



## DETENCIÓN DE INMIGRANTES Y ALTERNATIVAS A LA DETENCIÓN

*Sobre la base de la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, adoptada el 19 de septiembre de 2016, el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular establecerá una serie de principios, compromisos y entendimientos entre los Estados Miembros respecto de la migración internacional en todas sus dimensiones. El Pacto Mundial deberá contribuir de manera sustantiva a la gobernanza mundial y fomentar la coordinación en materia de migración internacional. Los “documentos temáticos”, preparados por la OIM para someterlos a la consideración de los Estados Miembros, exponen a grandes rasgos los temas y propuestas esenciales con objeto de informar a los interlocutores del proceso de consulta de 2017 que ha de conducir a las negociaciones intergubernamentales y finalmente a la adopción del Pacto Mundial.*

### INTRODUCCIÓN

Muchos Estados consideran que la detención de inmigrantes es un instrumento ineludible y necesario para gestionar la migración. Los Estados tienen derecho a controlar sus fronteras y a definir sus políticas migratorias. Sin embargo, al hacerlo, deben garantizar el respeto del derecho y las normas internacionales. Por lo general, se recurre a la detención de migrantes para identificar a las personas y determinar su nacionalidad, impedir la entrada de personas no autorizadas, y expulsar o asegurar la ejecución de una orden de deportación. Algunos países de tránsito también detienen a los migrantes para impedir que abandonen el país de manera irregular. En algunos casos, los solicitantes de asilo son detenidos en espera de una decisión sobre su solicitud de asilo.

La detención de inmigrantes es a menudo una medida administrativa, pero en los Estados donde la entrada no autorizada es un acto delictivo, la detención puede imponerse con arreglo a disposiciones penales. La mayoría de los organismos internacionales opinan que la penalización de la entrada irregular es desproporcionada y recomiendan que se considere una infracción administrativa. Aun así, en muchos casos, la detención de migrantes no está regulada. Ante este vacío jurídico, las salvaguardias y vías de recurso de que disponen los migrantes en caso de abuso durante la detención, o en caso de detención arbitraria o prolongada, son escasas o inexistentes.

Como se reconoce en la Declaración de Nueva York, la privación de libertad debería ser una medida de último recurso y los Estados siempre deberían explorar en primer lugar la posibilidad de recurrir a opciones menos restrictivas, y aplicarlas cuando sea posible.

### PRINCIPIOS ESTABLECIDOS

#### **Marco normativo**

En el artículo 9 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establece lo siguiente: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”<sup>1</sup>. Asimismo,



el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria afirma que la detención de inmigrantes debería suprimirse gradualmente, puesto que los migrantes en situación irregular no han cometido ningún delito<sup>2</sup>.

Según la interpretación del Comité de Derechos Humanos respecto del derecho a la libertad y la prohibición de la detención o prisión arbitrarias consagrados en el artículo 9 1) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, al imponerse una medida de carácter restrictivo “deberá justificarse que es razonable, necesaria y proporcionada a la luz de las circunstancias”<sup>3</sup>. En consecuencia, en la legislación nacional se deberían establecer los motivos admisibles para proceder a cualquier detención, y definirlos “con suficiente precisión a fin de evitar una interpretación o aplicación excesivamente amplias o arbitrarias”<sup>4</sup>. Habida cuenta de los requisitos de necesidad y proporcionalidad, la detención de solicitantes de asilo, refugiados y migrantes en situación irregular debería ser una medida de último recurso<sup>5</sup> y su necesidad y proporcionalidad deberían evaluarse según las particularidades de cada caso<sup>6</sup>. Para establecer que la detención es necesaria y no arbitraria en el sentido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los Estados deberían considerar la posibilidad de aplicar medios menos intrusivos para lograr los mismos objetivos, esto es, analizar si existen alternativas a la detención, y si pueden aplicarse. La detención automática, coercitiva o colectiva es considerada arbitraria y contraria al derecho internacional<sup>7</sup>.

Las normas internacionales contemplan varias garantías procesales que se deben respetar a la hora de proceder a la detención. Según el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, “un juez deberá ordenar o aprobar la detención, y en cada caso individual esta deberá revisarse de manera automática, periódica y judicial, no solo administrativa”<sup>8</sup>. Además, de conformidad con el artículo 9 4) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda persona que sea privada de libertad tiene derecho “a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”<sup>9</sup>. La ley debería establecer un plazo máximo de detención que en ningún caso pueda ser indefinido ni tener una duración excesiva<sup>10</sup>. Una vez cumplido ese plazo, la persona debería ser liberada inmediatamente<sup>11</sup>.

