Barcelona, 30 de octubre del año 2020.

**COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS**

**TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES**

**ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS**

El *Eje sobre Migraciones de La Fede.cat* que es una red formada por organizaciones para la justicia global[[1]](#footnote-1), atendiendo a la invitación de ese Comité para presentar comentarios con relación al borrador de la Observación General Número 5, sobre *los derechos de los migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria*, somete a su consideración las cuestiones que a continuación se desarrollarán.

Con ese fin, en primer lugar, deseamos advertir que los comentarios que a continuación se harán al borrador tienen como referencia central la ***versión en español*** de éste, intentando que las propuestas que se formulan sean de fácil traducción en los otros dos idiomas de trabajo. En segundo lugar, para facilitar el entendimiento de los comentarios que se hacen, estos están divididos en cuatro secciones: a) Ajustes transversales que buscan mejorar el contenido del proyecto de Observación; b) Comentarios a secciones completas que integran el proyecto de Observación con propuestas de modificación o ajuste sustantivo, y c) Comentarios a párrafos concretos que integran el proyecto de Observación con propuestas de modificación o ajuste sustantivo y, d) Propuesta de *test* para valorar las medidas de afectación a la libertad personal que se pueden aplicar a las personas trabajadoras migrantes y sus familias.

De igual forma, queremos expresar que si bien hay algunos aspectos que podrían analizarse con mayor profundidad, entendemos el proceso que se ha seguido para llegar a este borrador y los fines de la Observación, por lo que con nuestras aportaciones sólo buscamos ajustar, mejorar o precisar algunos aspectos de lo hasta ahora propuesto.

**a) Ajustes transversales que buscan mejorar el contenido del proyecto de Observación.**

Con el fin de que la Observación General No.5 contenga un lenguaje inclusivo, se sugieren los siguientes cambios:

|  |  |
| --- | --- |
| DICE | DEBE DECIR |
| Los migrantes | Las personas migrantes |
| Los trabajadores migratorios | Las personas trabajadoras migrantes |
| Los detenidos | Las personas detenidas |
| Los niños | Los niños y las niñas |
| Los refugiados | Las personas refugiadas |
| Los solicitantes de asilo | Las personas solicitantes de asilo |
| Los apátridas | Las personas apátridas |

De igual manera se sugiere la revisión de todo el texto a fin de evitar el uso de términos como *recluidas* o similares que, en castellano, tienen una connotación más de naturaleza penal o criminal que administrativa.

**b) Comentarios a secciones completas que integran el proyecto de Observación con propuestas de modificación o ajuste sustantivo[[2]](#footnote-2)**

1. *Comentario a los párrafos 13 a 15 del proyecto de Observación.*

Las definiciones y elementos de definición que se incluyen no dejan de partir de lo que no es la libertad personal y que, por inclusivos que quieren ser, sólo piensan en las intervenciones en las que no hay voluntad o son hechas por el Estado, con lo que se dejan de lado supuestos en los que sí existe voluntad y que no por ello pueden quedar excluidos de un análisis de derechos humanos. Siendo esto relevante, porque hay casos en los que las personas migrantes son llevadas a algunos lugares en principio de manera voluntaria al hacerles creer que con eso se regulará su situación jurídica, aunque posteriormente se les impide salir.

Ante ese panorama, en un intento para comprender qué es la libertad personal, que sí es y, a partir de ello, tratar de establecer cuándo estaríamos en presencia de una restricción y cuándo de una privación de ésta, además de determinar si es posible que reciban diversas denominaciones esas restricciones y privaciones; se sugiere que se siga la siguiente definición: *la libertad personal es el derecho humano reconocido a toda persona para desplazarse y/o salir en cualquier momento de un lugar determinado en el que se encuentra de manera voluntaria u obligada, se conozca o no por esa u otras personas la ubicación de ese lugar*.

