



Asamblea General

Distr. general
2 de abril de 2012
Español
Original: inglés

Consejo de Derechos Humanos

20º período de sesiones

Tema 3 de la agenda

**Promoción y protección de todos los derechos humanos,
civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,
incluido el derecho al desarrollo**

Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau

Resumen

Este informe se presenta de conformidad con la resolución 17/12 del Consejo de Derechos Humanos y es el primero que presenta al Consejo el nuevo Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau, que asumió el cargo el 1º de agosto de 2011. El informe contiene un resumen de las actividades llevadas a cabo por el titular del mandato desde que asumió sus funciones. La parte temática del informe se centra en la privación de libertad de los migrantes en situación irregular. En la primera parte del informe temático se establece el marco jurídico internacional y regional en materia de derechos humanos, en particular con respecto a los grupos de migrantes que necesitan protección especial, y en la segunda parte se centra la atención en las medidas alternativas a la privación de libertad. El informe se basa en la labor realizada por los anteriores titulares del mandato en sus informes sobre los derechos humanos de los migrantes privados de libertad (E/CN.4/2003/85) y sobre la penalización de la migración irregular (A/HRC/7/12 y A/65/222).

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Actividades del Relator Especial	1–4	3
A. Visitas a países	1–2	3
B. Comunicaciones con los Estados.....	3	3
C. Otras actividades	4	3
II. Privación de libertad de los migrantes en situación irregular.....	5–67	3
A. Marco jurídico internacional y regional en materia de derechos humanos.....	5–47	3
B. Alternativas a la detención administrativa de los migrantes.....	48–67	14
III. Conclusiones y recomendaciones	68–78	19

I. Actividades del Relator Especial

A. Visitas a países

1. Durante el período que se examina, el Relator Especial visitó un país, Albania, del 5 al 13 de diciembre de 2011.
2. En 2012 y 2013, el Relator Especial centrará su atención en la región de Europa y el Mediterráneo y, concretamente, en la gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea. A lo largo del año prevé visitar Grecia, Italia, Túnez y Turquía.

B. Comunicaciones con los Estados

3. Desde que asumió el cargo el 1º de agosto de 2011, el Relator Especial ha enviado 12 comunicaciones. Agradece su colaboración a todos los gobiernos que han respondido a sus comunicaciones y recuerda a los gobiernos que no han respondido aún que deben hacerlo y abordar todas las preocupaciones planteadas en cada comunicación.

C. Otras actividades

4. Durante el período que se examina el Relator Especial asistió a diversos actos internacionales. El 21 de octubre de 2011 pronunció un discurso ante la Asamblea General en Nueva York. Del 8 al 10 de noviembre de 2011, participó en una Reunión de Expertos sobre Refugiados y Solicitantes de Asilo en Peligro en el Mar organizada en Djibouti por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Del 29 de noviembre al 2 de diciembre de 2011 asistió en Ginebra al Foro Mundial sobre la Migración y el Desarrollo y a sus actividades paralelas. Asistió a la décima Reunión de Coordinación sobre la Migración Internacional y el Desarrollo organizada en Nueva York los días 9 y 10 de febrero de 2012. Los días 22 y 23 de marzo de 2012 participó en una consulta de expertos sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales organizada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).

II. Privación de libertad de los migrantes en situación irregular

A. Marco jurídico internacional y regional en materia de derechos humanos

1. Derecho a la libertad y a la seguridad personales

5. La Declaración Universal de Derechos Humanos garantiza a "todo individuo", incluidos los migrantes en situación irregular, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (art. 3) y establece que "nadie" podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (art. 9). El artículo 9, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, que nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias y que nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta. El Comité de Derechos Humanos, que vigila la

aplicación del Pacto, declaró en su Observación general N° 8 (1982) sobre el derecho a la libertad y a la seguridad personales que esa disposición es aplicable a todas las formas de privación de libertad, incluido el control de la inmigración. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares también protege el derecho a la libertad y a la seguridad personales y reconoce a todos los trabajadores migratorios, independientemente de su situación, el derecho a no ser sometidos, individual ni colectivamente, a detención o prisión arbitrarias y a no ser privados de su libertad, salvo por los motivos y de conformidad con los procedimientos que la ley establezca (art. 16, párrs. 1 y 4).

6. El hecho de que una persona se encuentre de forma irregular en el territorio de un Estado no significa que no esté protegida por las normas internacionales de derechos humanos. En su Observación general N° 31 (2004) sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, el Comité de Derechos Humanos afirmó que "el disfrute de los derechos del Pacto no se restringe a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que debe también extenderse a todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su situación apátrida, como las personas en búsqueda de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y otras personas, que pueden encontrarse en el territorio o estar sometidos a la jurisdicción del Estado Parte".

