**Observación General No. 5 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de Naciones Unidas sobre sobre el derecho a la libertad personal de los migrantes y su protección en contra de la detención arbitraria**

**Cuestionario**

**Diciembre 2018**

Este cuestionario está diseñado para que Estados, organizaciones de la sociedad civil, entidades intergubernamentales, instituciones académicas y otros actores de interés para el Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CMW, por sus siglas en inglés), aporten información para la elaboración de la Observación General No. 5 sobre el derecho a la libertad personal de los migrantes y su protección en contra de la detención arbitraria. El Comité invita a dichos actores a enviar respuestas a este cuestionario con base en su experiencia y capacidad. En adición a lo anterior, los Estados Partes de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares están llamados a proveer información detallada, incluyendo fuentes, datos, estadísticas, evidencias y toda la documentación disponible. Los Estados Partes no tienen que responder cada pregunta y pueden enviar información en formatos alternos.

Los insumos deben ser enviados de forma electrónica, en formato Word, al email [cmw@ohchr.org](mailto:cmw@ohchr.org) con el asunto **“Información para la Observación General sobre el Derecho a la Libertad Personal de los Migrantes”** La extensión de las aportaciones no podrá ser mayor a diez páginas y deberá ser enviada antes del **1 de abril de 2019**. Las contribuciones escritas no serán traducidas y deberán, preferentemente, ser enviadas en inglés. Aportaciones en inglés y francés también serán aceptadas.

**Información del Estado y/o la organización**

Nombre del Estado y/o la organización: Defensoría Pública de la Unión

País: Brasil

Información de contacto: [internacional@dpu.def.br](mailto:internacional@dpu.def.br)

Fecha: 04/04/2019

**Parte A. Información General**

1. Por favor, describa el proceso de detención de personas migrantes en su país. ¿Cuáles son las autoridades encargadas de llevar a cabo la detención? ¿Quién o cual institución supervisa a dichas autoridades?

Las personas migrantes sólo pueden ser detenidas en Brasil, por motivos penales, cuando haya flagrante de hecho definido en ley como crimen, o por orden judicial en procedimiento (investigación o proceso) criminal. También puede ocurrir la detención mediante decisión judicial, para deportación de extranjero que incumpla el orden de salida del país, o para fines de extradición.

Generalmente la autoridad responsable de promover esas detenciones es la Policía Federal, que está estructuralmente subordinada al Ministerio de Justicia, pero también es fiscalizada, en control externo, por el Ministerio Público Federal.

En algunos casos, las policías civiles y militares estatales también podrán realizar la detención. Estas están sometidas a las secretarías estatales de justicia o seguridad pública, y también están sujetas al control externo del Ministerio Público.

Toda persona presa debe ser presentada, en 24h, a un Juez, para realización de audiencia de custodia, en que se delibera sobre la legalidad de la prisión efectuada, y también sobre su necesidad o posibilidad de imposición de medida cautelar diversa.

1. ¿En dónde tienen lugar los arrestos y detenciones a migrantes? Durante el arresto o detención, ¿es común el uso de la fuerza? ¿Existen estándares para el trato a migrantes durante el arresto? ¿En qué medida los migrantes están informados de lo que está sucediendo durante un arresto (por qué están detenidos, posibles cargos en su contra, etc.)?

La Policía Federal posee cárceles que pueden ser utilizadas para el tránsito de personas detenidas por corto período de tiempo.

Sin embargo, no existen establecimientos estrictamente disponibles para recibir migrantes presos, de modo que se utilizan los mismos establecimientos destinados a los nacionales o extranjeros a quienes se imputa la práctica de ilícitos penales.

No es común el uso de la fuerza, pudiendo ser empleado sólo en caso de resistencia a la prisión, en la medida de lo necesario para contener al preso. También el empleo de esposas sólo es autorizado en situaciones específicas, mediante justificativa fundamentada por parte de la autoridad responsable.