En el marco del derecho internacional también se exigen condiciones de detención que sean humanas y dignas. De conformidad con el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”<sup>12</sup>. Otro derecho humano que consagra uno de los valores de mayor importancia en las sociedades democráticas es la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, independientemente de las circunstancias y de la conducta de la persona. La prohibición de la tortura es un principio de larga data del derecho internacional consuetudinario que se reafirma en varios tratados de derechos humanos internacionales<sup>13</sup> y regionales<sup>14</sup>. También atañe a las condiciones de detención, como la duración de la detención y la calidad de las instalaciones de detención<sup>15</sup>.

Para más información acerca del marco normativo vigente sobre la detención y las alternativas a la detención, sírvase consultar el anexo.

### ***Objetivos de Desarrollo Sostenible***

El elemento central para la migración en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible es la meta 10.7 “Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares



y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas”. En ella se pone de manifiesto la aspiración internacional de contar con políticas bien gestionadas en cuanto a las prácticas de detención de los Estados. La promoción del “estado de derecho en los planos nacional e internacional” y de la “igualdad de acceso a la justicia para todos”, como se menciona en la meta 16.3, reafirma la necesidad de que los Estados regulen y supervisen sus prácticas nacionales de detención con miras a ajustarse al derecho y las normas internacionales. De hecho, en la recomendación 1 del Informe Sutherland se hace un llamamiento específico a los Estados para que pongan fin “a la detención de los niños migrantes y sus familiares debido a su estatus migratorio”.

## CUESTIONES

En muchos países, los migrantes detenidos se enfrentan a escollos que entorpecen su acceso pleno y efectivo a la justicia<sup>16</sup>. La legislación nacional varía sustancialmente en cuanto a la medida en que se reconocen los derechos de los migrantes a impugnar la detención o a exigir reparación por las violaciones sufridas durante la detención. A menudo, los centros de detención no cumplen las normas internacionales, y los migrantes, que carecen de posibilidades de solicitar una revisión judicial, no disponen de los recursos legales necesarios para exigir reparación por las condiciones inhumanas o degradantes de detención o los abusos a que han sido sometidos.

En 2014, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) puso en marcha una estrategia global llamada “Más allá de la detención”, cuyo fin es hacer frente a los desafíos y preocupaciones que se plantean en torno a las políticas y prácticas de detención de inmigrantes en los Estados. Muchas otras organizaciones, como la OIM, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y la Asociación para la Prevención de la Tortura, se han ocupado de la cuestión de la detención en el contexto de la inmigración, desde el punto de vista de sus respectivos mandatos. En 2012, la Coalición Internacional contra la Detención inició una campaña para poner fin a la detención de niños, que cuenta con el apoyo de numerosas organizaciones internacionales y ONG<sup>17</sup>. Las principales prioridades que han fijado los organismos internacionales son: los niños en detención, la defensa y promoción de alternativas a la detención y, en su defecto, la garantía de niveles de vida decentes en los centros de detención.

## PROPUESTAS DE ACCIÓN

En la Declaración de Nueva York se establece que los Estados estudiarán la posibilidad de revisar las políticas que penalizan los desplazamientos transfronterizos y tratarán de emplear medidas sustitutivas de la detención; que se recurrirá a la detención de menores “en el entorno menos restrictivo, durante el período más breve posible, en condiciones que respeten los derechos humanos de cada niño y de manera que se tenga en cuenta como consideración primordial el interés superior del niño”, y que se trabajará “para poner fin a esa práctica”. Además, en el contenido propuesto para el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, se hace hincapié en “la protección efectiva de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los migrantes”. Ello sitúa la temática de la



detención de los inmigrantes y las alternativas a la detención en un lugar prominente para las futuras labores de cooperación y los compromisos a nivel internacional en el marco del Pacto Mundial sobre Migración.

