

Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

Ref. Comentarios a la Observación General Núm. 5 d sobre los derechos de los migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria

Distinguido Miembros del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares,

Reciban un cordial saludo del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL); la Mesa Nacional para las Migraciones en Guatemala (MENAMIG); el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (IDHUCA); el Instituto de Investigación y Proyección sobre Dinámicas Globales y Territoriales de la Universidad Rafael Landívar (IDGT-URL) en Guatemala; el Colectivo de Derechos Humanos Nicaragua Nunca+; y, el Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación del Servicio Jesuita (ERIC-SJ) en Honduras. Les remitimos esta comunicación con el propósito de que sea considerada como parte de los insumos de la sociedad civil para construir la Observación General Núm. 5 sobre los derechos de los migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria (en adelante la Observación General o Observación General Núm. 5).

Las organizaciones firmantes hemos tenido la oportunidad de acompañar y asesorar tanto a personas en situación de movilidad a lo largo del continente como a las organizaciones de la sociedad civil que los acompañan. Todos los apuntes que remitimos en esta oportunidad provienen de una vasta experiencia y trabajo en la temática.

I. Comentarios generales sobre la Observación General Núm. 5

La Observación General, sobre los derechos de las personas migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria, presenta un análisis extenso del concepto de privación de libertad, las formas en las que ésta se presenta, y los estándares relacionados con la privación de libertad y la protección contra la detención arbitraria. Es así que, uno de los avances más importantes de la Observación recae en la inclusión de algunas secciones en las que desarrollan varios estándares respecto de la criminalización de la migración, y los efectos directos o indirectos que dicha criminalización tiene en la sociedad y en las personas migrantes.

En esta línea, el Comité observa que el “enfoque de la migración aplicado por algunos Estados, que la presentan como una amenaza para las comunidades locales”¹ degenera en la propagación de mensajes mediáticos xenófobos, tanto en la opinión pública, como en instrumentos jurídicos. Dichos mensajes “designan erróneamente a los migrantes como personas peligrosas o nocivas, e incluso como delincuentes.”² Además, la Observación General menciona 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.”³

A pesar de estos avances, en virtud del actual contexto mundial, es necesario que la criminalización de la migración se aborde en una sección específica, en donde, además de hacer referencia al principio de no criminalización de la migración, se consideren los efectos directos que tiene el uso de

¹ Observación General núm. 5 sobre los derechos de los migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria, párr. 40

² Ibidem.

³ Id., párr. 42.

la privación de libertad y la detención arbitraria como: 1. mecanismos de disuasión de la migración⁴ y, 2. como herramientas para la propagación de discursos de odio y narrativas migratorias erróneas.⁵

En esta línea, en 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), observó con preocupación la implementación de políticas tendientes a la criminalización de la migración, las cuales han derivado en un creciente uso de la detención migratoria.⁶ Al respecto, información proporcionada por Customs and Border Protection (CBP) a la CIDH en su visita a Estados Unidos, da cuenta de un aumento de 91.7% en el número de detenciones realizadas por la Patrulla Fronteriza en la frontera suroeste de este país.⁷ De las 760.370 personas detenidas en 2019, CBP identifica entre ellas a 69.157 niños, niñas o adolescentes no acompañados y a 432.838 personas que ingresaron al país en unidades familiares.⁸

Así también, la Observación General Núm. 5 menciona en algunas de sus secciones ciertos estándares que deben ser considerados respecto de la actual emergencia sanitaria global, causada por la pandemia COVID-19. Sin embargo, bajo el actual contexto, es necesario desarrollar una sección específica en donde se consideren las particularidades que tiene la privación de libertad, las formas en las que ésta se presenta, y los estándares relacionados con la privación de libertad y la protección contra la detención arbitraria en el contexto de la actual crisis sanitaria global. Justamente, sobre este particular, los diversos organismos internacionales han desarrollado una serie de pronunciamientos, decisiones judiciales, comentarios, entre otros documentos en los que se señala un desarrollo progresivo en favor de la protección de las personas migrantes.⁹