La ley determina que los inmigrantes sean informados acerca de las razones por las cuales están siendo detenidos, además, tiene derecho de mantener contacto con su abogado o solicitar asistencia de la Defensoría Pública. Generalmente, en las entrevistas reservadas con extranjeros, se percibe la dificultad de comprensión de las razones de la prisión por falta de traductor. No existen, sin embargo, directrices específicas para el tratamiento de inmigrantes, la presencia de traductor generalmente ocurre sólo en audiencias judiciales.

1. ¿Cómo se integra el personal que custodia a los migrantes detenidos (funcionarios penitenciarios, agentes del orden público, trabajadores sociales, etc.)? ¿Cuáles son las calificaciones profesionales del personal en estos centros de detención? ¿Quién supervisa al personal en los centros de detención?

La Policía Federal, que ejerce la función de policía de fronteras, está compuesta por funcionarios públicos con vínculo estatutario con la Unión, exigiendo formación de nivel superior.

En las unidades penales los responsables de la custodia de los presos pueden ser agentes penitenciarios, policías militares o incluso personal subcontratado en algunos casos, normalmente no exigiendo nivel superior.

El personal de los centros de detención puede ser supervisado, en primer nivel, por el director de la penitenciaria, en otros niveles tanto por los jueces de la ejecución penal, como por los Consejos Penitenciarios Estaduales y Nacional, a depender de las denuncias realizadas o de la constatación de irregularidades durante la realización de inspecciones.

1. ¿Quién es el propietario de las instalaciones utilizadas para albergar a los migrantes detenidos? ¿Quién opera las instalaciones utilizadas para albergar a los migrantes detenidos? ¿Las instalaciones que albergan a migrantes detenidos son públicas o privadas?

Las instalaciones utilizadas para albergar presos, en Brasil, son siempre públicas, aunque en algunos pocos casos se ha concedido su gestión a la iniciativa privada. Las cárceles de la Policía Federal pertenecen a la Unión, y son operadas por los propios agentes de la Policía Federal. Los establecimientos penitenciarios pertenecen a los 26 estados o al Distrito Federal, y son operados por agentes penitenciarios, por regla general. Los inmigrantes pueden ser detenidos en cárceles federales o estatales a depender de la gravedad del delito que cometen, y / o sobre todo nivel de participación con organizaciones criminales.

1. ¿Su país supervisa los centros de detención? ¿Quién supervisa los centros de detención? ¿Cuáles son los estándares que deben cumplir los centros de detención?

El sistema penitenciario está sujeto a la fiscalización por diversos órganos del sistema de justicia: el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los Consejos Penitenciarios, entre otros.

1. Durante la detención, ¿las personas detenidas tienen acceso a la comunicación con sus familias, asesores legales y sus propias autoridades consulares? ¿Se les proporciona información sobre el proceso por el que están pasando?

La prisión penal presupone la entrega de una nota de culpa (artículo 306, § 2º, del CPP), en la que se aclaran los motivos de la detención. También se comunica a la familia del preso, a su abogado (si no tiene abogado constituido, a la Defensoría Pública) y a la representación diplomática del país de origen del preso (Resolución nº 162/2012, del Consejo Nacional de Justicia). Es común la representación diplomática y la Defensoría Pública de la Unión establecer puentes de comunicación entre el preso inmigrante y sus familiares cuando éstos se encuentren en el país de origen.

1. ¿Se satisfacen las necesidades particulares de las mujeres y otros grupos de personas en situación de vulnerabilidad? ¿Se adopta un enfoque diferenciado para los casos de solicitantes de asilo, víctimas de tortura y trata, y otros migrantes que se encuentran en una situación particularmente vulnerable?

La ley ordena que las mujeres sean detenidas en establecimientos penales distintos de aquellos reservados para los hombres (artículo 82 de la Ley de Ejecución Penal), lo que normalmente es obedecido. También hay disposición para reservar celda separada para las personas del grupo LGBT (artículo 5 de la Resolución nº 03/2018 del Consejo Nacional de Políticas Criminales y Penitenciarias), aunque en este caso se tienen más noticias de incumplimiento.