Las acciones en materia de detención de inmigrantes podrían comprender iniciativas de capacitación, asistencia y fomento de las capacidades en diversas esferas, a saber:

- 1) El fomento de una mejor comprensión respecto del marco jurídico internacional sobre la detención, en particular en lo tocante a las alternativas a la detención;
- 2) El examen y la puesta a prueba de alternativas a la detención, como centros de servicio o de recepción abiertos o semiabiertos, posibilidades de fianza, caución y garantía, centros de apoyo especial para migrantes vulnerables, y otras alternativas basadas en la comunidad;
- 3) La facilitación de asistencia técnica y de capacitación para los funcionarios de inmigración y fronteras, el personal de los centros de detención de inmigrantes, los proveedores de servicios especializados y los trabajadores de atención de salud en materia de derechos de los migrantes, prestación de servicios adaptados a las particularidades culturales de los destinatarios, y cuestiones de salud y seguridad ocupacional del personal;
- 4) La asistencia a los migrantes en situación de vulnerabilidad mediante una gestión efectiva de los casos, una detección apropiada y el establecimiento de mecanismos de identificación y remisión;
- 5) La elaboración u optimización de servicios que contribuyan a la concreción de soluciones de largo plazo para los migrantes, incluido el asesoramiento en materia de retorno voluntario asistido y reintegración;
- 6) El fomento de la capacidad de las instalaciones de salud dentro y fuera de los centros de detención de inmigrantes y el establecimiento de remisiones entre dichos centros y las instalaciones de salud para garantizar el acceso oportuno de los migrantes a servicios de salud de calidad;
- 7) La optimización de la infraestructura y los servicios de detención, según sea necesario, para garantizar un entorno de vida humano, ateniéndose a las normas internacionales y las prácticas óptimas y teniendo en cuenta las necesidades específicas en materia de género y edad;
- 8) La adopción de medidas para garantizar que los centros de detención existentes se ajusten a las normas internacionales, de ser necesario mediante mejoras inmediatas de la infraestructura y de otro tipo;
- 9) La realización y consolidación de las investigaciones sobre la detención de inmigrantes, así como la difusión de los resultados de dichas investigaciones, a fin de contar con una base empírica sólida sobre la que puedan cimentarse las actividades de formulación de políticas y las intervenciones prácticas;



- 10) La formulación y la reforma de las políticas y leyes relativas a la detención de inmigrantes;
- 11) En los casos en que la detención de los menores migrantes no se considere facultativa, la promoción de prácticas óptimas para garantizar la seguridad y el interés superior del niño;
- 12) La facilitación del diálogo, el intercambio de políticas eficaces y la difusión de información entre los asociados e interesados pertinentes, así como entre los países;
- 13) La supervisión de los centros de detención, con miras a prevenir la conculcación de los derechos humanos, ya sea a nivel individual o sistémico, y la mejora de las condiciones de detención.

## ANEXO

### **Marco normativo amplio**

Solicitantes de asilo:

Por lo que respecta a los solicitantes de asilo, la detención es una medida a la que se puede recurrir únicamente en caso de necesidad y para propósitos prescritos por ley, a saber, para: 1) verificar la identidad; 2) determinar los elementos en los cuales se basa la solicitud de asilo o de la condición de refugiado, si la detención es necesaria a tal efecto; 3) ocuparse de casos en los que los refugiados o solicitantes de asilo hayan destruido sus documentos de viaje o identidad, o hayan utilizado documentos falsos para engañar a las autoridades del país en el que tienen la intención de solicitar asilo; 4) evitar posibles fugas; o 5) proteger la seguridad nacional o el orden público<sup>18</sup>.

Niños:

En la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>19</sup> se dispone lo siguiente:

Artículo 9 - Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño<sup>20</sup>.

Artículo 37 b) - Los Estados Partes velarán por que [...] ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda<sup>21</sup>.

Mujeres:

Es importante reconocer que las mujeres que se encuentran en centros de detención pueden estar particularmente expuestas a actos de abuso sexual. El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha reconocido que, siempre que sea posible, las mujeres migrantes que padecen los efectos de la persecución y el abuso, o están embarazadas o amamantando, no deberían ser objeto de detención<sup>22</sup>.



## Fronteras internacionales:

En los Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales del ACNUDH (en lo sucesivo, Principios y Directrices Recomendados) se reconoce que los Estados tienen intereses legítimos en la ejecución de los controles fronterizos, entre los que se encuentran la mejora de la seguridad, la protección de los derechos humanos y la lucha contra la delincuencia organizada transnacional. Los Principios y Directrices Recomendados han de servir a los Estados en la tarea de encontrar medios prácticos para garantizar que los derechos humanos ocupen un lugar central en todas las medidas de gobernanza de las fronteras<sup>23</sup>.

Por lo que atañe a la detención de migrantes, las principales recomendaciones formuladas en los Principios y Directrices Recomendados para evitar la detención son las siguientes:

Establecer una presunción jurídica contra la detención y prescribir jurídicamente alternativas a la detención conformes con los derechos humanos, para que la detención sea un último recurso que se imponga únicamente tras la consideración de otras alternativas menos restrictivas y cuando éstas se hayan considerado inadecuadas para lograr fines legítimos.

