



Buenos Aires, 30 de octubre de 2020

Distinguidos integrantes del Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CMW)

De nuestra mayor consideración:

En representación del Programa Migración y Asilo, del Instituto de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa), tengo el honor de dirigirnos a ustedes en el marco de la decisión de este distinguido Comité de *invitar a todas las partes interesadas a presentar comentarios por escrito sobre el título "Proyecto de Observación general núm. 5 (2020)" sobre los derechos de los migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria, antes del 30 de octubre de 2020.*

En primer lugar, queremos destacar la iniciativa del Comité, en tanto consideramos que la detención migratoria, así como las condiciones en que se lleva a cabo en numerosos países, constituye una grave y extendida modalidad de violaciones de del derecho a la libertad y otros derechos conexos, que ha sido crecientemente incorporada a las políticas migratorias a lo largo de las últimas décadas. La oportuna iniciativa del Comité podría contribuir significativamente a reducir esas vulneraciones de derechos y garantías fundamentales, así como a erradicar prácticas que son, per se, violatorias de la Convención para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, así como de otros tratados internacionales de derechos humanos.

En segundo lugar, queríamos precisar que, si bien el Comité ha sugerido enviar aportes en formato Word con una extensión no mayor a diez (10) páginas, hemos considerado que podría ser de mayor utilidad para los y las integrantes del Comité, enviar los comentarios y sugerencias directamente en el texto del Proyecto de Observación General, en el formato de "control de cambios". En el caso que lo estimaran necesario, podríamos enviar los comentarios en un formato diferente.

Sin más, y quedando a disposición para efectuar cualquier aclaración o comentario adicional que estimaran necesario, les saludamos muy atentamente,

Pablo Ceriani Cernadas

Coordinador, Programa Migración y Asilo,

Instituto de Justicia y Derechos Humanos

Universidad Nacional de Lanús (UNLa)

GE.20-10716 (S) 010920 010920

2010716

Se ruega reciclar



Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares

32° período de sesiones

6 a 16 de abril de 2021

Tema 8 del programa provisional

Métodos de trabajo del Comité

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

Proyecto preparado por el Comité

I. Introducción

1. El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares está profundamente preocupado por la tendencia a la criminalización de la migración. La tendencia se manifiesta en el uso cada vez más frecuente de la detención arbitraria de migrantes en varias regiones del mundo.

2. La presente observación general es fruto de la creciente preocupación del Comité por los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares que están privados de libertad. El Comité ha adoptado diversas iniciativas sobre esta cuestión, como la observación general núm. 2 (2013), sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares; la observación general conjunta núm. 3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño (2017), sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional; la observación general conjunta núm. 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño (2017), sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno; sus declaraciones relativas a la erradicación de la detención de niños migrantes (2014) y a la condena del tráfico de migrantes y la trata de personas en Libia (2017); su comunicado de prensa sobre la separación de los niños de sus padres migrantes indocumentados (2018); sus contribuciones, en 2017, al informe del Secretario General titulado “Conseguir que la migración funcione para todos” (A/72/643) como aportación al borrador preliminar del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (que la Asamblea General hizo suyo en 2018 en su resolución 73/195); y su declaración conjunta con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y otros mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas para formular una respuesta regional a la llegada masiva de migrantes de Venezuela a los países vecinos (2018).

3. El Comité también ha adoptado medidas específicas en el marco del proceso del Pacto Mundial para la Migración y de la Red de las Naciones Unidas sobre la Migración. Es miembro del Grupo de Trabajo Interinstitucional para Poner Fin a la Detención de Niños Inmigrantes, y forma parte del grupo de trabajo de expertos encargado de abordar los derechos humanos de las mujeres en el marco del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, dirigido por la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres). En sus observaciones finales, el Comité ha formulado sistemáticamente recomendaciones a los Estados partes sobre cuestiones que afectan a los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares que están privados de libertad.

Comentado [A1]: Agregaría los aportes del CMW al Comentario General No. 35 del Comité de Derechos Humanos, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GConArticle9/ContributionCMW_DGC9_sp.doc.

4. En el contexto de la migración internacional, las medidas de control de la inmigración aplicadas por algunos Estados, como la detención automática y obligatoria, la imposición de castigos durante la privación de libertad, la detención de niños, mujeres embarazadas y otras personas en situaciones de vulnerabilidad, la separación de las familias en el contexto de la detención, los obstáculos al acceso a recursos jurídicos y protección internacional, y las condiciones inhumanas y de hacinamiento en los centros de detención, tienen consecuencias graves para los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares. En consecuencia, el Comité toma nota con preocupación de la información que ha recibido, según la cual, hasta en el 45 % de los casos, la detención de inmigrantes se basa en el derecho penal, pese a que los Estados partes en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares tienen la obligación de no criminalizar la migración.

Comentado [A2]: Sería mejor, y jurídicamente más preciso, “violan derechos protegidos por la UNCRMW y otros tratados internacionales”. Todos esos casos son violaciones de derechos, per se, y sería importante que el Comité lo diga.

Comentado [A3]: Está confuso (tal vez por la traducción). Diría “se basa en normas que califican como delitos a las infracciones migratorias”

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. El Comité reafirma que es una violación del derecho a la libertad de los trabajadores migratorios y sus familiares, y excede el margen legítimo de los Estados para elaborar su política migratoria. No obstante, si bien la detención de inmigrantes no es un fenómeno reciente, el Comité observa con enorme preocupación que, 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.

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, agravando la situación de vulnerabilidad que ya tienen por las causas que motivaron su salida del país y/o por abusos o peligros experimentados en el tránsito. 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.

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.

Comentado [A4]: Está algo confuso y débil. Sería importante subrayar que en este contexto el principio de excepcionalidad de la detención debe aplicarse con todo el rigor, reforzando el deber de adoptar medidas no privativas de la libertad.

8. La presente observación general tiene como principal objetivo proporcionar orientación a los Estados sobre el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de la Convención en relación con el derecho de los trabajadores migratorios y de sus familiares a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria, así como de otras obligaciones de derechos humanos derivadas de la intersección de ese derecho con otros derechos humanos. También pretende ofrecer orientación a los Estados sobre la aplicación del Pacto Mundial para la Migración y a otros interesados sobre la puesta en práctica de iniciativas para promover y proteger los derechos humanos y vigilar su observancia.

9. Por lo tanto, la observación general trata de examinar el contenido y el alcance del derecho de los trabajadores migratorios y de sus familiares a la libertad y la seguridad; los principales aspectos del derecho de los migrantes a la libertad y la protección contra la detención arbitraria en el contexto de los procedimientos penales y administrativos, en

particular los relacionados con su condición de inmigrantes; el contenido y el alcance de las medidas privativas de libertad en el contexto de la migración; y los efectos desproporcionados de la detención sobre los grupos en situaciones de vulnerabilidad. Eso es especialmente importante cuando los Estados no garantizan una consideración adecuada de la edad, el género, la discapacidad, y la diversidad en las leyes, políticas y prácticas en materia de migración. Ello comprende la obligación de aplicar procedimientos de identificación en el caso de los migrantes víctimas de delitos, incluidas las víctimas de la trata de personas, y en el de otros grupos que necesiten protección internacional, que no deben ser privados de libertad bajo ninguna circunstancia. También se examina la obligación de adoptar medidas alternativas a la detención de inmigrantes.

Comentado [A5]: Origen étnico y racial, o diversidad étnico-racial

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)

10. El derecho a la libertad se aplica a todas las formas de detención y debe garantizarse a todas las personas sin discriminación, incluidos todos los migrantes, independientemente de su situación migratoria. El artículo 16 de la Convención prevé la protección del derecho a la libertad y la seguridad personales de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, al tiempo que establece otros derechos y garantías conexos, como el derecho a la protección efectiva del Estado contra todo acto de violencia por parte de funcionarios públicos o de particulares, grupos o instituciones; las garantías de legalidad y no arbitrariedad de los procedimientos de verificación de la identidad de los trabajadores migratorios; la prohibición de la detención y prisión arbitrarias e ilegales; y la garantía de una serie de salvaguardias procesales específicas en caso de detención administrativa o penal, como el derecho a la asistencia consular, el derecho al acceso a recursos judiciales para impugnar la legalidad de la detención y el derecho a una indemnización en caso de detención o prisión ilegales.

11. El artículo 17 de la Convención también reconoce el derecho de todo trabajador migratorio o familiar suyo privado de libertad a ser tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural. Por consiguiente, los Estados partes deben garantizar unas condiciones adecuadas en los centros de detención, teniendo en cuenta las circunstancias y necesidades individuales de cada detenido. Además de esos derechos, hay otros derechos interrelacionados con la libertad y la seguridad de los trabajadores migratorios y de sus familiares, a saber, las garantías procesales (art. 18), los principios de legalidad y los aspectos humanitarios relacionados con la condición de la persona (art. 19) y la prohibición de ser encarcelado por el solo hecho de no cumplir una obligación contractual (art. 20).

B. Otros instrumentos jurídicos internacionales

12. El derecho a la libertad y la seguridad está reconocido en los principales instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, entre ellos el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 37, párrafos b) a d), de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el artículo 6 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 5 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), el artículo 14 de la Carta Árabe de Derechos Humanos y el artículo 12 de la Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental.

C. Definición de privación de libertad

13. Los migrantes y sus familiares pueden enfrentarse a diferentes restricciones de su derecho a la libertad y la seguridad, una de las cuales es la privación de libertad por haber infringido las leyes de inmigración en el Estado de tránsito o de destino. La información reunida por el Comité indica que, a nivel mundial, los Estados han adoptado diferente terminología para regular la detención de inmigrantes en la legislación administrativa y penal. El Comité observa con preocupación que en las distintas regiones del mundo los países utilizan términos diferentes para referirse a la privación de libertad por motivos de inmigración o a la detención de inmigrantes, como “tramitación e internamiento”, “detención” “retención” “aseguramiento” “alojamiento” e “internamiento”. El [uso de eufemismos](#) o cambio de denominación de la práctica de la “detención” tiene por objeto impedir que esas medidas estén sometidas a control, evitando así las salvaguardias procesales que deberían aplicarse antes de toda privación de libertad y mientras dure ésta.