Por regla general, solicitantes de refugio, víctimas de tortura o tráfico de personas no tienen un enfoque diferenciado, sin embargo, la Defensoría ejerce un importante papel para modificar la comprensión de que solicitantes de refugio, víctimas de tráfico de personas y víctimas de tortura y otros inmigrantes en una situación particular de vulnerabilidad deben tener particulares tratamientos durante el proceso penal, sobre todo, para que puedan responder el proceso en libertad y tengan atención especial de psicólogos y asistentes sociales.

1. ¿El procedimiento de detención tiene alguna particularidad cuando hay niños, niñas o adolescentes involucrados?

Sí. El niño o adolescente no puede ser privado de libertad, sino en flagrante de acto infractor o por decisión fundamentada de la autoridad judicial competente (artículo 106 del Estatuto del Niño y del Adolescente - Ley nº 8.069). Son absolutamente excepcionales las hipótesis de internación de personas menores de 18 años. Conforme a las particularidades del caso, identificada alguna situación que exponga al niño o adolescente a mayor vulnerabilidad, podrá aplicarse alguna de las medidas de protección definidas en ley, las cuales sin embargo, no implican privación de libertad.

**Parte B. Ámbito legal**

1. ¿Cuál es la base legal para detener a los migrantes en su país? ¿Cuál es el propósito que persigue la detención de migrantes irregulares? ¿Cómo se ha articulado este propósito a través de la legislación y del sistema judicial y las políticas públicas? Por favor identifique cualquier caso relevante en el sistema judicial de su país.

La ley 13.445 / 2017, denominada ley de migraciones, dispone de mecanismos que concede un plazo de hasta 60 días para que los inmigrantes procedan a la regularización de su ingreso en el territorio nacional, además de determinar el derecho al contradictorio y la amplia defensa y el deber de notificar a la Defensoría del Pueblo de la Unión acerca de los casos de deportación. De este modo, se tiene como regla la posibilidad de regularizar la situación migratoria de los inmigrantes irregulares que, incluso, tienen derecho a libre circulación en el territorio durante el plazo que les fue concedido para la regularización. Sólo se realizará la detención de inmigrantes ilegales, si hubo decisión judicial finalizando el plazo concedido y con la intimación de la Defensoría Pública de la Unión.

La reciente alteración de la ley de migraciones permitió el ejercicio de la defensa de estos inmigrantes por la Defensoría y, al que se observa, ha sido cumplida por la Policía Federal.

1. ¿La migración está regulada dentro del derecho administrativo o en el derecho penal?

Sí, la Constitución Federal garantiza la igualdad de brasileños e inmigrantes, en el art. 5 °. Además la Ley 13.445 / 2017 es el marco regulatorio en el ámbito del derecho administrativo, en el ámbito penal, se aplican a los inmigrantes las reglas aplicadas a los nacionales.

1. ¿La detención migratoria se determina *ex officio* o se realiza un análisis individualizado de su pertinencia y proporcionalidad en cada caso concreto?

Se realiza el análisis individualizado de la pertinencia y proporcionalidad del caso concreto.

1. ¿La legislación establece una duración máxima para la detención migratoria? ¿Cuál es el plazo máximo durante el cual una persona puede permanecer detenida? ¿Existe aluna excepción o extensión a dicho plazo previstas en la ley?

No establece porque la detención por irregularidad migratoria se da sólo para fines de ejecución de la deportación, caso no existan otros recursos adecuados.

1. ¿La legislación establece algún mecanismo para controvertir la legalidad de la detención?