Evitar las detenciones arbitrarias garantizando que cualquier privación de libertad que tenga lugar en fronteras internacionales (incluido el transporte en zonas de frontera o alrededor de las mismas) sea una medida de último recurso y que los motivos de cualquier detención estén claramente definidos en la ley, que las detenciones sean de alcance y duración limitados, necesarias y proporcionadas, y que los motivos de la detención se expliquen a los migrantes.

Examinar y evaluar individualmente a los migrantes en las fronteras internacionales para garantizar que la detención sólo se impone por objetivos legítimos y por un período de tiempo limitado con arreglo al derecho internacional de derechos humanos y sólo cuando no haya otras alternativas a la detención disponibles.

<sup>1</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966.

<sup>2</sup> A/HRC/13/30/Add.1, párr. 58: "El Grupo de Trabajo considera que la detención administrativa como tal de migrantes en situación irregular, es decir, migrantes que cruzan la frontera de un país de manera irregular o sin la debida documentación, o que han prolongado su permanencia en el país más allá del plazo autorizado y, por consiguiente, se exponen a ser expulsados, no se halla en contravención de los instrumentos internacionales de derechos humanos. El Grupo es del todo consciente del derecho soberano de los Estados a reglamentar la migración. Sin embargo, considera que la detención de inmigrantes debería suprimirse gradualmente. Los migrantes en situación irregular no han cometido ningún delito. La penalización de la migración irregular sobrepasa el interés legítimo de todo Estado de proteger su territorio y reglamentar la corriente regular de migrantes"

<sup>3</sup> Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 35, párr. 18.

<sup>4</sup> *Ibid*, párr. 22.

<sup>5</sup> Véanse las opiniones aprobadas por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, 2 de marzo de 2010, documento A/HRC/13/30/Add.1 de las Naciones Unidas, en particular la opinión núm. 5/2009 (Líbano), pág. 157, párr. 12 (no disponible en español).

<sup>6</sup> De hecho, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria considera que la arbitrariedad debe evaluarse a la luz de las circunstancias pertinentes de cada detención (informe anual, 1º de diciembre de 2004, documento E/CN.4/2005/6 de las Naciones Unidas, párr. 54). El mismo principio fue reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 171. Véase asimismo un ejemplo más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia del 28 de abril de 2011 (Petición de decisión prejudicial), *Sr. El Dridi*, causa núm. C-61/11 PPU, párr. 39.



<sup>7</sup> Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, informe anual de 15 de enero de 2010, párr. 62, y Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, informe sobre la visita a Australia, 24 de octubre de 2002, párr. 12. Véase asimismo Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vélez Lóor vs. Panamá*, *op. cit.*, párr. 171.

<sup>8</sup> Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, informe anual de 15 de enero de 2010, *op. cit.*, párr. 61.

<sup>9</sup> Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 35, párr. 39.

<sup>10</sup> Deliberación núm. 5, Anexo II del informe anual del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, 28 de diciembre de 1999, documento E/CN.4/2000/4 de las Naciones Unidas, Principio 7. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, informe anual, de 15 de enero de 2010, *op. cit.*, párr. 61.

<sup>11</sup> Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, informe anual de 15 de enero de 2010, *op. cit.*, párr. 61.

<sup>12</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966.

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 7 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 3 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

<sup>15</sup> En el asunto *Dougoz v. Greece (2001)*, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que las condiciones de detención del autor de la demanda en el cuartel general de la policía y en el centro de detención de Drapetsona, en particular el hacinamiento grave y la ausencia de instalaciones para dormir, además de la duración excesiva de su detención, equivalían a un trato degradante que contravenía el artículo 3 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

<sup>16</sup> Por ejemplo, la inexistencia del derecho a litigar, la ausencia de asistencia jurídica, la falta de acceso a un abogado (a diferencia de las personas que trabajan para las autoridades de inmigración, que no son independientes y están expuestas a conflictos de intereses), la falta de información, la ausencia de interpretación, etc.

<sup>17</sup> Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), 2012. Campaña Global ¡Alto a la Detención de Niñ@s Migrantes! Accesible en el sitio web de End Immigration Detention of Children: <http://endchilddetention.org/es>.

<sup>18</sup> Véase ACNUR, Directrices sobre la detención, 2012, directriz 4.1.

<sup>19</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, 2007. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes.

<sup>23</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), 2014. Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales.