**Comentarios del Estado colombiano al documento**

**Observación general núm. 5 (2020), sobre los derechos de los migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria (27.10.2020)**

[**https://www.ohchr.org/eN/hrbodies/CMW/Pages/CFI-GC5-2020.aspx**](https://www.ohchr.org/eN/hrbodies/CMW/Pages/CFI-GC5-2020.aspx)

De conformidad con la solicitud de comentarios y aportes en relación con el proyecto de Observación general núm. 5 (2020) del *Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, recibida mediante Nota CMW/2020/GC/ik de 22 de septiembre de 2020, se presentan a continuación los comentarios al documento en comento, compilados por el Ministerio de Relaciones Exteriores con insumos aportados por la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia y del Derecho, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (UAEMC o Migración Colombia ) y el Instituto Colombiano de Bienestar familiar (ICBF).

1. El texto *sub examine* hace parte del desarrollo de la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, (en adelante la Convención), ratificada por Colombia y aprobada mediante Ley 146 de 1994.
2. Su desarrollo abarca diez temas, los cuales se relacionan así: (i) introducción; (ii) marco normativo sobre la protección del derecho a la libertad de los trabajadores migratorios y de sus familiares; (iii) medidas generales para la aplicación de las disposiciones de la Convención relativas a la protección del derecho a la libertad; (iv) principios fundamentales de la Convención relativos al derecho a la libertad de los trabajadores migratorios y de sus familiares; (v) obligaciones jurídicas de los Estados partes en la obligación de proteger el derecho a la libertad de los trabajadores migratorios y de sus familiares; (vi) supervisión y rendición de cuentas; (vii) acceso a la información y reunión de datos e indicadores; (viii) coordinación y cooperación internacional; (ix) difusión y uso de la observación general y presentación de informes; y, finalmente, (x) ratificación o adhesión y reservas a la Convención.
3. En este orden de ideas, de la revisión general del documento, se encuentra que se trata de una observación acorde con los estándares en materia de la protección de los derechos de las personas migrantes, en particular, en relación con lo definido en el artículo 16 de la Convención que, sobre el particular, dispone:

“[…] *Los trabajadores migratorios y sus familiares no serán sometidos, individual ni colectivamente, a detención o prisión arbitrarias; no serán privados de su libertad, salvo por los motivos y de conformidad con los procedimientos que la ley establezca* […]”.