7. A nivel regional, el derecho a la libertad y a la seguridad personales está protegido por el artículo 6 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 14 de la Carta Árabe de Derechos Humanos y el artículo 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

2. Motivos excepcionales de detención administrativa de migrantes

8. El Relator Especial ha observado que los Estados alegan una amplia variedad de motivos para justificar la detención de los migrantes y que algunos Estados consideran la migración irregular como un problema de seguridad nacional o una cuestión penal, y pasan por alto los derechos humanos que están en juego. Se priva de libertad a distintas categorías de migrantes, incluidos los migrantes indocumentados o en situación irregular, los solicitantes de asilo que están esperando respuesta a su solicitud de asilo y aquellos a quienes se les ha denegado y están a la espera de su expulsión. El Relator Especial desea destacar que no hay ninguna prueba empírica de que la privación de libertad reduzca la migración irregular o disuada a las personas de solicitar asilo. Pese al creciente endurecimiento de las políticas de inmigración que se han adoptado en los últimos 20 años en todos los países del mundo, el número de entradas irregulares no ha disminuido. Ello puede deberse, entre otras cosas, al hecho de que los migrantes probablemente consideran la privación de libertad como un elemento inevitable de su viaje.

9. Para evitar la vulneración del derecho de los migrantes a la libertad y a la seguridad personales y para proteger a estos contra la arbitrariedad, la privación de libertad de los migrantes debe estar prescrita por la ley y ser necesaria, razonable y proporcional a los objetivos que se pretende alcanzar. La privación de libertad de un migrante, como la de cualquier otra persona, está justificada cuando se corre el riesgo de que alguien eluda futuros procesos judiciales o procedimientos administrativos o cuando una persona representa un peligro para su propia seguridad o para la seguridad pública.

10. La reclusión por motivos de seguridad es particularmente arriesgada para los migrantes, que pueden acabar siendo privados de libertad de manera prolongada o incluso indefinida por motivos vagos. El Relator Especial desea destacar que la privación de libertad por motivos de seguridad solo se puede imponer, durante el menor tiempo posible, después de haber realizado una evaluación individual de cada caso y respetando todas las salvaguardias procesales.

11. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contiene una lista exhaustiva de motivos de detención aceptados, lo que significa que debe realizarse una evaluación caso por caso. En la comunicación N° 560/1993, párrafo 9.2, el Comité de Derechos Humanos señaló que "el concepto de 'arbitrariedad' no debe equipararse al de 'contrario a la ley' sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos tales como incorrección e injusticia. Por otra parte, la detención preventiva podría considerarse arbitraria si no está justificada en todas las circunstancias del caso, por ejemplo, para impedir la fuga o el ocultamiento de pruebas; en este contexto, el elemento de la proporcionalidad es muy importante".

12. A diferencia del Pacto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos contiene una lista exhaustiva de situaciones en que se permite la privación de libertad. El artículo 5, párrafo 1 f), establece que solo se permite la privación de libertad de migrantes en dos situaciones específicas: "Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir que su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición". En el caso *Vasileva c. Dinamarca*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que la lista de excepciones al derecho a la libertad que figuraba en el artículo 5, párrafo 1, era exhaustiva y que solo una interpretación estricta de esas excepciones se ajustaba al objetivo de dicha disposición, a saber, garantizar que nadie fuera privado de su libertad arbitrariamente.

3. Penalización de la migración

13. El Relator Especial observa con preocupación que algunos países consideran delito la entrada y residencia irregulares en su territorio. Desea destacar que la entrada o residencia irregulares nunca deben considerarse delito, ya que no constituyen en sí delitos contra las personas, el patrimonio o la seguridad nacional. Es importante subrayar que los migrantes irregulares no son delincuentes en sí y no deben ser tratados como tales. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha señalado que "tipificar como delito la entrada ilegal en el territorio de un Estado trasciende el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración ilegal y da lugar a detenciones innecesarias" (A/HRC/7/4, párr. 53).

14. El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, obliga a los Estados partes a tipificar como delito el tráfico ilícito de migrantes. No obstante, esa penalización no se aplica a los migrantes objeto de tráfico ilícito. El Protocolo establece que los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al Protocolo por el hecho de haber sido objeto de tráfico ilícito.