14. Por lo tanto, el Comité considera necesario aclarar el concepto de privación de libertad. En el artículo 4, párrafo 2, del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes se define la privación de libertad como cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente. Esa privación de libertad comienza en el momento de la detención y se extiende hasta que la persona es puesta en libertad. Independientemente de la forma en que se defina esa medida en el contexto de la inmigración o de las razones que la motiven, si tiene como resultado la restricción de la libertad de los trabajadores migratorios o de sus familiares, el Comité entiende que la medida es una forma de detención.

15. Además, el Comité considera que el término “detención por motivos de inmigración” o “detención de inmigrantes” se refiere a toda situación en que una persona es privada de libertad por motivos relacionados con su condición de inmigrante [o condición migratoria y/o de residencia y/o de documentación migratoria](#), independientemente del nombre o la razón que se dé para llevar a cabo la privación de libertad, o del nombre del centro o lugar en que la persona se encuentre mientras está privada de libertad. En consecuencia, la detención de inmigrantes abarca la detención de migrantes en cárceles, comisarías [de policía](#), centros de detención de inmigrantes y ~~otros-cualquier otro~~ [espacios cerrados, como cualquier zona internacional o de tránsito en aeropuertos, puertos terrestres y marítimos, usado para la detención relativa a políticas migratorias y/o de asilo.](#)

D. Tipos de privación de libertad a los que podrían estar expuestos los trabajadores migratorios y sus familias

16. El Comité observa que los motivos para la privación de libertad de los trabajadores migratorios y sus familiares son diversos y que el tipo de privación de libertad impuesto a los migrantes dependerá de esos motivos. Algunos ejemplos son la detención penal en cárceles, la detención de inmigrantes, el internamiento involuntario y el confinamiento en zonas restringidas de aeropuertos, puertos terrestres y marítimos.

17. Sin embargo, a los efectos de la presente observación general, los motivos pertinentes de privación de libertad son exclusivamente aquellos relacionados con [una situación de inmigración](#), o la falta de tales motivos, independientemente de que la detención sea o no resultado de la entrada o estancia irregular del migrante en el Estado de destino, de tránsito o de retorno. El Comité reafirma que las actividades que dan lugar a la detención de inmigrantes, como el cruce ilegal de fronteras internacionales, pueden constituir, a lo sumo, infracciones administrativas; no son infracciones que vulneren la ley en una medida tal que justifique su criminalización.

18. El Comité expresa su grave preocupación por la criminalización de la entrada o estancia irregular de los trabajadores migratorios y sus familiares y la práctica de castigar esa conducta con la privación de libertad. [Los Estados deben erradicar de la ley, y en la práctica, toda forma de criminalización de las infracciones migratorias relativas al ingreso y residencia](#)

Comentado [A6]: Está confuso, y reitera lo señalado en párrafos anteriores

irregular. Es igualmente preocupante que, si bien esa conducta está regulada por normas administrativas, el incumplimiento de tales normas se sancione con la privación de libertad. El Comité reitera que siempre que los Estados recurran a la restricción de la libertad por motivos relacionados con la situación migratoria o de residencia, ya esté regida por normas penales o administrativas, esa privación de libertad debe ajustarse a los criterios y normas establecidos por el Comité para que no constituya una detención arbitraria.

Comentado [A7]: En muchos países, están en leyes penales, de seguridad pública o similares.

Comentado [A8]: Si eso está prohibido y viola la Convención, debería decirse de otra manera, ya que no hay posibilidad de que pueda "ajustarse a los criterios y normas"

E. Prohibición de la detención arbitraria

19. La prohibición de la detención arbitraria es absoluta, lo cual significa que es una norma inderogable del derecho internacional consuetudinario o *ius cogens*. La prohibición de la privación arbitraria de la libertad también protege a los migrantes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, párrafo 4, de la Convención. Así pues, todo uso de la detención en el contexto de la migración debe basarse en un objetivo legítimo del Estado; debe estar expresamente permitido en una ley; debe constituir siempre una medida excepcional y de último recurso, y en cada caso, se debe justificar que sea compatible con los criterios de necesidad y proporcionalidad; no debe tener lugar nunca en entornos punitivos, como cárceles o establecimientos similares a las cárceles; debe aplicarse por el menor tiempo posible y debe ser objeto de una revisión periódica para garantizar que la detención sigue siendo necesaria. En la figura que aparece a continuación se explica el criterio de arbitrariedad.



La detención como medida excepcional de último recurso

20. El Comité considera que la detención de inmigrantes es una medida no deseable. Debe existir siempre una presunción contra la detención y, por lo tanto, en favor de la libertad. En consecuencia, la privación de libertad en el contexto de la inmigración debe ser una medida excepcional y de último recurso. Por ende, se debe asegurar por ley una serie de medidas privativas de la libertad, de obligatoria aplicación por las autoridades judiciales y/o administrativas competentes. Se debe fundamentar -caso por caso- la imposibilidad de aplicar cada una de las medidas no privativas de la libertad reguladas por ley. Las autoridades competentes deben llevar a cabo una evaluación de la situación en función de los hechos de cada caso, del contexto y velar-asegurar por que el período de detención sea lo más breve posible. Toda detención obligatoria, automática, sistemática o generalizada de trabajadores migratorios y de sus familiares, y sin estar debidamente fundamentada su aplicación en cada caso, es arbitraria y viola la Convención.

21. Además, el Comité considera que la prohibición de la detención arbitraria se extiende también al uso de la detención como elemento disuasorio o como herramienta general de gestión migratoria para contener la migración. Cuando la detención se convierte en una medida habitual de aplicación de la ley en la frontera puede ser arbitraria en sí misma, por no ser una medida excepcional de último recurso y no estar basada en una evaluación individualizada y adecuada del riesgo. La regla general que debe regir en el marco de procedimientos migratorios -incluso, de carácter sancionatorio- es la de la libertad. Cuando fuera necesario y debidamente justificado, se podrá aplicar una medida no privativa de la libertad. La detención, al contrario, es la excepción y una medida de último recurso, la cual, además, es siempre arbitraria y debe estar prohibida en una serie de casos y circunstancias que se describen en esta Observación General.

Comentado [A9]: Estas cuatro palabras son superfluas

Comentado [A10]: La frase es contradictoria. Si es "habitual", entonces es arbitraria. Por otro lado, es importante notar que esto ocurre no solo en la frontera sino en otras partes del territorio, sea como control social, control de permanencia, elemento disuasorio, etc, lo cual lo hace aún más arbitrario, ya que las personas se ven amenazadas por prácticas que podrían derivar en su privación de la libertad, mientras están ejerciendo otros derechos (yendo a un centro de salud, al trabajo, a la escuela de sus hijos, a denunciar un delito a la policía o la justicia, etc.)

22. En un contexto como la pandemia de COVID-19, el Comité insta a los Estados a que examinen los casos de migrantes que se encuentran en centros de detención de inmigrantes, con miras a su puesta en libertad. Posteriormente se pueden aplicar alternativas a la detención y reducir la población de personas detenidas al nivel más bajo posible para evitar la propagación del virus en los centros de detención.

Objetivo legítimo

23. Toda privación de libertad en un contexto de migración debe basarse en un objetivo legítimo del Estado. Si bien en la Convención no se enumeran los fines legítimos que justifican la detención de inmigrantes, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (véase, por ejemplo, A/HRC/20/24, párr. 9) y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (véase, por ejemplo, Directrices sobre los Criterios y Estándares Aplicables a la Detención de Solicitantes de Asilo y las Alternativas a la Detención, directriz 4.1) han indicado que la detención de inmigrantes solo puede justificarse si una persona constituye un peligro para sí misma o para la sociedad, o si existe el riesgo de que se sustraiga a los procedimientos administrativos o de otra índole. En cualquier caso, la amenaza que representan esos dos escenarios debe ser corroborada por hechos probados. Escrutinio mucho más estricto, además de la excepcionalidad (no la de la prisión preventiva del ámbito penal, sino una sustantivamente más estricta) y, en especial, último recurso.

Comentado [A11]: Este criterio debe reforzarse. No es posible aplicar automáticamente, de manera análoga, el estándar de la prisión preventiva en procedimientos penales, porque si se admite esa aplicación análoga, se debería admitir para muchos otros procedimientos administrativos sancionatorios, lo cual no sucede, precisamente porque no se admite. Entonces, si se acepta este criterio, se está legitimando la excepcionalidad de la detención administrativa migratoria (en cuanto a que no se aplica el estándar del derecho a la libertad que se aplica a las demás personas)

24. En sus observaciones generales núms. 2 y 4, el Comité ha señalado que el mero hecho de entrar o permanecer en situación irregular en un Estado no es razón suficiente para ordenar la detención de trabajadores migratorios y de sus familiares por motivos de migración, ya que ello va más allá del interés legítimo de los Estados partes por controlar y regular la migración. El Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ha establecido que la privación de libertad basada únicamente en la situación migratoria puede equivaler a tortura. Ese es especialmente el caso cuando se impone deliberadamente con fines como intimidar o castigar a los migrantes en situación irregular; coaccionarlos para que retiren sus solicitudes de protección internacional o renuncien a la obtención de alguna forma de regularización de su situación migratoria; forzarlos a aceptar la repatriación voluntaria; obligarlos a proporcionar información o datos personales como las huellas dactilares; o extorsionarlos pidiéndoles dinero o favores sexuales; o por motivos basados en cualquier tipo de discriminación, incluida la discriminación por su situación migratoria.