La Constitución Federal de Brasil, de 1988 (artículo 5, LXVIII), estableció el Habeas Corpus como instrumento específico destinado a la tutela del derecho a la libertad de ir y venir, ante la eventual ilegalidad en la detención. El instrumento es de muy amplia legitimidad (cualquier persona puede presentar a su favor o para tutela de la libertad de terceros), sin que se le requiera la forma apropiada o la asistencia de un abogado.

1. ¿Existe alguna regulación nacional que garantice el acceso a representación legal o intérpretes en los procedimientos migratorios? ¿Existe alguna garantía de acceso a representación legal gratuita?

La Constitución Federal de 1988 asegura a todos, nacionales o extranjeros, aunque en situación migratoria irregular, el derecho a la asistencia jurídica integral y grado a los que demuestren hiposuficiencia de recursos (arts. 5º, LXXIV, y 134). Por regla general, los intérpretes están presentes en las audiencias judiciales relativas a procesos penales.

1. ¿Existe alguna legislación que establezca el derecho a la asistencia consular para los migrantes? ¿Está garantizado este derecho en la práctica?

Sí, la Resolución n ° 67 de 14 de enero de 2017, determina la notificación consular en caso de detención de extranjero. En la práctica se observa el cumplimiento a lo determinado por la Policía Federal.

1. ¿Su país reconoce los derechos de debido proceso de los no ciudadanos en igualdad de circunstancias que a sus ciudadanos? Si no es así, ¿cuáles son las diferencias?

Si, como ya se ha señalado, la ley de migraciones establece el derecho al contradictorio y la amplia defensa en los casos de deportación o expulsión (artículo 48 de la Ley)

1. ¿Hay información disponible para los detenidos sobre los procesos de solicitud de asilo o de solicitud de la condición de refugiado?

La Defensoría del Pueblo de la Unión proporciona aclaraciones a los detenidos acerca de estos procesos, asi como actua en su defesa durante todo el procedimiento.

1. ¿Cómo son los procedimientos que determinan el estatus migratorio de las personas? ¿Cuál es el órgano encargado de adoptar dicha decisión? ¿Cuáles son las cualificaciones de quienes integran estos órganos? ¿Son nombrados o elegidos?

Las solicitudes de regularización migratoria pueden ser dirigidas al Ministerio de Justicia, pero los procedimientos se realizan ante la Policía Federal. La Policía Federal verifica la formalidad de los procedimientos, el análisis de mérito es realizado por el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública. Las personas que integran la Policía Federal, son agentes que han hecho oposiciones públicas ​​con enseñanza superior en la mayoría de los casos. Las personas que integran el ministerio pueden ser agentes que han hecho oposiciones públicas o nombradas para ejercer la función. Los pedidos de refugio son juzgados por el Comité Nacional de Refugiados - CONARE.

1. ¿Existe la obligación de fundamentar y motivar adecuadamente las decisiones a través de un razonamiento legal? ¿Cómo se asegura eso en la práctica?

Las decisiones sobre las solicitudes de regularización pueden o no ser motivadas, sin embargo, como hay previsión de contradictorio, en su mayoría debe contener la fundamentación mínima para el ejercicio del contradictorio. Las decisiones sobre los requerimientos de refugio también son motivadas y permiten contradictorio. Los recursos son transmitidos por sistemas electrónicos e informatizados. Las personas son notificadas por los contactos que dejan en los registros de las solicitudes.

1. ¿Cuánto tiempo pasa después de la detención y antes de que se determine el estatus migratorio de la persona? ¿Cuánto tiempo toma la determinación inicial del estatus migratorio?

El art. 50 de la Ley de Migración determina un plazo de hasta 60 días para la realización de la regularización migratoria, es posible extender el plazo. En este caso no hay detención. Por lo tanto, la pregunta no es aplicable.

1. Si hay familias involucradas, ¿sus casos son analizados y resueltos de forma separada o conjunta? ¿se toma en consideración el interés superior de los niños, niñas y adolescentes?