Así, a través de un pronunciamiento conjunto, la ACNUDH, la OIM, el ACNUR y la OMS hicieron un llamado a los Estados a tomar en cuenta las consecuencias letales que podría tener un brote de COVID-19 en estos centros de detención de personas migrantes. En este sentido, solicitaron la liberación “sin demora” de las personas en detención migratoria.¹⁰ Así también, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), al resolver sobre el otorgamiento de medidas provisionales para proteger los derechos de personas migrantes privadas de su libertad, insistió en el rol de los Estados especialmente como “garantes de los derechos de las personas que se encuentran bajo su custodia”.¹¹ Asimismo, la Corte IDH estableció además que el COVID-19 “implica tomar medidas rigurosas para mitigar el riesgo a la vida, la integridad personal y la salud de las personas retenidas”¹² y que las condiciones de hacinamiento y sobrepoblación pueden favorecer la propagación del COVID-19.¹³

⁴ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, § 13. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de septiembre de 2003. §100 y 101.

⁵ Han, B. C., *La expulsión de lo distinto*, Herder, Barcelona, 2017.

⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Estados Unidos de América: CIDH realizó visita a la frontera sur de Estados Unidos de América, 16 Septiembre 2019, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5d83d1074.html>

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Ver, por ejemplo, Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Resolución de adopción de medidas provisionales de 29 de julio de 2020; ONU Grupo de trabajo sobre alternativas a la detención de inmigrantes. COVID-19 y detención de migrantes: ¿Qué pueden hacer los gobiernos y otras partes interesadas?. 28 de abril de 2020. Disponible en: https://migrationnetwork.un.org/sites/default/files/20-076_sp_odg_-_un_network_on_migration_wg_atd_policy_brief_covid-19_and_immigration_detention-es.pdf; OIM. Instantáneas analíticas sobre la COVID-19 #9: Detención de inmigrantes. 7 de abril de 2020. Disponible en: https://www.iom.int/sites/default/files/documents/instantaneas_analiticas_covid-19_9_detencion_de_inmigrantes.pdf; Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes. Pautas del Subcomité para los Estados partes y los mecanismos nacionales de prevención en relación con la pandemia de la enfermedad por coronavirus (COVID-19). 7 de abril de 2020. Disponible en: <https://undocs.org/es/CAT/OP/10>.

¹⁰ OACNUDH, *Los derechos y la salud de las personas refugiadas, migrantes y apátridas deben protegerse en la respuesta al COVID-19 Comunicado de prensa conjunto de ACNUDH, OIM, ACNUR y OMS*

¹¹ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Resolución de adopción de medidas provisionales de 29 de julio de 2020. Parr. 35. Ver también, Corte IDH, Resolución de la Presidenta Corte Interamericana de Derechos Humanos, Adopción de Medidas Urgentes, Caso Vélez Loor Vs. Panamá, 26 de mayo de 2020. Parr. 30.

¹² *Ibidem*.

¹³ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Resolución de adopción de medidas provisionales de 29 de julio de 2020. Parr. 28. Ver también, Corte IDH, Resolución de la Presidenta Corte Interamericana de Derechos Humanos, Adopción de Medidas Urgentes, Caso Vélez Loor Vs. Panamá, 26 de mayo de 2020. Parr. 22.

En conclusión, a pesar de que la Observación General presenta un análisis pormenorizado respecto de la privación de libertad y detención arbitraria de personas migrantes, omite agregar dos secciones específicas que respondan a dos de los mayores retos que enfrentan actualmente las personas migrantes. Estos retos corresponden 1) a la tendencia de utilizar la privación de libertad como una forma de criminalizar la migración y 2) la situación de vulnerabilidad específica en la que se encuentran las personas migrantes detenidas arbitrariamente en el contexto de la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia.

II. Observaciones específicas respecto al contenido de la Observación General Núm. 5

A continuación presentamos algunas observaciones específicas al contenido de la Observación, siguiendo el orden en el que se aborda cada tema y subtema en la misma.