1. *Comentario a los párrafos 16 a 18 del proyecto de Observación.*

Si bien en términos generales se comparte lo establecido en estos párrafos, consideramos que sería útil hacer una distinción entre “restricciones” y “privaciones” de libertad. En primer lugar, porque en nuestra opinión, sólo las primeras estarían autorizadas para el caso de las personas migrantes (sin causas penales) por situaciones vinculadas con los procedimientos y procesos migratorios. Mientras que las segundas, por esas mismas causas, deberían estar prohibidas.

Así, se propone que se considere como restricción toda afectación a la libertad personal que no supere las 72 horas. En tanto que, toda aquella afectación de la libertad personal que supere esas 72 horas, esto es, desde que inicia la hora 73 y hasta el máximo que se autorice en los sistemas legales de los países será una privación de libertad. Ello independientemente de la denominación que se les dé en cada sistema jurídico a una determinada medida.

Utilizamos el plazo de 72 horas, por ser el máximo autorizado casi de manera uniforme en diferentes sistemas jurídicos en el mundo para que se decida por un juez o tribunal sobre la afectación de la libertad personal de cualquier ser humano.

De no hacerse esta distinción, resultará necesario incluir en diferentes apartados de la Observación la necesidad de la intervención judicial (al menos también en los párrafos 63 y 64 del proyecto de observación).

Para nosotros, el lugar en el que se lleva a cabo no es relevante para esa distinción, aunque sin duda trasciende en el grado o intensidad. Pero por lógica, el lugar tiene relación inseparable con el tiempo, en la medida de que a mayor tiempo de afectación, más cerrado es el establecimiento en el que se ejecuta. Y entre menos tiempo se afecte la libertad personal, menos será la necesidad de contar con un espacio determinado y cerrado para su ejecución . Ambos supuestos tienen excepciones y, ante las excepciones, preferimos no dar relevancia al lugar sino a la duración.

1. *Comentario a los párrafos 20 a 29 del proyecto de Observación*

En el análisis que se desarrolla en esos párrafos, nos parece insuficiente que se pida desarrollar únicamente un análisis típico de proporcionalidad de las medidas que afecten la libertad personal.

Consideramos que para determinar si una restricción a los derechos humanos en general, y de una persona migrante extranjera en particular, es admisible, el derecho del que se trate debe ser sometido a una evaluación previa que determine antes de la restricción a un derecho concreto, si ello no parte de una afectación a los principios de igualdad y no discriminación.

Esto porque, por medio del test de igualdad se determina la racionalidad (y proporcionalidad) de la diferenciación de trato, en tanto que por medio del test de proporcionalidad se establece la proporcionalidad de una restricción de un derecho humano. Con lo cual, nunca será lo mismo evaluar la proporcionalidad de una restricción de un derecho humano que evaluar la racionalidad de un trato diferenciado en el ejercicio de un derecho. En uno se parte de la identificación del derecho a restringir o que ha sido afectado, mientras que en el otro del establecimiento de un término de comparación que puede o no existir, independientemente de que sí exista una restricción a un derecho.

Distinción que en muchos casos puede parecer innecesaria, pero consideramos nunca se puede obviar cuando la restricción del derecho humano se dirige a cualesquiera de las categorías sospechosas. Especialmente porque, como antes señalábamos, muchas veces ni siquiera las intensidades (estricta o menos estricta) logran que se pueda reunir todo en una misma evaluación, como nos lo muestra la complejidad teórica que antes se describió, ya que dichas intensidades no cumplen su función de igual forma en todos los supuestos, especialmente en los vinculados con personas migrantes extranjeras en los que resulta “fácil” perderse entre la no discriminación y la restricción por las expresas exclusiones que hay en el reconocimiento de algunos derechos (supra 2.4).

En ese sentido, consideramos que toda afectación de un derecho humano de una persona migrante extranjera debe superar tanto la evaluación de igualdad como la de proporcionalidad, entendiendo que ésta proporcionalidad no es la misma que la proporcionalidad de la justificación de la diferenciación que contiene el test de igualdad, por lo antes señalado.

Lo anterior puede parecer innecesario y contrario a las tradicionales evaluaciones de igualdad y restricciones con intensidades. Sin embargo, para nosotros resulta importante hacerlo en dos niveles porque una justificada diferenciación no puede dar lugar a cualquier tipo de restricción de derechos y, toda restricción de derechos en categorías sospechosas debe estar permanentemente acompañada de una ausencia previa de discriminación.

