quienes transitan por vías terrestres o marítimas, se ven particularmente expuestos a redes de trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, corrupción, violencia sexual, desaparición forzada, tortura, asesinatos, ejecuciones extrajudiciales, amenazas, entre otros, muchas veces se ven forzados a cometer actos delictivos en contra de su voluntad, como es el caso de mujeres y niñas víctimas de trata con fines de explotación sexual.

En ese sentido, el Comité debe alentar a los Estados a brindar protección a quienes han sido objeto de este tipo de maltratos, y no utilizar tales circunstancias como justificativo para una detención, la apertura de un proceso judicial o de deportación. En estos casos, deberá evitarse la criminalización y la posterior revictimización, manejando tales casos con un enfoque de protección, en lugar de punitivo.

6. Duración de la detención de las personas migrantes, refugiadas, apátridas, retornados a su país de origen y solicitantes de refugio

En cuanto a la duración de la detención, es necesario que se resalte que la misma debe ser breve, pero que la ley debe determinar el tiempo máximo por el cual un migrante puede durar detenido, sin posibilidad de prórroga o extensión. Además, el tiempo de la detención no puede considerarse suspendido o interrumpido bajo ninguna circunstancia o por algún acto que practique cualquier autoridad o personas en el proceso o procedimiento. Este tiempo debe correr fatalmente. Vencido el periodo de detención determinando en la ley, el trabajador migrante o sus familiares pueden interponer, por sí mismo o mediante apoderado o representante y sin formalismos inútiles, la acción o recurso legal, ante una autoridad judicial, que le permita recobrar inmediatamente su libertad.

También es necesario que el lapso de decisión de este recurso o acción se haga en un tiempo breve y determinado por la ley. Para ello, los estados deben facilitarles asistencia legal y jurídica de forma gratuita, en caso de no contar con dinero, y/o el acceso a personas u organizaciones que le preste esta ayuda. Adicionalmente, se debe prohibir la criminalización de *iuris* y/o *de facto* de las personas migrantes, refugiadas, apátridas, retornados a su país de origen y solicitantes de refugio. Por último, se debe quedar expresamente prohiba aquellas medidas de los estados mediante la cual se prohíben y/o impide el ingreso o salida por un periodo de tiempo, definido o indefinido, a los nacionales que salieron o regresaron, según sea el caso, a su territorio, o el ingreso a aquellos extranjeros que, voluntariamente o de manera involuntaria, regresar a su país de origen.

7. Garantizar el derecho a la libertad de expresión, asociación y privacidad en el marco de detenciones

Las personas migrantes que sean sometidas a detenciones deben tener libertad de organizarse de cara a la defensa de sus derechos y condiciones básicas, incluidas las contempladas en la Observación correspondiente: acceso a la información, a la salud, protección de documentos, derecho a la privacidad, a la justicia, y en general para exigir trato digno mientras dure la detención.

Esto permite establecer redes de acción para la protección de sus derechos, y a su vez posibilita la coordinación con organizaciones que asisten a migrantes y refugiados.

En este sentido, se deben evitar y sancionar las represalias, acoso o intimidación por parte de funcionarios hacia personas migrantes por organizarse o exigir mejores condiciones.

Es necesario que las personas migrantes puedan comunicarse con el exterior mientras estén detenidas, se debe evitar y sancionar expresamente los obstáculos a estas comunicaciones: robo de teléfonos, de equipos electrónicos, u objetos personales en general. Es necesario habilitar mecanismos de comunicación de diverso tipo: llamadas telefónicas, visitas regulares, etc. Todas estas prácticas de comunicación, organización y expresión deben tener garantía de privacidad, sin intervenciones ocultas o manifiestas, a los fines de no solo preservar el derecho a la privacidad sino también para evitar efectos inhibitorios e intimidatorios que pretendan disuadir dinámicas de promoción y defensa de derechos humanos.