A. Observaciones al respecto del Marco Normativo

1. *Definición de privación de libertad*

La Observación General, en seguimiento al Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, establece que la privación de libertad ocurre cuando una persona es detenida o encarcelada “por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública.”¹⁴ En este sentido, cabe señalar que la privación de libertad también puede ocurrir por parte de una institución privada, sin que sea necesario la existencia de una orden de autoridad. Es decir, esta privación puede ocurrir cuando una persona se encuentre detenida bajo el control de facto de otra autoridad. Sobre este punto, el segundo párrafo del artículo 4 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, señala:

A los efectos del presente Protocolo, por privación de libertad se entiende cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente.¹⁵

De ahí que, se recomienda agregar al párrafo 14 de la Observación General Núm. 5, los siguientes términos:

14. (...) 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, **o por encontrarse bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente.**¹⁶

2. *Tipos de privación de libertad a los que podrían estar expuestos los trabajadores migratorios y su familia*

En esta sección, el Comité “reafirma que las actividades que dan lugar a la detención de inmigrantes, como el cruce irregular de fronteras internacionales, **pueden constituir, a lo sumo, infracciones administrativas, es decir que no son infracciones que vulneren la ley en una medida tal que**

¹⁴ Id., párr. 14

¹⁵ ONU. Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. 2006. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCAT.aspx>.

¹⁶ Observación General núm. 5 sobre los derechos de los migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria, párr. 14.

justifique su criminalización.¹⁷ En suma a lo anterior, cabe observar que, diversos órganos y organismos internacionales como la CIDH, han observado que no debería privarse de libertad por haber infringido una norma administrativa, en cuanto, **dicha infracción no representa un bien jurídico fundamental que amerite per se la privación de la libertad.**¹⁸ Esto en consideración de que, muchas de las estaciones migratorias en las que las personas son detenidas no cuentan con las condiciones mínimas que debe tener un lugar de detención.¹⁹

Así también, la jurisprudencia de la Corte IDH, a partir del precedente fijado en el Caso Vélez Loor vs. Panamá, ha hecho énfasis en que la detención migratoria nunca debe tener una finalidad punitiva. En este orden de ideas, la Corte ha señalado que:

en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado²⁰.

En igual sentido, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria sostuvo que el derecho a la libertad personal exige que los Estados utilicen la privación de libertad sólo en tanto sea necesario para satisfacer una necesidad social apremiante y de forma proporcionada a esa necesidad.²¹

En este mismo sentido, en su Informe sobre Inmigración en los Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso, la CIDH estableció que los Estados Miembros deben establecer leyes y políticas de inmigración que partan de una presunción de libertad —el derecho del migrante a permanecer en libertad mientras está pendientes los procedimientos migratorios— y no de una presunción de detención.²²

En consecuencia, se recomienda agregar al párrafo 17 de la Observación General lo siguiente:

17. El Comité “reafirma que las actividades que dan lugar a la detención de inmigrantes, como el cruce irregular 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, **en cuanto dicha infracción no representa un bien jurídico fundamental que amerite la privación de libertad.**²³

3. Prohibición de detención arbitraria

Respecto de esta sección, la Observación General Núm. 5 reitera que la detención es una medida excepcional de último recurso, y que “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

¹⁷ Id., párr. 17.

¹⁸ CIDH. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15, pg. 195.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 182.

²² CIDH, Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso, párr. 39. Citando, CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel) (Estados Unidos). 4 de abril de 2001, párrs. 219, 221 y 242; también véase, CIDH, Principios y Buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, Documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, Principio III (2) (2008).

²³ Observación General núm. 5 sobre los derechos de los migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria, párr. 17.

detención y reducir la población de personas detenidas al nivel más bajo posible para evitar la propagación del virus en los centros de detención.”²⁴ Siguiendo esta línea, cabe resaltar que, en su pronunciamiento conjunto, la ACNUDH, la OIM, el ACNUR y la OMS hicieron un llamado a los Estados a tomar en cuenta las consecuencias letales que tendría un brote de COVID-19, en estos centros de detención. En este sentido, solicitaron la **liberación “sin demora” de las personas en detención migratoria**²⁵.

Es decir, las personas privadas de libertad por razones migratorias deben ser liberadas sin demora, ya que la detención excesiva e indeterminada en el tiempo se convierte en arbitraria. Su liberación se hace más urgente, en un contexto en el que la privación de libertad, puede poner en grave riesgo la vida y la integridad personal de las personas.