4. Garantías procesales en el contexto de la detención administrativa de los migrantes

15. Los migrantes privados de libertad se encuentran en una situación especialmente vulnerable, ya que es posible que no hablen el idioma y, por lo tanto, que no entiendan por qué son privados de libertad o desconozcan los recursos de que disponen para impugnar la legalidad de su privación de libertad. El Relator Especial ha tenido conocimiento de que con frecuencia a los migrantes privados de libertad se les deniegan salvaguardias procesales fundamentales, como el acceso inmediato a un abogado, a los servicios de un intérprete o traductor, a la atención médica necesaria, a medios para ponerse en contacto con sus familiares o con representantes consulares y a recursos para impugnar la privación de libertad. El Relator Especial también es consciente de que, incluso si se han seguido

debidamente todos los procedimientos, la privación de libertad aún se puede considerar arbitraria cuando hay un elemento de mala fe por parte de las autoridades¹.

16. El artículo 9, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma. El artículo 16, párrafo 5, de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares reconoce el mismo derecho específicamente a los trabajadores migratorios y sus familiares. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria afirma en su deliberación N° 5 sobre la situación de los inmigrantes y los solicitantes de asilo que la medida de retención será notificada por escrito en un idioma comprensible para el solicitante, con detalle de los motivos y se precisarán las condiciones en las que se podrá presentar recurso ante un juez.

17. Según el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será informada en el momento del arresto, en un idioma que comprenda, sobre sus derechos y sobre la manera de ejercerlos. El Conjunto de Principios establece también que toda persona privada de libertad tiene derecho a contar con la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete y de un abogado y a ser sometida a un examen médico con la menor dilación posible. También tiene derecho a comunicarse con el mundo exterior, en particular con su familia y su abogado.

18. El artículo 9, párrafo 4, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. El Comité de Derechos Humanos afirmó en su Observación general N° 8 que esa disposición era aplicable a todas las formas de privación de libertad, incluido el control de la inmigración. El artículo 16, párrafo 8, de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares prevé las mismas garantías para los trabajadores migratorios y sus familiares que sean privados de su libertad y les reconoce el derecho a recibir la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete cuando no pudieren entender o hablar el idioma utilizado. Esas garantías son importantes en primera instancia, pero también en caso de apelación.

19. A nivel regional, el derecho a recurrir ante un tribunal a fin de que este decida sobre la legalidad de la privación de libertad se contempla en el artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 14 de la Carta Árabe de Derechos Humanos y el artículo 5, párrafo 4, del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Relator Especial ha sido informado sobre varios casos en que se ha restringido ese derecho, entre otras cosas por la importante dilación entre el momento de la detención y la fecha de celebración de la primera vista.

20. Los migrantes privados de libertad tienen derecho a comunicarse con las autoridades de su país de origen por conducto de las autoridades consulares o diplomáticas. El artículo 16, párrafo 7, de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establece que cuando un trabajador migratorio o un familiar suyo sea privado de libertad, las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o de un Estado que represente los intereses del Estado de origen, serán informadas sin demora, si lo solicita el detenido, de la detención o prisión y de los motivos de esa medida; y la persona interesada tendrá derecho a comunicarse con esas autoridades. El artículo 36, párrafo 1 b), de la Convención de Viena sobre Relaciones

¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Čonka c. Bélgica*, 5 de febrero de 2002.

Consulares establece que, si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea detenido. No obstante, los migrantes privados de libertad deben ser informados de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares o diplomáticas para poder ejercerlo. El Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión establece que el extranjero detenido será informado prontamente de su derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o la misión diplomática del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, compete recibir esa comunicación. El Relator Especial desea no obstante destacar que se debe contactar a las autoridades consulares únicamente si lo solicita el migrante detenido. En particular, no se debe informar a las autoridades consulares sobre los solicitantes de asilo sin el conocimiento y consentimiento de estos.

5. Duración de la detención administrativa de los migrantes

21. El Relator Especial ha recibido información que indica que es frecuente la detención administrativa prolongada de los migrantes, a veces durante más de un año. Desea subrayar que la detención administrativa de los migrantes debe ser lo más breve posible y que la decisión de prolongar la privación de libertad debe examinarse periódicamente. El Comité de Derechos Humanos afirmó en la comunicación N° 560/1993 que "toda decisión de mantener detenida a una persona debe ser examinada periódicamente a fin de evaluar los motivos que justifican la detención. En cualquier caso, la detención no debe prolongarse más allá del período para el que el Estado pueda aportar una justificación adecuada. Por ejemplo, el hecho de que haya habido una entrada ilegal tal vez indique la necesidad de realizar una investigación, y puede haber otros factores privativos del individuo, como la probabilidad de fuga y la falta de colaboración, que justifiquen la detención durante un período determinado. Si no concurren esos factores, puede considerarse arbitraria la detención, incluso si la entrada fue ilegal".