Legalidad

25. Los Estados reconocen la obligación de que sus actos sean conformes a las normas jurídicas nacionales. La detención de inmigrantes solo puede ser legal cuando haya sido previamente autorizada por la ley y se ajuste a los procedimientos establecidos por ella. La privación de libertad debe estar prevista de manera clara y exhaustiva en la legislación nacional. Está prohibido que la ley deje a las autoridades un amplio margen de discrecionalidad en la decisión y ejecución de la detención de inmigrantes y solicitantes de asilo.

Comentado [A12]: "migrantes" es el término más correcto y adecuado, ya que puede ser, por ejemplo, una detención en países de tránsito, donde las personas no "in"migran, sino solamente migran "a través de" su territorio. Se sugiere borrar el "in" a lo largo de todo el documento

26. Para garantizar el derecho a la libertad, los Estados deben establecer en sus leyes una presunción en favor de la libertad, como regla general que debe garantizarse en todo procedimiento administrativo migratorio o de solicitudes de asilo, lo cual es compatible con

el deber de los Estados de prever [en la ley, y asegurar en la práctica](#), alternativas a la detención para los trabajadores migratorios y sus familiares.

No arbitrariedad

27. El principio de no arbitrariedad de la detención es una norma de *ius cogens*. La Convención prohíbe la detención arbitraria, entendiendo por tal toda privación de libertad que exceda los límites de lo razonable. Eso significa que no es suficiente que la detención persiga un propósito legítimo y esté permitida por ley, sino que también debe cumplir los criterios de necesidad y proporcionalidad y basarse en una evaluación individualizada, [así como todos los demás estándares fijados en esta Observación General, como la excepcionalidad y el carácter de último recurso, y la obligación de garantizar, como criterio prioritario, el derecho a la libertad y medidas alternativas a cualquier forma de privación de la libertad](#).

Necesidad

28. En aplicación del principio de necesidad, la detención por motivos de inmigración solo puede utilizarse cuando sea estrictamente esencial para lograr el fin legítimo establecido. Antes de imponer la privación de libertad a los trabajadores migratorios y sus familiares, la autoridad encargada de adoptar la decisión debe partir del hecho de que la privación de libertad siempre será la medida más perjudicial para la persona en cuestión. Por lo tanto, debe evaluar [y aplicar](#) todas las alternativas a la detención disponibles que sean menos perjudiciales para ella, [y fundamentar adecuadamente la no aplicación en el caso concreto de cada una de ellas](#).

Proporcionalidad

29. Si la privación de libertad cumple los requisitos de objetivo legítimo, legalidad, necesidad y proporcionalidad, es deber de las autoridades llevar a cabo una evaluación contrastando la gravedad de la medida aplicada con la importancia de satisfacer el propósito legítimo establecido. Según el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, en esa evaluación deben tenerse en cuenta los posibles efectos de la detención en la salud física y mental de la persona, así como las necesidades particulares de los trabajadores migratorios y de sus familiares, [y en particular, sus derechos y todos los principios y estándares que regulan su ejercicio, como, entre otros, el interés superior del niño que es familiar de la persona que podría ser privada de libertad por razones migratorias](#).

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

A. Lugares de detención

30. Los Estados partes tienen la obligación de respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos consagrados en la Convención, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7. En lo que respecta al derecho a la libertad, la responsabilidad de los Estados partes abarca [no solo](#) las violaciones de los derechos humanos cometidas contra los migrantes [en los todos los lugares de detención que se encuentren bajo su control-jurisdicción, es decir, y dentro de su territorio, sino](#) que se extiende a los lugares de detención situados fuera de su territorio, si el Estado tiene un control efectivo *de iure* o *de facto* sobre ese territorio.

31. Ello implica que, mediante el diseño, la financiación, la administración o la provisión de centros de detención en el extranjero, las autoridades estatales participan en actos que vulneran los derechos humanos. Igualmente, si un Estado parte decide trasladar a trabajadores migratorios a centros de detención situados fuera de su territorio, el Estado está obligado a velar por que en esos centros se respeten y garanticen los derechos reconocidos en la Convención y en otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos.

Comentado [A13]: Al ser detenciones por razones administrativas, sería muy importante que el Comité establezca que los lugares no pueden ni deben tener ninguna característica propia de los lugares privativos de la libertad del sistema penal. Como estándar internacional consolidado, las personas migrantes en situación irregular y las personas solicitantes de asilo, son consideradas personas en situación de vulnerabilidad. Por ello, la obligación de los Estados es reforzar la protección de sus derechos. Eso redobla la necesidad de pensar en esos espacios desde un enfoque completamente diferente de aquellos destinados al cumplimiento de penas por la comisión de delitos de orden público. En resumen, NO alcanza con poner estándares similares a los de la detención penal, sino que hay que fortalecer el deber de distinguir y separar la irregularidad migratoria de la mirada penal y, por ende, de la estigmatización que construyen o refuerzan los centros de detención de migrantes. Dan a la sociedad y a los operadores administrativos y judiciales, una imagen que asocia a migrantes con delincuentes, lo cual refuerza la xenofobia y al mismo tiempo las respuestas punitivas a la irregularidad migratoria, en lugar de soluciones no punitivas que podrían proteger a las personas, promover su integración social, prevenir situaciones de trata, explotación, marginación social, etc., etc. Esta Observación General es una oportunidad única para hacer estas distinciones fundamentales.

incluyendo los criterios sobre excepcionalidad de la detención y como medida de último recurso, y otros sobre su razonabilidad, necesidad y proporcionalidad.

32. Si los trabajadores migratorios solicitan asilo en un Estado y posteriormente son trasladados a centros de detención situados fuera del territorio del Estado, el Comité considera que, como norma general, sus casos deben tramitarse en el territorio del Estado al que llegaron, o del Estado que de otro modo tiene jurisdicción sobre ellos. No obstante, si los Estados suscriben acuerdos para trasladar a los solicitantes de asilo a los efectos de la tramitación de sus casos, deben tener en cuenta al firmar esos acuerdos que los Estados no pueden eximirse de sus obligaciones internacionales. Por consiguiente, deben: a) cumplir las normas jurídicas aplicables en materia de derecho internacional de los refugiados y derecho internacional de los derechos humanos, que prevén, entre otras cosas, que se pongan a disposición de la persona interesada vías de recurso efectivas contra las decisiones por las que se ordena a su devolución; b) garantizar el derecho a la no devolución, para lo cual debe realizarse una evaluación individualizada; c) llevar a cabo siempre de manera equitativa y eficaz el procedimiento de determinación de la condición de refugiado u otros procedimientos de protección internacional; d) proporcionar acceso al asilo u otras soluciones duraderas dentro de un plazo razonable; y e) mejorar las condiciones de asilo en el Estado receptor, el Estado que efectúa el traslado y/o la región en su conjunto, al concertar acuerdos de traslado.

B. Personal que lleva a cabo las detenciones

33. El Comité observa que algunos Estados recurren a personal privado para la vigilancia de los trabajadores migratorios y sus familiares que están privados de libertad. El Comité recuerda que los Estados tienen un deber de especial cuidado con respecto a las personas privadas de libertad y han de actuar con la debida diligencia para evitar vulneraciones de su integridad personal. Coincide con el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en que, si un Estado subcontrata la gestión de los centros de detención de inmigrantes a empresas privadas, sigue siendo responsable de la forma y las condiciones en que los subcontratistas mantienen recluidas a las personas en cuestión. El Estado tiene la obligación de asegurar el cuidado de los detenidos, por lo que tiene la obligación de prevenir activamente los actos de tortura y los malos tratos por parte de sus agentes y de actuar con la debida diligencia para impedir los abusos por los agentes privados en particular.

34. En principio, el personal de seguridad de los centros de detención debe pertenecer al sector público. Sin embargo, los Estados partes pueden recurrir a los servicios de seguridad privada siempre que se establezca un plan de vigilancia idóneo y que el personal de los servicios de seguridad privada reciba una capacitación adecuada sobre las normas de derechos humanos aplicables al tratamiento de los detenidos, de conformidad con los instrumentos internacionales relativos a las personas privadas de libertad. Además, este debe coordinar su actuación con el personal público de los centros de detención.

C. Obligación jurídica de los Estados partes de adoptar medidas para aplicar las disposiciones de la Convención (artículo 84)

Fomento de la capacidad en materia de derechos humanos

35. El artículo 84 de la Convención establece la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para aplicar las disposiciones de la Convención. El Comité observa que, para que las normas y directrices establecidas en la presente observación general se apliquen efectivamente, es preciso que los Estados desarrollen y fortalezcan su capacidad en materia de derechos humanos. A tal fin, es imprescindible asignar recursos suficientes para asegurar la puesta en práctica de alternativas a la detención; garantizar que, en los casos excepcionales en que se permita la privación de libertad, los centros de detención cuenten con el equipo y las condiciones necesarias para implementar esa medida; supervisar al personal de seguridad, ya pertenezca al sector público

Comentado [A14]: Es muy breve esta sección sobre lugares de la detención. Dos de los tres párrafos están centrados en detenciones off-shore (realidad EU-África y de Australia con países vecinos), pero no se regulan otros aspectos centrales sobre esos espacios de privación de la libertad. Ver lo sugerido en el comentario anterior sobre estos centros y la necesidad de diferenciarlos radicalmente de los centros penitenciarios, comisarías de policía, etc.