En los últimos meses, bajo el contexto de la pandemia, miles de migrantes han sido detenidos de forma indeterminada debido al cierre de pasos fronterizos. Ello ha ocasionado diversos disturbios en los centros de detención migratoria que van desde huelgas de hambre. por el temor al contagio²⁶, hasta bloqueos de acceso a equipos médicos por la falta de información, alimentos y atención de salud.²⁷ En esta línea, el Comité contra la Tortura ha señalado que la detención debe tener un plazo limitado y su duración debe contemplar el menor tiempo posible.²⁸

Así también, con el cierre de pasos fronterizos

Por esta razón, es necesario, que al texto del párrafo 22 se agregue lo siguiente:

“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 **sin demora. Además, debido a que la detención migratoria debe tener un plazo limitado, por el tiempo posible, se deben aplicar alternativas a la detención y reducir el número de personas detenidas al nivel más bajo posible** para evitar la propagación del virus en los centros de detención ”.²⁹

B. Observaciones respecto de las medidas generales para la aplicación de disposiciones de la Convención relativas a la protección del derecho a la libertad

1. Lugares de detención

Por otro lado, se observa con preocupación que, el párrafo 32 de la Observación General Núm. 5 señala que “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 y**

²⁴ Id., párr. 22.

²⁵ OACNUDH, *Los derechos y la salud de las personas refugiadas, migrantes y apátridas deben protegerse en la respuesta al COVID-19 Comunicado de prensa conjunto de ACNUDH, OIM, ACNUR y OMS*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25762&LangID=S>

²⁶ Human Rights Watch. México debe liberar a los migrantes detenidos en el contexto de la pandemia. 14 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2020/04/14/mexico-debe-liberar-los-migrantes-detenidos-en-el-contexto-de-la-pandemia#>.

²⁷ UNICEF. Panamá: Reporte temático Niñez y Migración No. 2. junio de 2020. Pag. 2. Disponible en: <https://www.unicef.org/panama/media/2476/file/Reporte%20tem%C3%A1tico%20Ni%C3%B1ez%20y%20Migraci%C3%B3n%20No.%202.pdf>.

²⁸ CAT, Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Suecia. CAT/C/SWE/CO/5, 4 de junio de 2008, párr. 12. Véase también, CIDH, Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiados, apátridas y las víctimas de trata de personas, resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019.

²⁹ Observación General núm. 5 sobre los derechos de los migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria, párr. 22.

solicitaron asilo, o del Estado que de otro modo tiene jurisdicción sobre ellos³⁰ Es así que, la expresión **“o del Estado que de otro modo tiene jurisdicción sobre ellos”**³¹ podría entenderse cómo la posibilidad de que dicha solicitud sea tramitada y analizada por un tercer país, en donde el solicitante no requirió asilo.

Tal como está redactada actualmente esta previsión pareciera que da la posibilidad a los Estados a trasladar a otro Estado a las personas que solicitan asilo en su territorio para ser detenidas allí, lo que estaría en clara contravención a estándares internacionales sobre la prohibición de detención migratoria a personas que requieren protección internacional, así como del principio de no devolución.

En este sentido, esta posibilidad es incongruente con dos obligaciones internacionales específicas. Primero, varios tribunales internacionales, entre los que se incluye la Corte IDH, han sido claros en enfatizar que el **“derecho de buscar y recibir asilo (...) garantiza que la persona solicitante de estatuto de refugiado sea oída por el Estado al que se solicita con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo”**³². Es decir, se debe garantizar que el Estado en donde se solicitó dicho asilo, sea el encargado de oír, analizar y trámite dicha solicitud, en cuanto dicho Estado, fue el seleccionado por el solicitante como un estado seguro para la presentación de su solicitud.

En esta línea, la segunda obligación, se refiere a la obligación estatal de **“identificar a las niñas y niños extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, ya sea como refugiado o de algún otro tipo, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario mediante la adopción de medidas de protección especial.”**³³ De ahí que, esta obligación debe ser cumplida por el Estado al que los solicitantes llegaron previo a ser trasladados a otra jurisdicción. Esto, en virtud de que, se requiere que los niños, niñas y adolescentes reciban un análisis adecuado e individualizado de su necesidad de protección internacional, inmediatamente después de haberla realizado.