22. El Relator Especial desea poner de relieve que la detención administrativa de los migrantes no debe bajo ninguna circunstancia ser indefinida. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria afirma en su deliberación N° 5 que la ley debe prever un plazo máximo de retención que en ningún caso puede ser indefinido ni tener una duración excesiva. El Grupo de Trabajo considera arbitraria la privación de libertad "cuando los solicitantes de asilo, inmigrantes o refugiados son objeto de detención administrativa prolongada sin posibilidad de recurso administrativo y judicial" (A/HRC/16/47, anexo, párr. 8 d)). El Grupo de Trabajo también ha señalado que una vez transcurrido el período máximo de retención, el detenido debe ser puesto automáticamente en libertad (A/HRC/13/30, párr. 61).

23. Los migrantes privados de libertad, ya sea por problemas de idioma o por falta de acceso a un abogado, no siempre saben que tienen derecho a solicitar el examen de la medida de privación de libertad. El Relator Especial considera por tanto que el examen periódico de la medida debe ser automático. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha señalado que en cada caso individual la privación de libertad debe revisarse de manera automática, periódica y judicial, no solo administrativa, y que también debe examinarse si la detención es legal, no solo si es razonable o responde a otros criterios de menor valor (*ibid.*).

24. A veces puede resultar imposible expulsar a un inmigrante en situación irregular, entre otras cosas porque este carece de la documentación necesaria para regresar a su país de origen, porque existen impedimentos financieros u otros obstáculos prácticos a la expulsión (por ejemplo, no hay ningún medio de transporte disponible), o porque el riesgo de que el inmigrante sea sometido a tortura en el país al que vaya a ser devuelto (por el

principio de no devolución consagrado en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes) impide su expulsión o devolución a ese país. Además, los solicitantes de asilo cuya vida o cuya libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas gozan de protección en virtud del principio de no devolución consagrado en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. No debe privarse de libertad a un migrante cuando sea imposible expulsarlo por motivos ajenos a su voluntad. Así lo ha declarado también el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, que ha señalado que en los casos en que los obstáculos jurídicos o prácticos para expulsar a los migrantes detenidos sean ajenos a su voluntad, estos deberán ser puestos en libertad "para evitar que su detención se prolongue indefinidamente, lo cual sería arbitrario. En virtud del principio de proporcionalidad, la privación de libertad deberá perseguir un objetivo legítimo, que no existiría si no hubiera ya ninguna perspectiva real y tangible de expulsión" (*ibid.*, párr. 91).

6. Condiciones de la privación de libertad de los migrantes

25. La información recabada por el Relator Especial indica que a veces los migrantes son internados en condiciones inaceptables inferiores a la norma en centros atestados en que las condiciones de higiene son deficientes, los servicios de saneamiento son limitados o inexistentes y la alimentación es escasa. También ha llegado a conocimiento del Relator Especial que frecuentemente se descuida la salud mental y física de los migrantes retenidos. No siempre hay médicos y enfermeros disponibles y es posible que estos no estén facultados para tratar debidamente a sus pacientes, entre otras cosas cuando necesitan ser hospitalizados. Además, no todos los centros de detención ofrecen servicios de atención de la salud reproductiva a las mujeres, especialmente las mujeres embarazadas.

26. Las deficientes condiciones de detención pueden constituir un trato inhumano o degradante y aumentar el riesgo de que además se infrinjan derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la salud, a la alimentación, al agua potable y al saneamiento.

27. De conformidad con el artículo 10, párrafo 1, 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. En su Observación general N° 21 (1992) sobre el trato humano de las personas privadas de libertad, el Comité de Derechos Humanos señala que ese derecho es aplicable a todas las personas privadas de libertad en virtud de las leyes y autoridad del Estado en prisiones, hospitales —en particular hospitales psiquiátricos— campamentos de detención, instituciones correccionales o en otras partes. Asimismo, afirma que tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal y que, por ello, tal norma no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado.

28. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establece que todo trabajador migratorio o familiar suyo privado de libertad será tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural (art. 17, párr. 1). Además, los trabajadores migratorios y sus familiares sometidos a detención gozarán de los mismos derechos que los nacionales (*ibid.*, párr. 7).

29. Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, que son aplicables a todas las categorías de personas privadas de libertad, ya sea por cargos penales o como consecuencia de un procedimiento no penal, establecen normas mínimas con respecto, entre otras cosas, a los locales destinados a los reclusos, la higiene personal, las ropas, la cama, la alimentación, el ejercicio físico, el acceso a diarios, libros y consejeros religiosos, el contacto con el mundo exterior y los servicios médicos.