Comentado [A15]: Recomendamos citar e introducir lenguaje del reciente Informe (julio 2020) del Grupo de Trabajo sobre Uso de Mercenarios, disponible en <https://daccess-ods.un.org/TMP/4498545.22943497.html>, referido al uso de actores privados en los mecanismos de control migratorio, incluyendo en las prácticas de detención y la gestión de los centros de detención migratoria

Comentado [A16]: Se podría extender esto un poco más, haciendo obligatorias las capacitaciones y abarcando otros temas conexos, como la discriminación racial y el racismo, especialmente en la actuación de fuerzas de seguridad y todo personal que trabaje en espacios de detención migratoria

Comentado [A17]: En la misma línea que el comentario sobre los lugares de detención, el personal es una de las formas de señalar que se debe hacer algo sustantivamente diferente del ámbito criminal. Entonces, el personal central no debería ser de "seguridad", más aún si se tiene en cuenta que son personas en situación de vulnerabilidad. El Comité debería reforzar que debería ser personal administrativo (por ejemplo, trabajadores/as sociales), capacitado en cuestiones sociales, trámites migratorios y otros, ante que en personal de seguridad perteneciente a ministerios de interior o seguridad. Esta sección (2 párrafos) se centran en el tema privatización, que es muy importante, pero deja afuera muchas cosas que podrían regularse con relación al personal de los centros. Capacitación, enfoque de género y de diversidad, función de proteger y asistir, antes que de controlar, sancionar, vigilar. Es una lente completamente diferente respecto de la destinada a centros penitenciarios.

o al privado; e impartir una capacitación adecuada sobre el derecho internacional de los derechos humanos a todos los funcionarios y empleados que tengan contacto con los migrantes.

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

A. Principio de no discriminación (artículos 1 y 7)

36. El principio de no discriminación es fundamental en los instrumentos internacionales de derechos humanos y se considera que constituye una norma de *ius cogens*. El artículo 7 de la Convención sustenta todas sus disposiciones al establecer el deber de los Estados partes de respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la Convención, sin discriminación.

37. Los Estados no solo están obligados a garantizar que sus disposiciones legales y prácticas no discriminen a los trabajadores migratorios y sus familiares, sino que también deben establecer las medidas positivas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que perpetúan o causan la discriminación *de facto* o *de iure* contra los trabajadores migratorios y sus familiares.

38. El Comité reconoce que los Estados gozan del poder soberano de establecer sus políticas y leyes de inmigración. No obstante, al hacerlo, deben velar por el pleno respeto de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en particular el respeto de la dignidad humana de los trabajadores migratorios y sus familiares y el principio de no discriminación.

La detención migratoria automática y generalizada por razones administrativas, coloca a las personas migrantes y solicitantes de asilo en una situación diferente de todas las demás personas que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado, y puede constituir, per se, una práctica violatoria del principio de no discriminación. Ello exige aplicar con un estricto escrutinio el estándar de excepcionalidad de la detención migratoria, como medida de último recurso, y la obligación de garantizar la libertad como regla general y, cuando sea necesario en un caso concreto, adoptar medidas alternativas no privativas de la libertad.

B. Principio de no criminalización de la migración

39. La entrada incluyendo el reingreso, y la estancia de los trabajadores migratorios y sus familiares en los países de tránsito, destino o recepción reporta múltiples beneficios económicos, sociales y culturales. El Comité reconoce la preocupación legítima de los Estados por controlar la entrada en su territorio y establecer normas de conducta dentro de sus fronteras, lo que puede requerir la participación de instituciones encargadas de salvaguardar la seguridad pública.

40. El Comité se opone al enfoque de la migración aplicado por algunos Estados, que la presentan como una amenaza para las comunidades locales, y a la consiguiente adopción de leyes, políticas o prácticas nacionales que designan a los migrantes como personas “peligrosas” o “nocivas”, o incluso “delincuentes”. Esas prácticas solo agravan la vulnerabilidad de los migrantes y aumentan las probabilidades de que sean víctimas de discriminación, xenofobia, explotación, violencia, racismo y otras vulneraciones de los derechos humanos. El Comité observa con preocupación que una de las consecuencias de la criminalización normativa o discursiva de la migración es la creciente y errónea asociación, tanto en los instrumentos jurídicos como en la opinión pública, de los migrantes en situación irregular con los delinuentes delictos y la criminalidad.

41. La manifestación más evidente de ese enfoque es la reglamentación de la migración en el marco del derecho penal y la consiguiente penalización de la entrada o estancia irregular

Comentado [A18]: Insistimos con la importancia de capacitaciones obligatorias y regulares, con mecanismos de seguimiento y evaluación, e incluyendo temas importantes como la discriminación racial, racismo, enfoque de género, entre otros

Comentado [A19]: Esto está algo desconectado de todo el resto

Comentado [A20]: Esto es algo preocupante. Las “normas de conducta” sobre la permanencia irregular no debería justificar automáticamente que intervengan organismos de seguridad pública. Si es una infracción o irregularidad administrativa, porqué tendrían que intervenir organismos de seguridad? Son entes administrativos a cargo de procedimientos migratorios los que, en su caso, deberían intervenir (y no necesariamente para sancionar, como ocurre en muchos países, donde la intervención es para solucionar la irregularidad, no castigarla). Esa línea parece legitimar la asociación entre irregularidad migratoria y seguridad pública, lo cual es incorrecto y podría ser peligroso. Es importante recordar que el Comité, en sus COBs a Perú, en 2015, recomendó que el Estado parte NO use a la policía para los procedimientos migratorios, para la detección e investigación de la irregularidad migratoria. Son organismos a cargo de la prevención, detección de delitos, y no de cuestiones administrativas. Si no, porqué infracciones tributarias u otras administrativas que no sean delito, no son presentadas como problemas de seguridad que requieran la intervención de instituciones encargadas de salvaguardar la seguridad? Sugiero enfáticamente revisar este párrafo.

de los trabajadores migratorios y sus familiares. El Comité reitera que en ninguna circunstancia las infracciones relativas a la entrada o estancia irregular pueden tener consecuencias similares a las derivadas de la actividad delictiva. La irregularidad migratoria no es el resultado de una decisión del migrante, sino de políticas restrictivas del Estado que impiden el ejercicio del derecho a la movilidad humana.

42. Otros ejemplos de sanción de la migración son las iniciativas que alientan a las poblaciones locales a que informen a las autoridades sobre la situación migratoria de los trabajadores migratorios y sus familiares, o la obligación impuesta a los proveedores de servicios y otras personas pertinentes de proporcionar información e intercambiar datos cuando los trabajadores migratorios y sus familiares acuden a las escuelas, los centros de salud o los lugares de trabajo. Si bien esas obligaciones podrían parecer más sutiles que la penalización, producen el mismo efecto negativo y a menudo desproporcionado sobre los derechos humanos de los migrantes que se encuentran en situación irregular.

43. Si bien algunos Estados consideran que esas políticas restrictivas son eficaces para controlar, disuadir, reducir o prevenir la migración, en realidad, no hay pruebas evidencias que demuestren que la migración irregular se reduzca en la práctica con ellas. Tales políticas son erróneas e insostenibles, ponen en peligro la salud y la integridad de los migrantes, e incluso corren el riesgo de ser contraproducentes y fomentar la aparición o crecimiento de redes de trata y tráfico. El Comité observa que el uso indiscriminado de la detención de inmigrantes como mecanismo de disuasión de la migración o de lucha contra la migración irregular resulta ineficaz para lograr esos fines. Es económicamente más oneroso que la vía de la migración regular y conculca múltiples derechos de los migrantes. Como resultado de ello, cuanto más indiscriminada sea la detención de inmigrantes, menos eficaz será como medio para gestionar la migración. No obstante, algunos países siguen utilizándola de forma sistemática, y por ende, arbitraria. Invirtiendo el propósito de la detención de inmigrantes, se centran en algunos de los efectos secundarios atribuibles a la detención más que en su limitada capacidad para contribuir a la identificación y expulsión de los migrantes. Se trata de efectos secundarios que deben considerarse apropiados únicamente en el caso de las sanciones penales, como la disuasión, la incapacitación y la expresión de resentimiento moral.

C. Principio de excepcionalidad de la detención de inmigrantes

44. La política de inmigración debe basarse en una presunción de libertad y no de detención. Si bien el derecho a la libertad no es ilimitado, el Comité ha reiterado que, puesto que toda privación de libertad es sumamente gravosa y restrictiva de los derechos humanos de las personas, y tratándose la irregularidad migratoria de una cuestión administrativa, la detención por motivos migratorios debe considerarse una medida absolutamente excepcional y de último recurso y solo debe utilizarse una vez que se haya demostrado que persigue un objetivo legítimo y que es necesaria y proporcionada, y se haya debidamente justificado, con evidencias, que ni la libertad ni ninguna de las medidas alternativas a la detención previstas en la ley, son aplicables en el caso concreto.

45. La detención de una persona o cualquier otra forma de privación de libertad por motivos relacionados con la condición migratoria, relativa la documentación y/o el ingreso o permanencia de inmigrante de una persona debe regirse por el principio de excepcionalidad, es decir, la privación de libertad debe aplicarse únicamente como última medida posible, una vez que se hayan analizado y descartado todas las alternativas menos perjudiciales. En cualquier caso, la decisión de ordenar la detención de los trabajadores migratorios y sus familiares debe adoptarse por el período más breve posible y solo si está justificada por un objetivo legítimo, es necesaria y proporcionada, en el caso concreto.

D. Principio de no detención de los niños y familias migrantes

46. Varios órganos internacionales y regionales y titulares de mandatos de los procedimientos especiales han sostenido que la detención de niños por motivos relacionados con su situación migratoria o la de sus progenitores no se rige por el principio de

Comentado [A21]: Esta frase es importante, tal vez podría estar más arriba en el texto de la OG.

Comentado [A22]: En 2015 el Comité observó con enorme preocupación una decisión del Estado peruano en esta dirección

excepcionalidad. Por lo tanto, no puede ser una medida de último recurso, de ahí que siempre esté prohibida en virtud del derecho internacional de los derechos humanos por ser innecesaria y desproporcionada, y por ende, arbitraria.

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 migratoria viola el derecho de los niños a la libertad y la protección contra la detención arbitraria, y los expone a los niños a un mayor-serio riesgo de tener problemas de salud física y mental y de convertirse en víctimas de abusos.