Siendo especialmente importante en el caso de las personas extranjeras, por el conjunto de derechos humanos que tenemos vedados del alcance de los principios de igualdad y no discriminación y que, muchas veces sirven para dar por obvia la irrelevancia de una evaluación de igualdad, dando lugar a una mayor apertura en la posibilidad del establecimiento de restricciones.

1. *Comentario a los párrafos 46 a 51 del proyecto de Observación.*

Consideramos que los párrafos 49 a 51 deberían ser eliminados a fin de que quede expresado de manera clara y enfática que la detención y/o privación de libertad de niños y niñas migrantes no está autorizada por el derecho internacional de los derechos humanos.

De esa manera, en primer lugar, se propone que en el párrafo 46 se señale de manera enfática que: *nada autoriza, ni justifica la detención y/o privación de la libertad de niños y niñas por razones migratorias, estén o no en compañía de familiares u otras personas.*

En segundo lugar, en sustitución de los párrafos antes indicados, se podría incluir uno en el sentido siguiente: *El Comité no desarrolla en esta Observación estándares o condiciones relacionados con la detención y/o privación de niños y niñas migrantes, toda vez que no pretende que se justifiquen o legitimen a partir de dichos estándares conductas que atentan contra principios básicos del derecho internacional de los derechos humanos.*

Para dar congruencia a esta propuesta, se debería ajustar también el contenido de los párrafos 89 y 99 del proyecto de Observación, a fin de establecer que *“las familias con hijos estarán en lugares distintos a los centros de detención”.*

**c) Comentarios a párrafos concretos que integran el proyecto de Observación con propuestas de modificación o ajuste sustantivo.**

|  |  |
| --- | --- |
| El borrador dice | Se propone que diga |
| … 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 …  (Párrafo 17, quinta línea) | … El Comité reafirma que las actividades que dan lugar a la detención de inmigrantes, como el cruce no autorizado de fronteras internacionales, pueden constituir, a lo sumo, infracciones administrativas … |
| … En consecuencia, la privación de libertad en el contexto de la inmigración debe ser una medida excepcional de último recurso…  (Párrafo **20**, tercera línea) | … En consecuencia, la privación de libertad en el contexto de la inmigración debe ser una medida breve y excepcional de último recurso… |
| … En cualquier caso, la amenaza que representan esos dos escenarios debe ser corroborada por hechos probados.  (Párrafo **23**, novena línea) | … En cualquier caso, la amenaza que representan esos dos escenarios debe ser corroborada por hechos probados y no acreditarse lo establecido en el párrafo 64 de esta Observación. |
| … 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…  (Párrafo **31**, tercera línea) | … Igualmente, si un Estado parte decide trasladar a trabajadores migratorios a centros de detención situados fuera de su territorio o financia la creación de esos centros directamente o indirectamente por medio de ayudas o cooperación, el Estado está obligado a velar por que en esos centros se respeten y garanticen los derechos… |
| … El Estado tiene la obligación de asegurar el cuidado de los detenidos, por lo que tiene la obligación …  (Párrafo **33**, línea 8) | … El Estado tiene la obligación de asegurar el cuidado de los detenidos y es responsable de toda persona bajo su custodia, por lo que tiene la obligación … |
| 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.  (Párrafo **34**) | En principio, el personal de seguridad de los centros de detención debe pertenecer al sector público y sólo ocuparse de la vigilancia externa de los centros para garantizar la naturaleza no penitenciaria de éstos. 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 para los excepcionales casos en que tengan que participar en el interior de los centros de detención. |
| … 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.  (Párrafo 39, tercera línea) | … 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, quienes siempre deberán guiar su participación y actuar con el fin prioritario de garantizar los derechos humanos. |
| … debe considerarse una medida excepcional de último recurso y solo debe utilizarse una vez que se haya demostrado que persigue un objetivo legítimo y que es necesaria y proporcionada. …  (Párrafo **44**, cuarta línea) | … debe considerarse una medida excepcional de último recurso, lo más breve posible y solo debe utilizarse una vez que se haya demostrado que persigue un objetivo legítimo y que es necesaria y proporcionada. … |
| En los casos en que existan impedimentos para identificar a migrantes en situación irregular o expulsarlos del territorio que no sean atribuibles a ellos […]. 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 o a solicitar asilo sería arbitraria.  (Párrafo **64**) | En los casos en que existan impedimentos para identificar a migrantes en situación irregular o para expulsarlos del territorio que no sean atribuibles a ellos […]. 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 o a solicitar asilo sería arbitraria. En cualquier caso que una detención supere las 72 horas, deberá ser un órgano jurisdiccional quien valore su legalidad y establezca su continuidad por un plazo definido. |
| 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…  (Párrafo **74**) | El Comité reafirma que todas las personas trabajadoras migrantes 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. Independientemente de eso, en todo caso, cualquier detención superior a 72 horas deberá ser determinada por un órgano jurisdiccional. Esa garantía tiene por objeto evitar que la privación de libertad se convierta en una detención arbitraria… |
| 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. ...  (Párrafo **98**) | Por lo tanto, los centros de detención de personas inmigrantes deben cumplir las normas más estrictas a fin de garantizar la dignidad y el bienestar de los detenidos, al menos al mismo nivel que se exige por las normas y estándares internacionales de derechos humanos para los centros de detención utilizados en el ámbito penal. ... |
| b) los hombres y las mujeres permanezcan separados, salvo en el entorno familiar  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 cualificado para trabajar con grupos de personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad.  (Párrafo **99**, séptima, decimoprimera y decimosegunda línea) | b) los hombres y las mujeres permanezcan separados, salvo en el entorno familiar y, en todo caso, garantizando su detención según su identidad de género sentida.  g) se adopten otras medidas que permitan a los detenidos tener un nivel de vida adecuado, lo que incluye la disposición de material y actividades de ocio suficientes.  … 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 cualificado para trabajar con grupos de personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, así como incorporar recursos de medicación intercultural adicionales a los de traducción e interpretación que deberán estar previstos. |
| … 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.  (Párrafo **104**, octava línea) | … Además, los Estados deben instaurar mecanismos y procedimientos oficiales para garantizar la intervención judicial en toda detención que supere 72horas, así como 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. |

**d) Propuesta de *test* para valorar las medidas de afectación a la libertad personal que se pueden aplicar a las personas trabajadoras migrantes y sus familias.**

La libertad personal, independientemente a quién le sea reconocida, puede ser objeto de restricciones. Así, por motivos migratorios es una de esas razones admisibles expresamente como lo reconocen las diversas normas jurídicas que son citadas en la Observación. No obstante ello, no cualquier afectación puede ser admisible. Bajo esa premisa y todo lo establecido en la Observación, se propone que se incluya en el contenido de la Observación lo siguiente:

*El Comité considera que cualquier supuesto en la cual se pueda afectar la libertad personal de una persona trabajadora migrante extranjera sin la existencia de causas penales debe encontrarse dentro de los siguientes parámetros:*