30. El Relator Especial ha recibido informaciones que indican que los migrantes privados de libertad, ya sean hombres, mujeres o niños, son víctimas de actos de violencia, en particular de violencia y abusos sexuales. No siempre se vigila adecuadamente el comportamiento de los guardias, en especial si son empleados de empresas de seguridad privadas. Por consiguiente, es fundamental que el personal encargado de los migrantes privados de libertad reciba instrucción y capacitación apropiadas.

31. La privación de libertad de los migrantes en razón de su situación irregular no debe bajo ninguna circunstancia tener carácter punitivo. Dado que los migrantes en situación de detención administrativa no han sido acusados ni condenados por la comisión de un delito, no deben ser sometidos a condiciones y entornos carcelarios tales como la obligación de llevar uniforme penitenciario, la restricción severa de su libertad de circulación, la falta de lugares de esparcimiento al aire libre y la imposibilidad de mantener contacto físico con las personas que vayan a visitarlos. Sin embargo, el Relator Especial ha recibido información que indica que las condiciones de los centros de detención de migrantes suelen ser similares a las de las cárceles y que, en algunos países, llegan a ser incluso peores. Algunos centros de detención de migrantes solo permiten las visitas vigiladas en espacios con paneles que impiden el contacto físico con los familiares y amigos que visitan a los internos. Los migrantes privados de libertad no siempre tienen acceso a un teléfono, lo que puede dificultar la comunicación con sus abogados. El Relator Especial también ha sabido que algunos centros de detención no cuentan con intérpretes, lo que dificulta la comunicación con los migrantes internados e impide que sean informados debidamente.

32. El Relator Especial cree que las visitas independientes son fundamentales para vigilar las condiciones de detención de los migrantes. Debe permitirse al ACNUDH, el ACNUR, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), las instituciones nacionales de derechos humanos y las organizaciones no gubernamentales (ONG) acceder a todos los lugares de detención. Además de permitir esas visitas, para garantizar la vigilancia adecuada de los lugares en que los migrantes permanecen retenidos es fundamental que los Estados ratifiquen el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que se autoricen las visitas del Subcomité para la Prevención de la Tortura y que se establezca un mecanismo nacional de prevención. El Relator Especial ha tenido conocimiento de varios casos de violencia desesperada en centros de detención de migrantes, como intentos de suicidio, automutilaciones, huelgas de hambre, motines e incendios provocados: esos incidentes probablemente podrían reducirse considerablemente si se llevara a cabo un control eficaz, frecuente e independiente de los centros de detención, entre otras cosas mediante el establecimiento de mecanismos seguros y accesibles para recibir denuncias de los migrantes detenidos.

7. Lugares de detención de los migrantes

33. El Relator Especial desea destacar que los migrantes en situación de detención administrativa deben ser alojados en centros de detención específicos y bajo ninguna circunstancia deben ser internados en cárceles u otros establecimientos penitenciarios junto a personas condenadas por un delito. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establece que los trabajadores migratorios o familiares suyos que se encuentren detenidos por violación de las disposiciones sobre migración serán alojados, en la medida de lo posible, en locales distintos de los destinados a las personas condenadas o a las personas detenidas que esperen ser juzgadas (art. 17, párr. 3). Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos establecen que las personas presas como consecuencia de un procedimiento no penal deberán ser separadas de los detenidos por infracción penal. Asimismo, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria señala en su deliberación N° 5 que se procederá a la retención en una institución pública especialmente destinada a estos fines y que cuando, por

razones prácticas, no ocurra así, el solicitante de asilo o el inmigrante será internado en un lugar que no esté destinado a presos por delitos penales. A nivel regional, en los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas² se dispone que los solicitantes de asilo o refugio y las personas privadas de libertad a causa de infracción de las disposiciones sobre migración no deberán estar privados de libertad en establecimientos destinados a personas condenadas o acusadas por infracciones penales.

34. No obstante, la información recibida por el Relator Especial indica que los migrantes son internados en múltiples lugares, como cárceles, comisarías de policía, centros de detención especiales para inmigrantes, centros de detención no oficiales para migrantes, como bases militares, locales de empresas de seguridad privadas, y aeropuertos, buques y almacenes en desuso. Esos lugares de detención están a cargo de diferentes autoridades públicas a nivel local, regional o nacional, lo que hace difícil garantizar la observancia uniforme de las normas de detención. Los migrantes pueden además ser trasladados con bastante rapidez de un centro de detención a otro, lo que también dificulta el seguimiento de su situación. Además, suelen ser internados en lugares alejados de los centros urbanos, lo que dificulta el acceso de familiares, intérpretes, abogados y ONG, y limita a su vez el derecho del migrante a una comunicación efectiva.