48. El Comité considera que la detención de niños por motivos relacionados con su condición de inmigrantes —ya se trate de niños no acompañados o separados o de niños que migran con fines de reunificación familiar— nunca redundan en el interés superior del niño. Incluso un breve período de detención puede constituir un trato cruel, inhumano o degradante y un perjuicio para ellos. Por consiguiente, los Estados deben procurar adoptar todas las medidas encaminadas-necesarias para la pronta erradicación de la privación de libertad de los niños migrantes, en la ley y la práctica.

49. En el caso de que se prive a los niños migrantes de su libertad, los Estados deben evaluar la pertinencia de las medidas alternativas a la detención a fin de evitar que los niños sean separados de sus progenitores o sean recluidos. Asimismo, no se debe permitir que los niños sean privados de libertad en centros de detención con sus progenitores, so pretexto de preservar la unidad familiar durante la detención. En cualquier caso, los Estados deben adoptar medidas para garantizar la libertad del grupo familiar.

50. Los Estados deben cerciorarse siempre de que no se detenga a los niños no acompañados y de que su estancia en lugares destinados a su cuidado y protección no se traduzca en la práctica en una privación material de la libertad, aunque esos lugares no sean oficialmente centros de detención. Los niños migrantes no acompañados deben ser confiados al cuidado de sus familiares o de trabajadores sociales debidamente capacitados, en el marco de evaluaciones del interés superior del niño, siguiendo los criterios fijados en las Observaciones Generales No. 3 y No. 4, de 2017, conjuntamente con el Comité de Derechos del Niño.

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 proteger sus derechos sobre la base del interés superior del niño como criterio primordial.

E. Principio de no detención de personas en situaciones de vulnerabilidad

52. Sin perjuicio de las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran las personas migrantes en situación migratoria irregular, en el caso de los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren en situaciones de especial vulnerabilidad, el deber de diligencia de los Estados de protegerlos eficazmente es mayor que en otros casos; en particular, estos deben adoptar medidas razonables para impedir la privación de libertad de esas personas. Los Estados deben evitar detener a los migrantes que tienen necesidades especiales o que están particularmente expuestos a la explotación, los abusos, la violencia de género, incluida la violencia sexual, u otras vulneraciones de los derechos humanos en el contexto de la detención. Ello incluye a las mujeres embarazadas y lactantes, las personas adultas mayores-de-edad, las personas con discapacidad, las personas supervivientes de torturas o traumas, las personas que son víctimas de delitos como la trata, los migrantes con necesidades especiales de salud física o mental, las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI), los refugiados, los solicitantes de asilo y los apátridas, así como minorías étnico-raciales en condiciones de vulnerabilidad en el Estado parte, como afrodescendientes y pueblos indígenas.

Comentado [A23]: Si la detención es considerada una violación de derechos del niño, e incluso se la asocia a trato cruel, inhumano o degradante, esta oración debe ser más enérgica. No puede hablarse de “procurar adoptar” o “pronta erradicación”.

Comentado [A24]: Esta redacción es muy confusa, y parece legitimar la detención de niños

Comentado [A25]: Llama la atención que el Comité no remita en esta sección a las OG 3 y 4.

53. El Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ha establecido que el umbral de los malos tratos puede alcanzarse muy rápidamente, cuando no inmediatamente, en el caso de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad.

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

54. El Comité considera que los Estados deben adoptar medidas para abolir gradualmente la detención de ~~in~~migrantes y cualquier otra persona por motivos migratorios. Pone de relieve que, mediante el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, los Estados se han comprometido a dar prioridad a las alternativas no privativas de libertad acordes con el derecho internacional, y a adoptar un enfoque basado en los derechos humanos respecto de cualquier detención de migrantes, utilizando la detención únicamente como último recurso.

55. Como se ha señalado anteriormente, el derecho a la libertad personal y la prohibición de la detención arbitraria exigen que la detención de ~~in~~migrantes sea una medida excepcional de último recurso. Los organismos de las Naciones Unidas han sostenido que siempre deben considerarse y agotarse las medidas alternativas no privativas de la libertad antes de recurrir a la detención. En consecuencia, el Comité considera que los Estados tienen la obligación de examinar y aplicar todas las medidas alternativas disponibles antes de recurrir a la detención, de conformidad con los principios de necesidad y proporcionalidad.

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 y/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, su solicitud de ingreso, o de asilo, o mientras esperan la deportación o la expulsión del país.

B. Alternativas a la detención que respeten los derechos humanos

57. El Comité recuerda que la entrada y estancia irregular de una persona en un Estado nunca debe constituir un delito. A lo sumo, esas acciones podrían constituir una falta administrativa, y en muchos casos es una irregularidad no causada por la conducta de la persona, y puede solucionarse por vías no punitivas, como la regularización, tal como el Comité lo ha subrayado en anteriores Observaciones Generales y en sus Recomendaciones a Estados parte. Por consiguiente, a fin de garantizar que la detención de inmigrantes sea únicamente una medida excepcional, los Estados deben aprobar leyes nacionales que prevean, como medidas prioritarias, alternativas a la detención compatibles con los derechos humanos, o modificar la legislación pertinente a tal efecto.

58. El Comité entiende por alternativas a la detención todas las medidas de atención comunitaria o soluciones de alojamiento que no entrañen una privación de libertad que son menos restrictivas que la detención y tienen por objeto respetar los derechos humanos de los migrantes. Las alternativas a la detención ideales-más adecuadas a las normas, principios y estándares internacionales son las que respetan el derecho a la libertad personal y, por lo tanto, no llevan aparejada ninguna restricción o condición, si no y en algunos casos que o circunstancias establecen, cuando fuera necesario y razonable, otros mecanismos y medidas legítimos que se ajustan a las normas de derechos humanos.

59. Sin embargo, el Comité observa que la mayoría de las medidas alternativas que se aplican en los Estados tratan de emular las medidas existentes en la esfera de la justicia penal,

como la fianza, la detención en el domicilio u otras restricciones de la libertad de circulación, como la vigilancia electrónica o la presentación periódica ante las autoridades. Esas medidas suelen ser excesivamente restrictivas y no son apropiadas, necesarias o razonables en el contexto de la migración. En algunos casos, pueden exacerbar la estigmatización de los migrantes, suponer una injerencia innecesaria en su libertad personal, imponer requisitos excesivamente onerosos, e incluso equivaler a una detención *de facto*.

60. Al reglamentar las medidas alternativas a la detención, los Estados deben velar por que toda limitación de la libertad personal se evalúe caso por caso, examinando esas medidas con arreglo a los principios de legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Las autoridades competentes deben examinar los efectos de las medidas alternativas sobre los derechos de los migrantes y verificar que no se impongan restricciones innecesarias a los migrantes, a fin de determinar la medida alternativa a la detención que sea menos invasiva. En numerosos países de destino de la migración, los procedimientos migratorios, incluso los de expulsión, se llevan a cabo sin ninguna medida privativa de la libertad ni otra restricción de ninguna clase a la libertad de la persona.

61. El Comité desea destacar que las medidas alternativas a la detención han demostrado ser menos costosas; su costo es hasta un 80 % inferior al de la detención, dado que acarrean menores gastos operacionales. Lo que es más importante, las alternativas a la detención son más humanas, ya que tienen repercusiones físicas y psicológicas menos perjudiciales para las personas —en particular las que se encuentran en una situación de vulnerabilidad—, al redundar en su salud y bienestar y proteger sus derechos. Las alternativas a la detención permiten a los migrantes seguir llevando una vida normal mientras se resuelve su situación migratoria. Además, esas alternativas son más eficaces; aproximadamente el 95 % de los migrantes cuya situación migratoria se está resolviendo asisten a las vistas, y hasta el 65 % de los migrantes cuyos casos son rechazados regresan de forma voluntaria e independiente. El Comité considera que, debido al riesgo de propagación de la COVID-19 y otras enfermedades, es aún más necesario adoptar medidas alternativas a la detención de inmigrantes.

62. El Comité recomienda la adopción de enfoques alternativos a la detención que prevean opciones no privativas de la libertad basadas en la comunidad. Esas alternativas se caracterizan por la coordinación asistencial y otras formas de apoyo, adaptadas a las necesidades y vulnerabilidades específicas de cada persona o familia, que les permitan vivir libremente en sus comunidades. Se garantiza la asistencia jurídica, el apoyo psicosocial y la protección de los derechos a la educación, la vivienda y la atención de la salud para ellos y sus familias. Si se utilizan esas alternativas a la imposición de restricciones a los derechos de los migrantes, las salvaguardias correspondientes deben ser tan estrictas como las que se aplican a las situaciones de detención. Entre tales salvaguardias figura la garantía de que la medida alternativa se establezca por ley, tenga una duración limitada, no sea discriminatoria en su propósito y efecto, no sea arbitraria, esté sujeta a salvaguardias procesales, incluida la revisión judicial periódica y la supervisión independiente, y proteja los derechos y la dignidad de la persona.

C. Duración de la detención

63. Como se ha señalado antes, la detención únicamente se autoriza en los casos en que no se pueden aplicar alternativas y ello está debidamente fundamentado en el caso concreto. Sin embargo, la detención nunca debe ser excesiva o indefinida en el contexto de los procedimientos de migración, ya que entonces se convertiría en arbitraria. Por consiguiente, los Estados deben establecer en su legislación el período máximo de detención en el marco de esos procedimientos. Además, la detención debe permitirse solo durante el período más breve posible, y también debe ser objeto de un examen frecuente para evaluar si sigue siendo necesaria y sigue siendo la única opción. Una vez transcurrido el período de detención fijado por ley, la persona detenida debe ser puesta en libertad automáticamente, sin poder volver a ser privada de su libertad por los mismos motivos.

64. En los casos en que existan impedimentos para identificar a migrantes en situación irregular o expulsarlos del territorio que no sean atribuibles a ellos —como la falta de

Comentado [A26]: No creo que sea un argumento que deba utilizar un Comité que evalúa normas y principios jurídicos. Puede ser usado para la incidencia política por diferentes actores, pero no en una Observación General técnica-jurídica.