Por ello, se considera importante modificar el párrafo 32 a fin de que establezca que **“Los trabajadores migratorios que soliciten asilo en un Estado no deberán ser detenidos, ni trasladados a centros de detención fuera del territorio del Estado, sus casos deben tramitarse en el territorio del Estado al que llegaron”**.

C. Observaciones respecto de los principios fundamentales relativos al derecho a la libertad de los trabajadores migratorios

1. Principio de no discriminación

Si bien, los estándares desarrollados en la Observación General respecto al principio de no discriminación son claros, a fin de compatibilizar los requerimientos de dicho principio con los estándares internacionales observados por diversos organismos internacionales, al analizar políticas migratorias de carácter discriminatorio, se recomienda agregar un párrafo extra, después del párrafo 38, que exponga lo siguiente:

³⁰ Ibid., párr. 32.

³¹ Ibídem.

³² Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 154.

³³ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie C No. 21, párr. 82.

“39. Además, el Comité reconoce que cualquier diferencia o trato distinto debe tener una justificación objetiva y razonable destinada a lograr un objetivo legítimo, que sea proporcional y necesaria para alcanzar dicho objetivo. El Estado es entonces responsable por la actuación de terceros que, actúen bajo su su tolerancia o aquiescencia, respaldados por alguna política estatal que favorezca la creación de situaciones de discriminación.”³⁴

2. Principio de no detención de niños y niñas migrantes

Si bien, esta sección sigue a cabalidad los estándares internacionales respecto de la detención de niños, niñas y adolescentes en situación de movilidad humana³⁵, se debe destacar que su lenguaje es confuso y no enfatiza la obligatoriedad dada a este principio por los diferentes organismos internacionales de derechos humanos. En esta línea, diversos organismos internacionales han expresado que los niños y niñas migrantes, ya sea que se encuentren acompañados de sus familias, no acompañados o separados de sus familias, como principio general, nunca deberían ser detenidos³⁶ y no deberán ser privados de libertad por causas relacionadas con la migración.³⁷ Además, en el caso excepcional de que se opte por una medida privativa de libertad, ésta no podrá justificarse solamente en razón de que el niño o niña esté solo o separado de su familia, ni por su condición de migrante o residente.³⁸ En este mismo sentido se ha pronunciado el Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas, quien ha sostenido que la detención de un niño nunca podrá hacerse en aras de su interés superior.³⁹ Asimismo, el Relator Especial sostuvo que los Estados tienen la obligación adoptar medidas alternativas al internamiento y establecer por vía legal que éstas deben aplicarse de forma prioritaria respecto al internamiento.⁴⁰

Por esta razón, se recomienda reformar el texto de los párrafo 46 y 48 de la siguiente forma:

46. Como principio general, los niños y niñas migrantes, ya sea que se encuentren acompañados de sus familias, no acompañados o separados de sus familias, nunca deberían ser detenidos⁴¹ y no deberán ser privados de libertad por causas relacionadas con la migración. En este sentido, varios órganos internacionales y regionales y titulares de mandatos de los procedimientos especiales han sostenido que la detención de niños y niñas por motivos relacionados con su situación migratoria o la de sus progenitores no se rige por el principio de 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.⁴²

³⁴ Observación General núm. 5 sobre los derechos de los migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria, agregar como párrafo extra, después del párrafo. 38.

³⁵ Observación General núm. 5 sobre los derechos de los migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria, párr. 46 – 51.

³⁶ CIDH, Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados, párr. 74.

³⁷ Ibidem

³⁸ ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 61. Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, en su visita al Reino Unido, sobre la cuestión de inmigrantes y solicitantes de asilo, E/CN.4/1999/63/Add. 3, pág. 37.

³⁹ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 62

⁴⁰ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párrs. 60-61.

⁴¹ CIDH, Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados, párr. 74.

⁴² Observación General núm. 5 sobre los derechos de los migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria, párr. 46.

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 redundaría 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 adoptar medidas encaminadas a la pronta erradicación de la privación de libertad de los niños migrantes, adoptando medidas alternativas al internamiento.**⁴³

D. Observaciones respecto a las obligaciones jurídicas de los Estados parte en la Convención de proteger el derecho a la libertad de los trabajadores migratorios y sus familiares

1. Duración de la detención

En el contexto actual de la pandemia generada por el COVID-19, las personas migrantes y refugiadas se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad por diversas situaciones, entre ellas la probabilidad de ser privadas de su libertad en centros de detención migratoria.⁴⁴ Así, las medidas relativas a las restricciones en el movimiento interno y el cierre de fronteras frente a la pandemia de COVID-19 han agravado significativamente las prácticas de detención de personas en contexto de movilidad humana.⁴⁵ De manera particular, las detenciones⁴⁶ de migrantes y refugiados se han vuelto indefinidas y han perdido su carácter de excepcionalidad.⁴⁷ Sobre esto, cabe resaltar que, el Comité contra la Tortura ha señalado que la detención debe tener un plazo limitado y debe durar el menor tiempo posible.⁴⁸ Por esta razón, es necesario que se agregue un párrafo extra, que haga referencia al contexto actual.

Después del párrafo 64, se recomienda agregar el párrafo 65, que menciona lo siguiente:

65. Debido al alto riesgo para la propagación del COVID-19 existente en los centros de detención de personas migrantes, la detención migratoria debe tener un plazo limitado y debe durar el menor tiempo posible. Por tanto, la detención debe ser objeto de un examen frecuente, para evaluar si sigue siendo idónea, necesaria, proporcional y no exista posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas.⁴⁹

E. Observaciones respecto de las garantías judiciales y acceso a la justicia

⁴³ Id., párr. 48.

⁴⁴ ONU. Los migrantes, vulnerables ante el cierre de fronteras en Centroamérica por el coronavirus. 23 de abril de 2020. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2020/04/1473352>.

⁴⁵ Ver por ejemplo, OIM. Panama- Seguimiento A La Emergencia: Estaciones De Recepción Migratoria- Pandemia COVID 19 (10 - 23 De Julio). 10 de agosto de 2020. Disponible en: <https://migration.iom.int/reports/panama-seguimiento-la-emergencia-estaciones-de-recepcion/C3%B3n-migratoria-pandemia-covid-19-10-23>.

⁴⁶ Al respecto, la detención migratoria suele recibir distintas denominaciones, tales como: alojamiento, internamiento, aseguramiento, retención, albergue, entre otras. Al respecto, la Comisión ha definido la privación de la libertad en los siguientes términos: “[c]ualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria.”

⁴⁷ ACNUDH. COVID-19 y los derechos humanos de los migrantes: Guía. 7 de abril de 2020. Disponible en:

https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHRGuidance_COVID19_Migrants_sp.pdf (“La implementación de controles fronterizos y medidas más estrictas en las fronteras internacionales... No debe implicar la detención obligatoria o indefinida”); International Detention Coalition. Posición de IDC en el marco del Covid-19. 2020. Disponible en: <https://idcoalition.org/es/covid-19/> (“Muchas [personas migrantes] también están enfrentando la posibilidad de detención indefinida debido al cierre de fronteras y la imposibilidad de deportaciones”).

⁴⁸ CAT, Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Suecia. CAT/C/SWE/CO/5, 4 de junio de 2008, párr. 12. Véase también, CIDH, Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiados, apátridas y las víctimas de trata de personas, resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019.

⁴⁹ Observación General núm. 5 sobre los derechos de los migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria, agregar como párrafo extra, después del párrafo. 64.

1. Indemnización a las víctimas de detención ilegal o arbitraria

Además de los estándares respecto de las garantías judiciales y acceso a la justicia mencionados en la Observación General es necesario agregar una referencia a la reparación integral. En los últimos años, la comunidad internacional ha promovido la reforma del alcance de la reparación del daño tradicional, a través de la compensación económica hacia el concepto de la reparación integral, el cual configura un remedio más amplio para reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos.⁵⁰ En esta línea, la Corte IDH ha mencionado en varias sentencias que el deber de reparación integral se presenta como:

una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación.⁵¹

Por tanto, se propone agregar al párrafo 83 de la Observación General:

82. (...)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. **Todo esto con el fin de garantizar una reparación integral frente a la vulneración de sus derechos.**⁵²