35. Los centros de detención de migrantes privados plantean dificultades particulares en lo que respecta a su control. También puede darse la situación de que los contratos de gestión de los centros de detención se adjudiquen a la empresa que ofrezca los servicios más económicos, sin tener debidamente en cuenta la obligación de tratar a los detenidos con humanidad y con respeto hacia su dignidad. Los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (A/HRC/17/31, anexo) establecen que los Estados no renuncian a sus obligaciones internacionales de derechos humanos por privatizar la prestación de servicios con un posible impacto sobre el disfrute de los derechos humanos y el Comité de Derechos Humanos ha afirmado en su comunicación N° 1020/2001 que "el hecho de otorgar contratos al sector comercial privado para que se encargue de actividades estatales básicas que incluyen el uso de la fuerza y la detención de personas no exime a un Estado Parte de sus obligaciones con arreglo al Pacto" (párr. 7.2).

8. Grupos de migrantes que necesitan una protección especial

a) *Mujeres*

36. Las mujeres migrantes privadas de libertad pueden ser víctimas de actos de violencia sexual cometidos por los internos o por los guardias. Por tanto, deben ser separadas de los hombres y estar custodiadas por personal femenino. Las internas embarazadas tienen necesidades especiales. En el artículo 12, párrafo 2, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y en la Recomendación general N° 26 (2008) del Comité sobre las trabajadoras migratorias se obliga a los Estados partes a garantizar a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto. En las Directrices revisadas del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo³ (en adelante, las directrices del ACNUR) se afirma que, como regla general, debería evitarse la detención de mujeres embarazadas en sus últimos meses de gestación y de madres lactantes.

37. Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (las Reglas de Bangkok), que

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución 1/08.

³ Si bien las Directrices se aplican específicamente a los solicitantes de asilo, por analogía pueden servir de orientación con respecto a la privación de libertad de los migrantes.

complementan las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, establecen que se deben tener en cuenta las necesidades concretas de las mujeres privadas de libertad. Entre otras cosas, los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género; el reconocimiento médico de las reclusas deberá determinar, entre otras cosas, las necesidades de atención de la salud mental, incluidos el trastorno de estrés postraumático y el riesgo de suicidio o de autolesiones; el historial de salud reproductiva de la reclusa, incluidos un posible embarazo en curso y anteriores embarazos o partos, así como cualquier aspecto conexo; y los abusos sexuales y otras formas de violencia que hayan podido sufrir antes del ingreso. Las reglas de Bangkok prevén asimismo una atención de la salud orientada expresamente a la mujer y la puesta a disposición de las reclusas con necesidades de atención de la salud mental de programas amplios de atención de la salud y rehabilitación individualizados, que tengan en consideración las cuestiones de género y estén habilitados para el tratamiento de los traumas.

b) *Niños*⁴

38. Los niños reclusos en centros de inmigrantes a menudo estarán traumatizados y tendrán dificultades para comprender por qué se les "castiga" si no han cometido ningún delito. De conformidad con el artículo 37, párrafo b), de la Convención sobre los Derechos del Niño, ningún niño será 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 solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. En el artículo 37, párrafo c), se establece que todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales. En el artículo 37, párrafo d), se dispone que todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción. Los niños privados de libertad también tienen derecho a un tratamiento médico apropiado (art. 24), a la educación (art. 28) y al esparcimiento y el juego (art. 31).

39. Asimismo, la Convención estipula que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los Estados, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (art. 3). También establece el derecho del niño a no ser separado de sus padres contra la voluntad de estos (art. 9) e impone a los Estados la obligación de adoptar medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado reciba, tanto si está solo como si está acompañado, la protección y la asistencia adecuadas (art. 22).

40. A veces los niños migrantes son reclusos junto a sus padres cuando se determina que estos están en situación irregular, bajo el pretexto de mantener la unidad familiar. Ello no solo puede vulnerar el principio del interés superior del niño y el derecho del niño a ser privado de libertad tan solo como medida de último recurso, sino que también puede infringir su derecho a no ser castigado por los actos de sus padres (art. 2, párr. 2). Esto no significa que cuando se separa a la familia, privando de libertad a los padres y colocando a sus hijos en el sistema de cuidados alternativos, se obra en favor del interés del niño. La

⁴ Se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

privación de libertad de los padres perjudica a los niños y puede violar su derecho a no ser separados de sus padres contra la voluntad de estos, así como el derecho a la protección de la familia, reconocido en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por lo tanto, solo en circunstancias muy excepcionales se debe decidir privar de libertad a los migrantes que están acompañados de sus hijos. Los Estados deben evaluar cuidadosamente la necesidad de la privación de libertad en estos casos y, en lugar de ello, preservar la unidad familiar aplicando a toda la familia modalidades alternativas a la privación de libertad.