1. *Ser una detención o arresto. Es decir, independientemente de la denominación que se le dé, la intensidad o grado de su ejecución no debe superar en ningún caso las 72 horas.*
2. *Tener un fin constitucionalmente imperativo establecido en ley. Esto es, que esté establecida en ley suficientemente accesible, precisa y previsible en su aplicación en la que sin duda alguna señale qué es lo que motiva esa detención o arresto de hasta 72 horas: prevenir la entrada no autorizada de la persona en el país, lograr la efectiva salida de una persona del territorio, asegurar que una persona a quien no se le permite entrar al territorio regrese al lugar del que proviene, asegurar su presencia para dar cumplimiento a la resolución que se dicte en el procedimiento que se le siga, asegurar que una persona que ha cometido un acto contrario a la ley no permanezca en el territorio, etc.*
3. *Estar vinculada con un procedimiento de estricta naturaleza migratoria en el que el resultado final de éste sea alguna de las finalidades señaladas en el punto anterior.*
4. *Ser de carácter excepcional. Lo que significa que no debe aplicarse en todos los casos, sino sólo en aquellos en que sea esencialmente necesario o imprescindible para cumplir con los fines que se buscan.*
5. *Ser la última opción de al menos dos previas que no impliquen afectación a la libertad personal. Esto es, estar integrada en un sistema de medidas que busquen garantizar los fines que se tienen y que sólo cuando esos al menos dos previos no funcionen, se pueda aplicar como única y última medida. Preferentemente como medida de ejecución ante el incumplimiento voluntario.*
6. *Depender de la acreditación de los todos los elementos materiales necesarios para cumplir con los fines que se tienen. Es decir, al ser la última opción disponible, esto significa que a su vez los demás elementos que harían posible el cumplimiento del fin ya se tienen al momento en que se lleva a cabo ésta: resolución definitiva y firme, costos de salida, admisión en el lugar de destino, incumplimiento de medidas previas e inexistencia de peligro para la persona.*
7. *Ser dictada por autoridad jurisdiccional con competencia en el tema central si no deriva de un procedimiento que pueda ser sometido a revisión judicial. Esto es, al ser la migración y extranjería asuntos de derecho administrativo, el juez debe ser de ese ámbito para que pueda evaluar los puntos anteriores y tenga pleno conocimiento de los supuestos en que es aplicable y las características de cada uno.*
8. *Ejecutarse en lugares apropiados y con las condiciones necesarias para ello. Es decir, no basta que sean lugares sin características penitenciarias, sino también que cuenten con las condiciones de estancia necesarias y suficientes.*
9. *Prever una especial protección y garantías para los supuestos que involucren a mujeres, niños y niñas, personas con discapacidad, minorías étnicas o raciales y cualquier otro grupo históricamente discriminado. Esto es, prever los casos en que podría presentarse una discriminación múltiple. Sin olvidar en el caso de niñas y niños la medida nunca puede dirigirse o justificarse en éstos.*
10. *Otorgar todas las garantías de una persona privada de libertad****.***

Finalmente, como un comentario general que se podría incluir en esta Observación, pero que tiene como fin ampliar su alcance a futuras observaciones, es el relacionado con la posibilidad de incluir una nota al pie al inicio del texto en la que se indique lo siguiente: *“Esta observación debe ser entendida, utilizada y aplicada a partir de su comprensión integral y sistemática y no a partir de la selección discrecional de párrafos aislados”*. Esto se propone en razón de que, en ocasiones, partes aisladas de las observaciones se utilizan con el fin de distorsionar o limitar el ejercicio de los derechos, cuando su fin es el contrario. Al ser esto una práctica que se observa en diferentes latitudes del mundo, se somete a su consideración la posibilidad de incluir el texto propuesto o uno similar como nota al pie.

Aun cuando el Estado español no sea parte de la Convención que sustenta el trabajo de ese Comité, las organizaciones de la sociedad civil que presentamos estos comentarios expresamos nuestro firme compromiso en el trabajo a fin de que toda persona migrante sea tratada con dignidad, así como para que les sean respetados todos sus derechos humanos independientemente de su situación migratoria.

Las organizaciones que presentamos estos comentarios al proyecto de Observación No.5 quedamos a disposición de ese Comité para un debate más profundo de los temas que en ella se desarrollan.

1. Este documento ha sido coordinado por el Institut de Drets Humans de Catalunya (IDHC), organización con estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas; y cuenta con el respaldo de las siguientes organizaciones integrantes del *Eix Migracions* de La Fede.cat: Associació Atzavara Arrels, Comissió Catalana d'Ajuda al Refugiat, Fundació Autònoma Solidària, Sant Just Solidari y SOS Racisme Catalunya. [↑](#footnote-ref-1)
2. El contenido de este apartado y el apartado d) tienen como base las ideas que se encuentran desarrolladas de manera más amplia en el libro: Castilla Juárez, Karlos, *¿Detención por motivos migratorios? Respuestas desde los derechos humanos para España y México*, Tirnat lo Blanch, México-Valencia, 2018. [↑](#footnote-ref-2)