El interés superior del niño y del adolescente siempre debe ser considerado e incluso hay dispositivo expreso en la ley de migraciones que lo protege (artículo 4, XVII). En el caso de niños y adolescentes siempre se prefiere realizar su regularización migratoria y permitir la reunión familiar. Así como, asegurar su protección contra casos de explotación y trata de personas.

1. ¿Cuáles son las consecuencias de la determinación de un estatus migratorio irregular? ¿Cuándo se ha determinado que una persona ingresó al país de forma irregular se mantiene en un centro de detención o es trasladada a un lugar diferente? ¿Las personas que ingresaron de forma irregular se encuentran sometidas a condiciones diferentes? ¿Los migrantes irregulares son elegibles para ser liberados bajo fianza hasta que se haya tomado una determinación final?

Las personas que ingresan de forma irregular son notificadas de la necesidad de regularización y la Defensoría Pública de la Unión es informada. Se concede un plazo para que estas personas proceden a su regularización y se les concede una autorización temporaria de ingreso en el territorio. Siempre que posible se facilita el consulado.

1. ¿Existe el derecho de apelar la determinación de un estatus migratorio irregular? ¿Cómo es el proceso de apelación? ¿Cuánto tiempo transcurre desde la determinación de un estatus migratorio irregular hasta la resolución de la apelación? ¿Qué garantías de debido proceso se otorgan durante el proceso de apelación? ¿El proceso de apelación tiene un efecto suspensivo con respecto a las deportaciones?

Sí. Todas las garantías procesales son facultadas para el procedimiento de apelación y tiene efecto suspensivo respecto a la deportación.

**Parte. C. Impacto en las personas detenidas**

1. Describa el impacto que tiene la detención en la salud física y mental de los detenidos

No aplicable.

1. Describa el impacto diferenciado de la detención en grupos en situación de vulnerabilidad, incluidas las minorías raciales y étnicas. ¿Qué sistemas o prácticas existen para prevenir la discriminación tanto en los procedimientos como en la detención?

No aplicable.

1. Por favor, describa la forma en que la detención migratoria en su país afecta a los niños, niñas y adolescentes sujetos a ella. ¿Cómo se ve afectado el derecho ala educación por a detención? ¿Hay recursos educativos disponibles en las instalaciones en las que se lleva a cabo la detención? Describa cualquier programa existente.

No se tiene noticia de detenciones de niños o adolescentes, en Brasil, relacionadas con su status migratorio. La privación de libertad sólo es admitida, para mayores de 12 años, en hipótesis absolutamente excepcionales, relacionadas con la práctica de actos infractores, análogos a infracciones penales. En las instalaciones destinadas al cumplimiento de la medida socioeducativa de internación hay, sin embargo, algunas deficiencias de acceso a servicios públicos, incluida la educación.

1. ¿Se toma en consideración el respeto a la unidad familiar durante la detención?

No aplicable.

1. ¿Se suele mantener a los niños detenidos? ¿Durante cuánto tiempo?

Conforme a la respuesta anterior, la restricción de la libertad de niños o adolescentes es absolutamente excepcional, y no se tiene noticia de detenciones relacionadas con eventual irregularidad en el status migratorio, lo que sería absolutamente incompatible con la legislación brasileña.

1. ¿Cómo afecta la detención migratoria a las mujeres? ¿Existen recursos de salud disponibles para las mujeres detenidas? ¿Cómo pueden las mujeres detenidas acceder a ellos? ¿Existen recursos para mujeres embarazadas que se encuentren en detención? ¿Cuáles son las condiciones de las mujeres embarazadas que se encuentran en detención?

No hay noticias de mujeres detenidas en razón de irregularidad migratoria. Las mujeres inmigrantes presas en Brasil por otros delitos tienen acceso al mismo sistema de salud previsto para las mujeres brasileñas, incluyendo acompañamiento del prenatal. Sí que existen problemas en estas estructuras y dificultades enfrentadas por mujeres inmigrantes en el sistema penitenciario, pero no hay noticias de detención por irregularidad migratoria.