41. Los niños también pueden migrar por su cuenta, a veces tras haber sido separados de sus padres u otros familiares adultos. Esos niños no acompañados o separados de su familia pueden llegar a ser víctimas de violaciones de los derechos humanos, como la explotación sexual y económica y la trata, y su situación requiere una atención especial. En su Observación general N° 6 (2005) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, el Comité de los Derechos del Niño afirma que no debe privarse de libertad, por regla general, a los menores no acompañados o separados de su familia y que la privación de libertad no puede justificarse solamente por su condición de inmigrante o residente, así como que los niños no deben ser considerados delincuentes por el solo hecho de haber entrado o encontrarse irregularmente en el país. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha afirmado que, dada la existencia de alternativas a su detención, es difícil imaginar una situación en la que la detención de un niño no acompañado sería compatible con lo dispuesto en el artículo 37, párrafo b), de la Convención sobre los Derechos del Niño (A/HRC/13/30, párr. 60). En cambio, tan pronto como se determine la condición de menor no acompañado o separado de su familia, el Estado nombrará un tutor o asesor que desempeñará sus funciones hasta que el menor llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado.

c) *Víctimas de la trata*

42. Las víctimas de la trata pueden infringir leyes y reglamentos de inmigración, entre otras cosas, por entrada irregular o utilización de documentación falsa. Sin embargo, el Relator Especial desea poner de relieve que las víctimas de la trata deben ser reconocidas como víctimas y no deben ser consideradas responsables de los actos de sus tratantes. El temor a la detención —que para muchas víctimas de la trata es el paso previo a su expulsión al país de origen, donde volverán a encontrarse a merced de los tratantes— puede hacer que no se atrevan a buscar protección, asistencia y justicia. En el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, se insta a los Estados a que consideren la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda (art. 7, párr. 1). En los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas se pide a los Estados que se cercioren de que las víctimas de la trata de personas no sean objeto, en circunstancia alguna, de detención con arreglo a las normas de inmigración ni de ninguna otra forma de detención; y de que no sean detenidas, acusadas ni procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en su territorio ni por haber participado en actividades ilícitas como consecuencia directa de su situación de víctimas de la trata. La Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, también ha afirmado que las víctimas de la trata de personas no deben ser detenidas, acusadas ni procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino (véase A/64/290).

d) *Categorías vulnerables de migrantes*

43. La privación de libertad puede ser particularmente perjudicial para las categorías vulnerables de migrantes, como las víctimas de la tortura, las personas de edad no acompañadas, las personas con discapacidad física o psíquica y las personas que viven con el VIH/SIDA. En las directrices del ACNUR se establece que, dado que la detención tiene efectos muy negativos en el bienestar psicológico de los detenidos, deben estudiarse activamente posibles alternativas antes de emitir cualquier orden de detener a solicitantes de asilo pertenecientes a categorías vulnerables. El Relator Especial cree que ese principio también debe aplicarse a los migrantes vulnerables. Es aconsejable que solo se decida la privación de libertad de una persona perteneciente a esas categorías cuando exista una certificación de un profesional médico calificado que indique que su salud y su bienestar no se verán afectados negativamente por la privación de libertad. Además, se debe hacer un seguimiento regular del interno, que debe contar con el apoyo de personal calificado. También debe tener acceso a servicios adecuados de salud, a medicamentos y a asesoramiento.

44. Las víctimas de la tortura ya son psicológicamente vulnerables debido al trauma que han sufrido, y su privación de libertad puede constituir en sí misma un trato inhumano y degradante.

45. El Relator Especial ha recibido información que indica que con bastante frecuencia se interna a personas con enfermedades mentales en centros de detención de migrantes, que carecen de recursos para proporcionarles la atención médica necesaria. En las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos se establece que los reclusos que sufran enfermedades mentales deberán ser observados y tratados en instituciones especializadas dirigidas por médicos.