1. Es preciso advertir que en Colombia las infracciones migratorias no constituyen delito, puesto que su naturaleza es administrativa y el procedimiento para su sanción se encuentra reglado en el Decreto 1067 del 2015 y en la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). En Colombia no existe la figura de detención o prisión de migrantes.
2. Igualmente, es importante precisar que los extranjeros en el territorio colombiano, gozan de los mismos derechos y garantías de los nacionales, a su turno, se encuentran también sometidos por los mismos deberes civiles y están obligados al respeto de la Constitución Política y las leyes de la República.
3. Por su parte, la UAEMC cuenta con Salas Transitorias de Migración, sin embargo estas no están destinadas en ningún caso para detención Permanente, temporal o arbitraria y se ajustan a Protocolos de DDHH y en el marco de la Política Institucional de Derechos Humanos.
4. Asimismo, Migración Colombia viene adelantando la adecuación de Salas Transitorias de Migración STM, las cuales atendiendo la jurisprudencia internacional, garantizan la atención prioritaria y eficiente del servicio al ciudadano en circunstancias especiales, garantizando su trato humano (no privación de la libertad de las personas, incomunicación o su aislamiento). Igualmente (…) “*hacen referencia al derecho que asiste a los estados para reglamentar la estadía de extranjeros en su territorio y, que considere necesario, adoptar las medidas que estime necesarias para proteger a su nación de las conductas de estas personas cuando se considere que atentan contra la seguridad, tranquilidad o higienes públicas. “Cartilla Red Migrante*” nov. 2013.
5. En relación con los niños, niñas y adolescentes (NNA) es importante resaltar dos puntos: (i)El ICBF no realiza detenciones a niños, niñas o adolescentes, nacionales o migrantes. Dentro de sus competencias, sin importar la situación migratoria u origen los niños, niñas y adolescentes con derechos amenazados o vulnerados reciben protección del ICBF a través del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD), y (ii) La oferta institucional del ICBF en los componentes de prevención y protección está formulada bajo el principio de no discriminación, por lo cual está abierta al acceso sin requisitos de documentación.
6. Por su parte, es necesario destacar que el documento dispone un capítulo que establece obligaciones jurídicas de los Estados partes en la Convención, de proteger el derecho a la libertad de los trabajadores migratorios y de sus familiares. Así, establece como obligaciones aplicar medidas alternativas a la detención que respeten los derechos humanos, disposiciones sobre la duración de la detención, las garantías judiciales y el acceso a la justicia de las personas migrantes detenidas (mediante las que se disponen estándares mínimos como el derecho a ser informado de los motivos de la detención, la revisión judicial de la decisión, la asistencia y protección consular, la asistencia jurídica y servicios de interpretación gratuitos, y el derecho a recibir notificación de la decisión sobre la situación migratoria, todos estos dispuestos en el articulado de la Convención).
7. En este sentido, se observa que el documento propende porque la detención de personas migrantes sea una medida extraordinaria y no la norma. Así, en casos en que la detención sea necesaria (porque cumple con los criterios de la existencia de un objetivo legítimo, legalidad, necesidad y proporcionalidad, que valga aclarar, no se trata de criterios novedosos, sino que de hecho responden a la protección del principio de que la privación de la libertad es una medida excepcional de último recurso, siempre en favor de la libertad, que surge de los estándares universales y regionales en la materia) se deben garantizar estándares mínimos de respeto a los derechos humanos de las personas migrantes.
8. En ese contexto, si se va a detener a personas migrantes, por ejemplo para la verificación de su situación migratoria o la determinación del inicio de un proceso de deportación, que es algo respecto de lo cual los Estados tienen potestad, de todas manera deben seguirse ciertas condiciones particulares en los lugares de detención. Como ha sido ya entendido en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ciertas condiciones de detención podrían llegar incluso a considerarse tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
9. Igualmente, la Observación no es ajena a reconocer que se deben aplicar procedimientos de identificación en el caso de los migrantes víctimas de delitos, incluidas las víctimas de trata de personas, y en el de otros grupos que necesiten protección internacional, que no deben ser privados de libertad bajo ninguna circunstancia, sin que se pase por alto la obligación de los Estados de perseguir las redes criminales transnacionales, en aras de proteger a todas las personas, evitando los  delitos, sancionando a los responsables de éstos y manteniendo el orden público.
10. Asimismo, la Observación reconoce el impacto diferenciado en la población en situación de vulnerabilidad, a través del establecimiento del principio de no detención de personas en situaciones de vulnerabilidad.

Por su parte, **en relación con los párrafos puntuales** nos permitimos trasmitir las siguientes comentarios:

1. Sobre el párrafo 1, sería importante incluir no solo la detención arbitraria, sino también su conexidad con la xenofobia y la discriminación.
2. Sobre el párrafo 6, se sugiere incluir también el tráfico de migrantes.
3. Sobre el párrafo 9, para los temas relativos a *Trata de personas* puede ser relevante indicar que Migración Colombia cuenta con el desarrollo reciente del aplicativo ‘Libertapp’ el cual busca prevenir este delito mediante mecanismos de reporte inmediato, y geo-referenciación, en garantía de DDHH y que ha sido puesto al servicio del Estado Colombiano.
4. Sobre el párrafo 14, se sugiere que se tenga en cuenta el objetivo por el que una persona es privada de la libertad, que como se plantea en las Reglas Mandela:

*“*[…] *Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo[[1]](#footnote-1)*[…]”.

1. Sobre el párrafo 15, es preciso indicar que en Colombia, la vida y la libertad son dos bienes jurídicos muy importantes protegidos por la Constitución y la ley, el derecho a la libertad quedó consagrado en la Constitución Política como uno de los principales derechos fundamentales. Así mismo Colombia hace parte, de la mayoría de los tratados y convenios internacionales en materia de Derechos Humanos, que protegen en forma preponderante el derecho a la libertad como una conquista de la humanidad y prevén instrumentos para su preservación (control judicial, doble instancia, habeas corpus, *inter alia*).
2. Sobre el párrafo 35, se sugiere incorporar "Bajo un enfoque de seguridad humana” en la frase “*es preciso que los Estados desarrollen y fortalezcan su capacidad en materia de derechos humanos*”
3. Sobre el párrafo 50, se sugiere incorporar “o en caso de ausencia, a las autoridades competentes en materia prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia” en la frase “*Los niños migrantes no acompañados deben ser confiados al cuidado de sus familiares o de trabajadores sociales debidamente capacitados*.”

1. Sobre el párrafo 62, es prudente clarificar en qué consisten esas alternativas de detención
2. Sobre el párrafo 66, se sugiere incluir que “los Estados partes garanticen en la medida de lo posible que el acceso a la justicia tendrá en cuenta el idioma nativo del migrante y su familia. Al igual deberá tener en cuenta situaciones especiales de comunicación para población con discapacidad o limitaciones cognitivas.”
3. Sobre el párrafo 78, se sugiere finalizar en texto en la palabra “efectiva” de la siguiente manera:

*“*[…] *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 auna asistencia y protección consular efectiva*. […]”.

1. Sobre el párrafo 91, se sugiere ajustar la primera frase de la siguiente manera:

*“*[…] *Por consiguiente, el Comité considera que los Estados deben velar por que los migrantes detenidos tengan acceso a la atención en salud de manera equitativa a la garantía del derecho a la salud que reciban los privados de la libertad en el Estado de origen, la cual deberá corresponder a un modelo de atención en salud diferencial, inclusivo, con enfoque de género y con especial atención al impacto en salud mental por las condiciones asociadas a la reclusión*. […]”.

Se sugiere ajustar la tercera frase de la siguiente manera:

*“*[…] *Teniendo en cuenta el impacto físico, social, mental y psicosocial que genera la privación de la libertad en los migrantes, los Estados parte deben crear mecanismos de evaluación y acceso efectivo a la atención médica y psicológica que requieran los migrantes que se encuentran recluidos.* […]”.

1. Sobre el párrafo 92, se sugiere incluir después de la frase “*que los Estados deben adoptar las medidas de precaución necesarias para impedir la propagación del virus, y* (…)” la frase “teniendo en cuenta que a nivel mundial la población privada de la libertad ha sido uno de los grupos con mayor impacto en salud respecto a los efectos de la pandemia de COVID – 19, asociado a las condiciones generales de hacinamiento, inadecuada infraestructura, poco acceso a condiciones sanitarias adecuadas, entre otras”

En la frase final del párrafo, se sugiere incluir: “tengan acceso a medidas de prevención, elementos de bioseguridad, garantía de condiciones sanitarias adecuadas, información en salud acorde al impacto de la pandemia de esta población y en general a todas las disposiciones que el Estado parte identifique como prioritarias para controlar la propagación del COVID – 19 en los centros de detención donde se encuentren migrantes.”

1. Sobre el párrafo 105, se sugiere incorporar “Bajo mecanismos de protección de datos” en la frase “*El Comité recomienda a los Estados que adopten mecanismos para permitir el acceso a la información pública relativa a los derechos de los trabajadores migratorios que no estén privados de libertad*.”
2. Sobre el párrafo 106, se sugiere incorporar “*bajo el principio de responsabilidad compartida*” en la frase “*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,*”
3. De lo anteriormente expuesto y sin perjuicio de los aportes efectuados, se entiende que las disposiciones de la Observación son acordes con los estándares internacionales en materia de protección de los derechos de las personas migrantes.

1. Fuente: Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela). Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Asamblea General, resolución 70/175, anexo, aprobado el 17 de diciembre de 2015 [↑](#footnote-ref-1)