Comentado [A27]: Esto es un arma de doble filo. Si cambian las estadísticas en un determinado momento o país?

Comentado [A28]: Sería importante decir algo en esta dirección. En algunos países, las personas son liberadas luego de llegar al plazo máximo, pero pocos días después son detenidas nuevamente por el mismo plazo permitido en la ley.

Comentado [A29]: Este estándar es muy preocupante, y reproduce el lenguaje de la Directiva de Retorno de la Unión Europea (2008). No es posible exigirle a la persona migrante que coopere con su deportación proveyendo xx información (ni siquiera en el ámbito penal se admite esto), y si no coopera, la respuesta es su privación de la libertad. Eso crea una nueva causa de detención (no cooperación con la sanción que le quieren imponer) que contradice los estándares fijados en la Observación General y en otros documentos del Comité y otros organismos de protección de derechos humanos.

cooperación de la representación consular de su país de origen, el principio de no devolución o la ausencia de medios de transporte—, y que hagan que la deportación o expulsión no pueda llevarse a cabo, la persona detenida debe ser puesta en libertad para evitar una detención que podría durar indefinidamente y que sería, por tanto, arbitraria. Del mismo modo, el ejercicio de los derechos de los migrantes privados de libertad no puede ser motivo para prolongar la detención. Por consiguiente, toda privación de libertad que se lleve a cabo porque los detenidos actúan en ejercicio de sus derechos a ~~disfrutar de~~ una defensa, a presentar recursos contra una orden de expulsión o detención, o a solicitar asilo, sería arbitraria.

D. Garantías judiciales y acceso a la justicia (artículos 16, 17 y 18 de la Convención)

65. El Comité ha señalado que el derecho de acceso a la justicia es doble. Por una parte, constituye un derecho humano en sí mismo, inherente a todas las personas, y, por otra, es un principio y una condición previa que impone a los Estados la obligación de velar por que todas las personas puedan acudir a los tribunales con el fin de reclamar sus derechos. El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular reconoce que el respeto del estado de derecho, las garantías procesales y el acceso a la justicia son fundamentales para todos los aspectos de la gobernanza migratoria. Eso implica que los Estados deben garantizar que todas las personas que se hallen dentro de su territorio o sometidas a su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad y situación migratoria o falta de ella, tengan acceso a la justicia.

66. El Comité recuerda que los migrantes pueden enfrentarse a múltiples obstáculos para acceder a la justicia, como las barreras lingüísticas, el desconocimiento de las leyes aplicables y la falta de redes de apoyo. Por consiguiente, a fin de asegurar que los migrantes disfruten del derecho de acceso a la justicia y al debido proceso en pie de igualdad con los demás, los Estados deben adoptar medidas procesales o compensatorias que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y las deficiencias que impiden o dificultan la defensa efectiva de los intereses de los migrantes. El Comité recomienda a los Estados partes que tomen todas las medidas necesarias para que los trabajadores migratorios y sus familiares que hayan sido privados de libertad tengan acceso a la justicia en los Estados de tránsito y de destino, así como a información sobre sus derechos como migrantes antes, durante y después de su entrada y estancia en los países de tránsito y de destino.

67. A fin de garantizar el acceso a la justicia a todos los trabajadores migratorios y sus familiares, el Comité insta a los Estados partes a que intensifiquen las medidas para que los trabajadores migratorios conozcan sus derechos antes de viajar, y a que faciliten su acceso a los recursos jurídicos y las vías de reparación para toda vulneración de sus derechos que tenga lugar mientras se encuentran en tránsito y a su llegada a los países de destino. Incluso tras el regreso de estos a su país de origen o a un tercer Estado, deben respetarse siempre esas garantías en el caso de los trabajadores migratorios y sus familiares a través de los servicios consulares.

E. Garantías judiciales

68. El Comité es plenamente consciente de que los trabajadores migratorios y sus familiares suelen tener graves dificultades para acceder a los tribunales nacionales y a los mecanismos de vigilancia y de denuncia debido a la ausencia de salvaguardias adecuadas durante su detención. Ello se traduce en la falta de representación legal y servicios de asistencia jurídica, la insuficiente protección consular para combatir el temor de los migrantes a ser detectados por las autoridades o a ser detenidos o expulsados si tratan de obtener acceso a la justicia, la limitada disponibilidad de servicios de interpretación y traducción, la falta de recursos efectivos para impugnar la legalidad de la detención y la falta de normas concretas sobre las obligaciones de los tribunales de aplicar sanciones o conceder una indemnización por las violaciones de los derechos humanos de los migrantes.

69. El Comité recuerda que, en virtud de la Convención, los Estados partes deben velar por que las leyes, políticas y prácticas respeten plenamente las garantías procesales de los

trabajadores migratorios y sus familiares en todas las actuaciones administrativas y judiciales relacionadas con su situación migratoria o su estatuto de protección internacional. Ello incluye los procedimientos de asilo o de determinación de la condición de refugiado, todas las formas de protección complementaria, los procedimientos para la determinación de la apatridia y otros regímenes y políticas de protección especial que puedan aplicarse a ellos.

70. Los Estados partes deben velar por el cumplimiento de las garantías procesales que se detallan a continuación a fin de respetar el acceso a la justicia de los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren detenidos.

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 y, en la medida de lo posible, en un idioma que comprenda, teniendo en cuenta factores como la edad, la discapacidad y el nivel de estudios para adoptar un lenguaje comprensible.

72. El Comité observa que, a fin de asegurar el efectivo acceso a la justicia de los migrantes, es primordial que los Estados pongan a disposición los recursos económicos y humanos necesarios para proveerles información en un idioma que puedan comprender claramente sobre los procedimientos y las garantías procesales que pueden invocar en caso de vulneración de sus derechos humanos.

73. El Comité reitera que los Estados partes deben preparar modelos de formularios de notificación que contengan, entre otras cosas, información sobre los recursos disponibles en los idiomas que con mayor frecuencia utilicen o comprendan los trabajadores migratorios en situación irregular en los países de que se trate. Los formularios deben ir siempre acompañados de una orden de detención que contenga información concreta [e individualizada](#) sobre los hechos y los fundamentos jurídicos de la detención, así como sobre el lugar de esta.

Revisión judicial de la detención (artículo 16, párrafos 6 y 8, de la Convención)

74. El Comité reafirma que todos los trabajadores migratorios y sus familiares que sean privados de su libertad tienen derecho a incoar procedimientos ante un tribunal, a fin de que este pueda decidir sin demora acerca de la legalidad de su detención. Esa garantía tiene por objeto evitar que la privación de libertad se convierta en una detención arbitraria (art. 16, párr. 8). Si la detención tiene lugar en el contexto del derecho penal, los trabajadores migratorios y sus familiares deben ser llevados sin dilación ante un juez o un tribunal para que evalúe la legalidad y la no arbitrariedad de su detención. La autoridad que resuelva sobre la legalidad de la detención debe ser independiente de la entidad que la llevó a cabo, con el propósito de evitar que la evaluación de la legalidad de la detención se convierta en una mera formalidad que impida un análisis imparcial. La evaluación también debe ser realizada por un funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y con potestad para ordenar la puesta en libertad del trabajador migratorio.

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.

Asistencia y protección consular (artículos 16, párrafo 7, y 23 de la Convención)

76. De conformidad con los artículos 16, párrafo 7 b), y 23, los trabajadores migratorios y sus familiares tienen derecho a comunicarse con las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o con las de otro Estado que represente sus intereses. Por otra parte, los Estados de destino o de tránsito tienen la obligación, en virtud del artículo 16, párrafo 7, de: a) informar sin demora al trabajador migratorio de ese derecho y de los derechos derivados de otros tratados pertinentes; b) informar a las autoridades consulares o diplomáticas de la detención del trabajador migratorio, si este lo solicita; c) facilitar la

Comentado [A30]: Un estándar importante a fijar por el Comité es que la detención, como principio general, solamente podría ser dictada por un órgano judicial. Y luego, la garantía de revisión por tribunales superiores

comunicación entre el trabajador migratorio y esas autoridades; y d) comunicarse y reunirse con los representantes legales de esas autoridades y hacer gestiones con ellos para la representación legal del trabajador migratorio.

77. El Comité es consciente de la situación particular de los refugiados o solicitantes de asilo que temen ser o han sido objeto de persecución, o que tienen otras razones para evitar el contacto con las autoridades consulares de su Estado de origen o residencia. En esos casos, el Estado bajo cuya jurisdicción vive la persona en cuestión debe respetar la decisión de no ejercer su derecho a la asistencia y protección consular si esta desea solicitar asilo.

78. El Comité hace hincapié en que el derecho a la asistencia y la protección consular es fundamental para que los trabajadores migratorios tengan acceso a la justicia, y resulta especialmente apremiante en el caso de las personas privadas de libertad, estén o no detenidas por motivos penales o relacionados con la inmigración. Por consiguiente, el Comité considera que los Estados de origen deben garantizar el acceso a una asistencia y protección consular efectiva, entre otras cosas, proporcionando suficientes recursos humanos, técnicos y financieros.

Asistencia jurídica y servicios de interpretación gratuitos

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. 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.

80. El Comité reconoce la labor fundamental de las organizaciones no gubernamentales (ONG), las clínicas jurídicas universitarias y los abogados que prestan servicios gratuitos, entre otros, en la representación legal de los migrantes. Sin embargo, recuerda que la labor que desempeñan no exime a los Estados de su responsabilidad de proveer a los migrantes asistencia jurídica y representación legal gratuitas. Además, los Estados deben permitir siempre que las ONG lleven a cabo sus actividades sin trabas.

Derecho a recibir notificación de la decisión sobre la situación migratoria

81. El Comité reconoce que, para tener pleno acceso a la justicia, los migrantes deben obtener una decisión bien fundada y razonada sobre sus procedimientos de inmigración, de modo que puedan, cuando proceda, recurrirla y defender sus derechos de forma adecuada. La notificación de esa decisión debe hacerse personalmente y por escrito al migrante y, cuando proceda, a sus representantes legales.