F. Observaciones respecto de otros derechos y obligaciones relacionados con la privación de libertad

1. Condiciones de detención

Como ya se mencionó con anterioridad, frente al contexto actual de la pandemia, ocasionada por el virus de COVID-19, las personas migrantes se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad por la probabilidad de ser privadas de su libertad en centros de detención migratoria en condiciones de precariedad. Sobre esto, la Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad de la OEA ha observado que las personas migrantes que se encuentran detenidas están expuestas a “condiciones hacinamiento, deficientes condiciones sanitarias, y en muchos casos a estar detenidas en lugares que no cuentan con protocolos que permitan atender a las personas portadoras del virus o disminuir su propagación.”⁵³

Siguiendo esta línea, la Corte IDH, estableció que el virus del COVID-19 puede tener un alto impacto respecto de las “personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención.”⁵⁴ Por lo que, para la Corte, en virtud de “la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas

⁵⁰ Shelton Dinaj. Remedies in International Human Rights Law, 2a. ed. USA, Oxford University Press, 2010.

⁵¹ García Ramírez, Sergio. 2005. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. En La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979–2004. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH.

⁵² Observación General núm. 5 sobre los derechos de los migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria, párr. 82.

⁵³ OEA, Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad Departamento de Inclusión Social Guía práctica de Respuestas Inclusivas y con Enfoque de Derechos Humanos ante el COVID-19 en las Américas, pág. 56.

⁵⁴ Corte IDH, Declaración 1/20 COVID-19 y derechos humanos: los problemas con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales, 9 de abril de 2020.

alternativas a la privación de la libertad.”⁵⁵ En ese sentido, la Corte IDH dictó pautas para el tratamiento de personas migrantes privadas de libertad en el contexto de COVID-19, como son la reducción del hacinamiento, la determinación de opciones de acogida familiar o comunitaria para niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, la institución de protocolos para la prevención del contagio y acceso sin discriminación a servicios e atención en salud, entre otras.⁵⁶

De ahí que, se recomienda que en esta sección se agregue un párrafo extra después del párrafo 99, en donde se menciona lo siguiente:

100. Debido al alto impacto que puede tener en la vida, salud e integridad de las personas migrantes privadas de libertad⁵⁷, el Comité considera que es necesario reducir el hacinamiento al nivel más bajo posible de forma tal que se puedan respetar las pautas recomendadas de distanciamiento social para prevenir el contagio del virus. Además se deben establecer protocolos o planes de actuación para la prevención del contagio del COVID-19 y la atención de personas migrantes infectadas, de acuerdo a las pautas recomendadas. Así también, el Estado debe adoptar medidas para asegurar la ventilación natural, limpieza máxima, desinfección y recolección de residuos para evitar que la enfermedad se propague y debe asegurarse de realizar controles de salud a cada persona que ingrese [a los] establecimiento[s], verificando si tiene fiebre o síntomas de la enfermedad; realizar la toma de muestras biológicas de todos aquellos casos clasificados como “sospechosos”.⁵⁸

Sin otro particular, aprovechamos la oportunidad para reiterarle las muestras de nuestra más alta consideración y estima.

Atentamente,

Claudia Paz y Paz, Directora del Programa de Centroamérica y México, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)

Julia González Deras, Coordinadora Ejecutiva, Mesa Nacional para las Migraciones en Guatemala (MENAMIG)

Manuel Escalante, Subdirector del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (IDHUCA).

Ursula Roldán, Directora del Instituto de Investigación y Proyección sobre Dinámicas Globales y Territoriales de la Universidad Rafael Landívar (IDGT-URL).

Wendy Flores, Coordinadora General, Colectivo de Derechos Humanos Nicaragua Nunca+.

Yolanda González, Directora Investigación -Derechos Humanos, Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación del Servicio Jesuita (ERIC-SJ).

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Resolución de adopción de medidas provisionales de 29 de julio de 2020. Parr. 35(a)-(o).

⁵⁷ Corte IDH, Resolución de la Presidenta Corte Interamericana de Derechos Humanos, Adopción de Medidas Urgentes, Caso Vélez Loor Vs. Panamá, 26 de mayo de 2020. Parr. 20.

⁵⁸ Observación General núm. 5 sobre los derechos de los migrantes a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria, agregar como párrafo extra, después del párrafo. 64.