**Parte D. Alternativas a la detención**

1. ¿Qué alternativas a la detención existen en su país? Describa las alternativas existentes, cómo son percibidas por la mayoría de la población y su proceso de implementación

En lo que se refiere a irregularidades en el status migratorio, la detención sólo es posible mediante autorización judicial, y como último recurso, en caso de no observarse el plazo fijado para la salida voluntaria del migrante irregular.

En lo que se refiere a procedimientos penales, son alternativas a la detención el empleo de monitoreo electrónico (con tobillera electrónica), el arresto domiciliario (en casos específicos, como el de mujeres embarazadas o madres con hijos menores de 12 años), la imposición de restricciones de derechos (como la frecuencia a determinados establecimientos o lugares), la retención del pasaporte, entre otros.

1. ¿Todas las personas detenidas tienen acceso a las alternativas a la detención? ¿Cuántas personas obtienen una alternativa a la detención en comparación con el número de detenidos?

En general, en el ejercicio de la actividad de la Defensoría Pública, se observa que existe una cultura en el sistema de justicia de resistencia a medidas alternativas a las prisiones preventivas. Las estadísticas del Consejo Nacional de Justicia apuntan que menos del 50% de las personas presas, presentadas a Juicio para audiencia de custodia, obtienen libertad provisional o medidas alternativas a la prisión.

1. ¿Se han propuesto políticas que podrían alcanzar los mismos objetivos que la detención en su país? ¿Cómo ha sido recibidas estas propuestas? ¿Las propuestas de alternativas a la detención generalmente son aprobadas o han sido rechazadas? Describa las críticas a las políticas de alternativas a la detención por parte del público en general. Si estas propuestas han sido rechazadas, ¿cuál fue la razón para rechazarlas?

Son llevadas a cabo reiteradas iniciativas en el sentido de disminuir el índice de arrestos cautelares en los procesos penales brasileños. De manera general, como se ha expuesto anteriormente, ellas chocan con la cultura de los operadores del sistema de justicia que privilegia la restricción de libertad como forma de acautelar el resultado final del proceso.

Una de estas iniciativas fue justamente la implantación de la audiencia de custodia, procedimiento por el cual toda persona presa debe ser presentada a un juez, en hasta 24h tras la detención, para que éste decida sobre la legalidad y la necesidad de la medida restrictiva de libertad. En el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos, firmado en 1969, ya se había predicho esa medida en el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero las audiencias sólo pasaron a ocurrir después del juicio, por el Supremo Tribunal Federal, en el Arreglo de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) nº 347, y con la en el año 2015. Suponía que la presentación del preso al juez responsable de su custodia debiera disminuir los índices de prisión cautelar, pero las investigaciones demuestran que tal reducción aún se muestra muy discreta.

Otra iniciativa importante fue la edición de la Ley nº 13.257 / 2016 - Estatuto de la Primera Infancia - que aseguró la sustitución de las cárceles cautelares por arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños hasta 12 años de edad. En el 20/02/2018, el Supremo Tribunal Federal de Brasil juzgó al Habeas Corpus colectivo nº 143.641, concediendo la orden para determinar la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario a todas las mujeres que se encuentran en la situación en tela. Sin embargo, el órgano máximo del Poder Judicial brasileño encuentra dificultades en hacer cumplir el *decisum*, siendo muy frecuentes los casos de jueces que excepcionan la aplicación del precedente ante circunstancias no excepcionales, lo que refleja exactamente una cultura de encarcelamiento. Sólo cerca del 30% de las potenciales beneficiarias de esta decisión lograron, hasta el momento, obtener el arresto domiciliario.

**Parte E. Información adicional**

Por favor, agregue cualquier otra información que considere relevante sobre el tema para que el Comité de Trabajadores Migrantes la tenga en cuenta al elaborar la Observación General.