Indemnización a las víctimas de detención ilegal o arbitraria (artículo 16, párrafo 9, de la Convención)

82. El Comité recuerda que, en virtud del artículo 16, párrafo 9, de la Convención, los trabajadores migratorios y sus familiares que hayan sido víctimas de detención ilegal o arbitraria tienen derecho a exigir una indemnización. La naturaleza de la indemnización debe ser determinada por la autoridad nacional competente. Ello no obsta para que los Estados adopten medidas apropiadas a fin de garantizar que los trabajadores migratorios expulsados tengan acceso a una indemnización a través de mecanismos consulares y diplomáticos, ni para que adopten otras medidas de reparación, como la de facilitar el retorno del migrante.

F. Prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 10 de la Convención)

83. El Comité ha recibido información sobre diversos actos de violencia, en particular violencia sexual, trabajo forzoso y trata con fines de explotación sexual, perpetrados contra

Comentado [A31]: En algunos COBs, como las recomendaciones a Honduras (2016), el Comité hizo una serie de recomendaciones precisas sobre las obligaciones de los países de origen respecto de la asistencia y protección consular

migrantes que han sido privados de su libertad. Las mujeres, las niñas y los miembros de la comunidad de personas LGBTI+ son muy vulnerables a sufrir abusos en los centros de detención de migrantes. En algunos casos, los abusos equivalen a actos de tortura. El Comité observa que los migrantes corren un mayor riesgo de ser víctimas de violaciones de los derechos humanos durante su detención y que los Estados tienen la obligación de prevenir, investigar, enjuiciar y castigar los actos de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes u otras violaciones de los derechos humanos cometidas por el personal de los centros de detención, los detenidos o cualquier otra persona.

84. La información recibida por el Comité también indica que algunos Estados someten a los migrantes a un régimen de aislamiento. Esa práctica tiene efectos gravemente perjudiciales para la salud y, en algunos casos, ha provocado suicidios o daños psicológicos irreparables. El Comité recuerda que la reclusión en régimen de aislamiento no es apropiada para gestionar o garantizar la protección de los migrantes, los apátridas, los solicitantes de asilo o los refugiados. Según el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la reclusión prolongada en régimen de aislamiento constituye un acto de tortura.

85. El Comité ha recibido denuncias de migrantes que han sido devueltos a centros de detención en los que corrian el riesgo de ser sometidos a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El Comité ha sostenido que el principio de no devolución —la prohibición de trasladar a personas por la fuerza, de cualquier forma, a países en los que dichas personas puedan ser víctimas de persecución o de violaciones graves de los derechos humanos— incluye la prohibición de devolver a personas a lugares en los que estén sometidas a condiciones de reclusión inhumanas y degradantes, no reciban los tratamientos médicos necesarios o sean objeto de amenazas para el disfrute del derecho a la vida (artículos 9 y 10 de la Convención). Además, el Comité recuerda que el rechazo y la devolución en las fronteras nacionales de personas que podrían necesitar protección internacional sin examinar los derechos y las solicitudes individuales en materia de protección, infringen la prohibición de la expulsión colectiva y, por ende, el principio de no devolución.

G. Prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio (artículo 11 de la Convención)

86. El artículo 11 de la Convención exige a todos los Estados partes la adopción de medidas eficaces contra toda forma de trabajo forzoso y obligatorio impuesta a los trabajadores migratorios. El Comité expresa su preocupación por la presencia de redes de trata de personas en los centros de detención de inmigrantes. El Comité también ha recibido denuncias de casos de migrantes detenidos que son sometidos, bajo amenaza de castigo, a trabajos forzados, por los cuales perciben una remuneración ínfima o nula, durante un período prolongado.

87. Los Estados tienen la obligación de velar por que los migrantes privados de libertad estén protegidos contra todas las formas de esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso u obligatorio y trata de personas. Los Estados deben asignar recursos humanos, técnicos y financieros suficientes para aplicar leyes y estrategias destinadas a prevenir y erradicar la trata de personas. También deben establecer mecanismos para identificar a las víctimas de trata y abusos por parte de los tratantes, y proporcionarles protección y asistencia. Además, los Estados deben llevar a cabo investigaciones prontas, eficaces e imparciales de todos los casos de trata y abusos por los tratantes, y enjuiciar y sancionar a los autores de tales actos y a sus cómplices, en especial cuando se trate de funcionarios públicos.

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

88. El derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a la vida privada y familiar no será objeto de injerencia alguna. Ese derecho está estrechamente vinculado al principio de no detención de los niños, ya que el Comité considera que las familias migrantes con hijos tienen derecho a no ser privadas de su libertad y, por lo tanto, a que se les ofrezcan

alternativas a la detención. Por consiguiente, la detención de los niños nunca puede justificarse alegando que obedece al propósito de reunirlos con sus progenitores que permanecen reclusos. No obstante, cada caso debe ser evaluado individualmente; en el caso de las familias, la preservación de la unidad del hogar debe considerarse el criterio rector y por ende la detención es arbitraria y debe estar prohibida.

89. En las situaciones en que las familias con hijos no puedan beneficiarse de alternativas inmediatas a la detención, la detención por motivos de inmigración debe ser lo más breve posible y los Estados deben velar por que las familias permanezcan unidas y disfruten de sus derechos durante la privación de libertad. El Comité expresa su preocupación por la separación de las familias detenidas en función del sexo o la edad y considera que el criterio que prevalece en los casos de las familias con miembros de distinto sexo es el vínculo familiar. Sin embargo, el Comité subraya que la circunstancia excepcional no exime al Estado de cumplir diligentemente su obligación de garantizar a las familias el derecho a la libertad alternativas a la detención. Por lo tanto, en el caso de las familias migrantes con hijos, no se permite la detención en ninguna circunstancia prolongada o la detención en instalaciones que no reúnan los requisitos exigidos.

Si los Estados deciden, como medida de último recurso y excepcional, la detención migratoria de una persona adulta, que reside junto a hijos/as menores de edad, se debe realizar una evaluación del interés superior del niño a los efectos de determinar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la detención de su padre o madre.

Comentado [A32]: Confuso, parece contradecir la oración anterior

Comentado [A33]: Esto contradice directamente el estándar de prohibición de detención de familias (OG 4)

Comentado [A34]: Esto también contradice explícitamente el estándar del Comité, que prohíbe toda detención de familias, no solamente la prolongada u otros requisitos.

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.

91. Por consiguiente, el Comité considera que los Estados deben velar por que los migrantes detenidos tengan acceso a los servicios de salud, incluidos los de salud sexual y reproductiva, y a la atención psicológica. Si en los centros de detención no se dan las condiciones apropiadas, los migrantes detenidos que necesiten atención médica deben ser trasladados a establecimientos adecuados. Además, teniendo en cuenta los efectos psicológicos y físicos que la detención tiene en los migrantes, los Estados deben evaluar periódicamente la salud física y mental de los migrantes que se encuentran reclusos. Los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que, tanto en la legislación como en la práctica, todos los trabajadores migratorios y sus familiares que estén privados de libertad, independientemente de su situación migratoria, gocen de acceso a la atención médica -incluyendo la de urgencia y a los servicios básicos preventivos y de tratamiento de salud- en las mismas condiciones que los nacionales del Estado parte.

92. En un contexto como la pandemia de COVID-19, el Comité está de acuerdo con el Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (véase CAT/OP/10) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (véanse CERD/C/GRC/CO/20-22, párr. 23, CERD/C/ESP/CO/21-23, párr. 22, y CERD/C/NOR/CO/21-22, párr. 36) en que los Estados deben adoptar las medidas de precaución necesarias para impedir la propagación del virus, y aplicar medidas de emergencia destinadas a asegurar que los migrantes que se encuentren detenidos tengan acceso a niveles adecuados de atención médica y mantengan el contacto con sus familias y con el mundo exterior.

J. Derecho a la propiedad y obligación de proteger los documentos de identidad y personales (artículos 15 y 21 de la Convención)

93. Los trabajadores migratorios y sus familiares tienen derecho a no ser privados arbitrariamente de sus bienes. Asimismo, las autoridades estatales están obligadas a proteger los documentos de identidad y personales de los trabajadores migratorios y sus familiares. No obstante, es práctica habitual que, durante la detención de inmigrantes, las autoridades

estatales retengan sus pertenencias, como los teléfonos móviles, el dinero en efectivo, las tarjetas bancarias y los documentos de identidad y personales. En algunos casos, las pertenencias nunca son devueltas a su propietario.

94. El Comité considera que, si bien los Estados tienen un interés legítimo en garantizar la seguridad de los trabajadores migratorios privados de libertad y pueden adoptar medidas a tal efecto, como la retención temporal de las pertenencias de los detenidos, no redundan en interés de los migrantes ni de sus familiares que se retengan sus pertenencias más allá del período de detención. Por lo tanto, es importante que los Estados establezcan criterios claros y mantengan un inventario de las pertenencias retenidas. También es necesario cerciorarse de que entre las pertenencias que se retienen no figuren artículos esenciales, como medicamentos, números de teléfono de parientes cercanos y documentos de identidad. En el caso de todas las demás pertenencias, la custodia debe ser objeto de supervisión, y debe asegurarse que se devuelvan al migrante al término de la detención.

95. El Comité recuerda que el derecho a la identidad es fundamental para el disfrute de todos los demás derechos reconocidos en la Convención y en otros tratados internacionales. La retención de los documentos de identidad de los migrantes nunca es una medida apropiada; vulnera el derecho no solo a la propiedad, sino también a la identidad y deja a los trabajadores migratorios y a sus familias en una situación de mayor vulnerabilidad frente a las violaciones del resto de sus derechos.

96. Por consiguiente, los Estados deben adoptar medidas legislativas y de otra índole para garantizar que los documentos de identidad se retengan solo cuando quede claro que es estrictamente necesario para la tramitación de la detención y únicamente durante el período de detención. Si la retención de documentos es indispensable, se debe permitir que el trabajador migratorio tenga acceso a sus documentos; estos deben ser devueltos a su titular una vez que hayan concluido los trámites para los que fueron requeridos.

K. Condiciones de detención

97. El Comité considera que las condiciones precarias de detención pueden constituir un trato cruel, inhumano o degradante y pueden aumentar el riesgo de que se vulneren otros derechos, como el derecho a la salud, la alimentación, el agua potable y el saneamiento. Además, las condiciones de privación de libertad inadecuadas pueden equivaler a tortura si son impuestas deliberadamente, alentadas o toleradas por el Estado por razones basadas en cualquier tipo de discriminación, incluida la condición de migrante, o si se infligen con el fin de disuadir a los trabajadores migratorios y sus familiares de que no prosigan con sus procedimientos de inmigración o de solicitud de protección internacional, o de intimidarlos o castigarlos por hacerlo.

98. Por lo tanto, los centros de detención de inmigrantes deben cumplir las normas más estrictas a fin de garantizar la dignidad y el bienestar de los detenidos, al menos al mismo nivel exigido para los centros de detención utilizados en el ámbito penal. Sin embargo, el Comité subraya que la detención en el contexto de la inmigración nunca debe regirse por el derecho penal.

99. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) y las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes (Reglas de Bangkok) establecen las normas que deben cumplir los centros de detención, independientemente del presupuesto de que dispongan los Estados. Se debe velar por que: a) los trabajadores migratorios no sean reclusos junto a personas enjuiciadas o condenadas por un delito penal; b) los hombres y las mujeres permanezcan separados, salvo en el entorno familiar; c) se designen zonas específicas para las familias con hijos; d) se proporcione suficiente espacio y se evite a toda costa el hacinamiento; e) las instalaciones cuenten con espacios abiertos para la coexistencia y el esparcimiento; f) se ofrezcan unas condiciones de limpieza e iluminación apropiadas; y g) se adopten otras medidas que permitan a los detenidos tener un nivel de vida adecuado. Además de las condiciones físicas, los Estados deben cerciorarse de que haya suficiente personal, de ambos sexos, que debe estar debidamente capacitado en materia de derechos humanos y cuestiones de género y

Comentado [A35]: migrante

Comentado [A36]: No coincidimos con esta afirmación. El piso debe ser mucho más alto, o mejor dicho, sustancialmente diferente. Ver comentarios hechos al respecto anteriormente.

Comentado [A37]: Aquí podrían introducirse estándares bien diferentes, en la dirección propuesta en otros comentarios

Comentado [A38]: Se propone que no sea similar al sistema penal, pero luego los estándares mencionados se refieren siempre al sistema penal. No está mal mencionarlos, pero habría que agregar un nuevo lenguaje, un estándar que diferencie sustantivamente esta detención administrativa de la creada por los Estados en el ámbito penal como mecanismo de sanción a la comisión de delitos que han generado XX daño en terceros u otros bienes jurídicos protegidos por el derecho penal.

cualificado para trabajar con grupos de personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad.

Comentado [A39]: capacitación regular y obligatoria para el personal, con mecanismos de evaluación y seguimiento

L. Vigilancia de los derechos humanos en los lugares de detención

100. Es primordial que los Estados vigilen de manera eficaz, [permanente](#) y creíble las condiciones de los centros de detención de inmigrantes. Los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias para garantizar la vigilancia constante de los centros de detención, sin zonas restringidas. El Comité considera importante que la autoridad encargada de la vigilancia de los lugares de detención sea independiente e imparcial. No cabe admitir que la misma autoridad responsable de aplicar la política de [inmigración](#) o encargada de los centros de detención lleve a cabo esa tarea. Los Estados pueden recurrir a [antiguos](#) órganos profesionales integrados por personas con experiencia en materia de derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familiares, ya sean autoridades o miembros de la sociedad civil, u organismos estatales de protección de los derechos humanos.

101. Incluso si existe una autoridad u órgano que se encargue de la supervisión de los lugares de detención, la participación de las organizaciones de la sociedad civil —que no complementan ni sustituyen las obligaciones de los Estados— es indispensable y pertinente para la defensa de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Por consiguiente, los Estados deben autorizar el acceso a los centros de detención a las organizaciones de la sociedad civil, [instituciones académicas](#), las instituciones nacionales de derechos humanos y los organismos internacionales, como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el ACNUR y el Comité Internacional de la Cruz Roja, a fin de garantizar una vigilancia independiente y autónoma. Las entidades de vigilancia externas deben tener a su disposición la información y la documentación relativas al centro y a las personas reclusas en él, así como la posibilidad de mantener entrevistas privadas y confidenciales con los detenidos y el personal.

102. El Comité recuerda que el objetivo del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, como se establece en su preámbulo y en su artículo 1, es establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, lo cual constituye una obligación inderogable en virtud del derecho internacional. Los Estados partes en dicho Protocolo Facultativo deben velar por que los centros de detención sean supervisados por esos órganos, en particular por sus mecanismos nacionales de prevención de la tortura.

103. En un contexto como la pandemia de COVID-19, los Estados deben adoptar medidas para garantizar que la vigilancia se lleve a cabo de modo que permita a los órganos internacionales y nacionales cumplir su mandato en los centros de detención con arreglo al principio de “no causar daño”, reduciendo al mínimo la necesidad de contacto físico, pero ofreciendo oportunidades para participar en la labor de prevención.

VI. Supervisión y rendición de cuentas

104. Los Estados deben establecer mecanismos independientes de supervisión y rendición de cuentas en los centros de detención de [inmigrantes](#), y crear mecanismos de presentación sistemática de informes. Ello puede lograrse mediante la cooperación entre las autoridades encargadas de esos centros y otros actores, como la policía, las instituciones nacionales de derechos humanos, los parlamentarios, la sociedad civil, [academia](#) y las organizaciones internacionales. Los Estados también deben prestar apoyo a todas las partes interesadas que presenten denuncias en nombre de las víctimas de delitos, abusos o violaciones de los derechos humanos cometidos en los centros de detención de [inmigrantes](#). Además, los Estados deben instaurar mecanismos y procedimientos oficiales para proporcionar recursos eficaces en caso de violaciones de los derechos humanos en los centros de detención, ofrecer

una reparación integral a las víctimas y velar por que las autoridades estatales y privadas rindan cuentas por esas violaciones.

VII. Acceso a la información y reunión de datos e indicadores

105. El Comité observa que los Estados no suelen facilitar información pública accesible sobre el número de migrantes detenidos o sobre las condiciones de su detención. El Comité recomienda a los Estados que, como política pública, adopten mecanismos de producción sistemática de información cualitativa y cuantitativa sobre todos los aspectos relativos a la detención por razones migratorias, incluyendo su implementación general y en cada caso. También debe adoptar medidas para permitir el acceso a la información pública relativa a los derechos de los trabajadores migratorios que no estén privados de libertad. También recomienda a los Estados que reúnan y procesen esa información con miras a la elaboración de políticas públicas adecuadas. El Comité insta a los Estados partes a que pongan en marcha sistemas de información para determinar si un migrante está detenido y en qué lugar de reclusión se encuentra, lo cual contribuye asimismo a reforzar las medidas de búsqueda de migrantes desaparecidos. Esos sistemas deben respetar el principio de confidencialidad que protege a los solicitantes de asilo, los refugiados, los apátridas y otros grupos en situaciones de vulnerabilidad que necesitan protección complementaria y es aplicable en el ámbito de la protección de datos. Toda la información debe estar adecuadamente desagregada por género, edad, origen étnico-racial, nacionalidad, discapacidad.

VIII. Coordinación y cooperación internacionales

106. El Comité reafirma la necesidad de abordar la migración internacional por medio de la cooperación y el diálogo a nivel internacional, regional y bilateral. También reafirma la necesidad de adoptar un enfoque amplio y equilibrado, que reconozca las funciones y responsabilidades de los países de origen, tránsito, destino y retorno en la promoción y protección de los derechos humanos de los trabajadores migratorios que estén privados de libertad, a fin de conseguir una migración segura, ordenada y regular, en el pleno respeto de los derechos humanos y evitando prácticas que podrían agravar la vulnerabilidad de los migrantes.

IX. Difusión y uso de la presente observación general y presentación de informes

107. Los Estados partes deben difundir ampliamente la presente observación general entre todas las partes interesadas, en particular las autoridades estatales, el sector privado (incluidos los centros de detención privados), la sociedad civil, las instituciones nacionales de derechos humanos, los medios de comunicación y todos los migrantes, independientemente de su situación. La presente observación general debe traducirse a los idiomas pertinentes y estar disponible en versiones y formatos que sean plenamente accesibles.

108. Las partes pertinentes de la presente observación general se deben incorporar en la capacitación oficial previa al empleo y la capacitación oficial de otra índole de todos los empleados, en particular el personal técnico, así como de las autoridades y el personal que se encargan de la administración de la detención de inmigrantes y de la aplicación de la ley.

109. Los Estados partes deben incluir en los informes que presenten en virtud del artículo 73 de la Convención información sobre las medidas que hayan adoptado en cumplimiento de la presente observación general y sobre los resultados conseguidos.

X. Ratificación o adhesión y reservas a la Convención

110. El Comité alienta a los Estados que aún no lo hayan hecho a que procedan a la ratificación de la Convención o a su adhesión, incluida la formulación de las declaraciones vinculantes en virtud de los artículos 76 y 77.

111. Se alienta a los Estados partes a que examinen, modifiquen o retiren las reservas formuladas durante la ratificación o adhesión, con miras a garantizar que los trabajadores migratorios y sus familiares que sean privados de libertad gocen plenamente de los derechos que los asisten en virtud de la Convención.