46. Las investigaciones demuestran que la privación de libertad de los inmigrantes tiene efectos generalizados y gravemente perjudiciales en su salud mental (y a veces física). En el caso de los inmigrantes que anteriormente ya sufrían una enfermedad mental, deben estudiarse seriamente alternativas a la privación de libertad u otras disposiciones que permitan dispensarles el tratamiento que necesiten, asegurando su protección frente a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y su derecho a unas condiciones humanas de detención. Además, es posible que a veces los problemas de salud mental se deban, al menos en parte, a la privación de libertad. En la comunicación N° 900/1999, el Comité de Derechos Humanos señaló que la detención continua de un migrante cuando el Estado tenía conocimiento de su estado mental y no tomó las medidas necesarias para impedir que ese estado se deteriorara constituía una violación de sus derechos en virtud del artículo 7 del Pacto (prohibición de las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes) (párr. 8.4). Asimismo, afirmó que "la deportación del autor a un país donde no es probable que reciba el tratamiento necesario para una enfermedad debida, en todo o en parte, a la violación por el Estado Parte de los derechos del autor equivaldría a una violación del artículo 7 del Pacto" (párr. 8.5).

e) *Apátridas*

47. Los apátridas no gozan de la protección consular o diplomática de un Estado, con frecuencia carecen de documentos de identidad y no tienen un país al que ser devueltos. Los apátridas son especialmente vulnerables a la detención prolongada. El hecho de ser apátrida, y por lo tanto de no tener un país al que poder reclamar automáticamente la expedición de un documento de viaje, no debe dar lugar a una detención indefinida, y la apatridia no debe ser un impedimento para la puesta en libertad. En las directrices del ACNUR se afirma que las personas apátridas tienen derecho a beneficiarse de las mismas normas de tratamiento que los demás detenidos

B. Alternativas a la detención administrativa de los migrantes

48. El Relator Especial desea recordar a los gobiernos que, en 2009, la Asamblea General, en su resolución 63/184, exhortó a todos los Estados "a que respeten los derechos humanos y la dignidad intrínseca de los migrantes y pongan fin a los arrestos y detenciones de carácter arbitrario y a que, en caso necesario, examinen los períodos de detención con el fin de evitar la detención de migrantes irregulares durante períodos excesivamente largos y a que, cuando proceda, adopten medidas sustitutorias de la detención". Hay muchas razones por las que se debe evitar la privación de libertad de los migrantes y buscar medidas alternativas. La reclusión de los inmigrantes sigue estando mucho menos regulada y vigilada que la reclusión penal, lo que pone a los migrantes en peligro, entre otras cosas, de ser víctimas de detención prolongada, condiciones deficientes y malos tratos. A menudo los migrantes privados de libertad no se benefician de su derecho a someter su caso a una autoridad judicial y a las debidas garantías procesales, a veces debido a la falta de acceso a un abogado o a servicios de interpretación.

49. La privación de libertad deteriora sistemáticamente el estado físico y mental de casi todas las personas detenidas. Son habituales los síntomas asociados a la depresión, la ansiedad y el trastorno de estrés postraumático. La detención prolongada agrava esos síntomas, que ya pueden apreciarse en las primeras semanas de reclusión. Según las investigaciones, se pueden alcanzar tasas de cumplimiento o cooperación superiores al 90% si se pone en libertad a la persona con la supervisión y asistencia debidas. Las medidas alternativas también han resultado ser considerablemente menos costosas que la reclusión, no solo en cuanto a los costos directos, sino también en lo que respecta a los costos a más largo plazo asociados a la privación de libertad, como la repercusión en los servicios de salud, las dificultades de integración y otros problemas sociales.

50. El derecho a la libertad y a la seguridad personales señalado anteriormente obliga a los Estados a considerar en primer lugar alternativas a la privación de libertad de los migrantes que sean menos rigurosas. El Comité de Derechos Humanos señaló en la comunicación N° 900/1999 que los Estados debían demostrar que, "dadas las circunstancias especiales del autor, no hubiera medios menos drásticos de alcanzar el mismo objetivo, es decir, la aplicación de la política de inmigración del Estado Parte, como son la imposición de la obligación de presentarse a las autoridades competentes, el depósito de fianza u otras condiciones que tuviesen en cuenta la deterioración del estado del autor" (párr. 8.2). Para determinar si la retención es arbitraria o no, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria toma en cuenta, entre otras cosas, la posibilidad, para el extranjero, de beneficiarse de otras medidas diferentes de la retención administrativa (E/CN.4/1999/63, párr. 69, garantía 13). El Grupo de Trabajo ha recomendado que "antes de recurrir a la detención deberían siempre examinarse otras medidas alternativas distintas de la detención, tales como la obligación de comparecer ante la policía" (E/CN.4/1999/63/Add.3, párr. 33).

51. A nivel regional, en el caso *Vélez Loor c. Panamá*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que "serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines"⁵. Además, en las Veinte directrices del Consejo de Europa sobre el retorno forzoso⁶ se establece que los Estados solo podrán recurrir a la privación de libertad si, tras un cuidadoso examen de la necesidad de la privación de libertad en cada caso, las autoridades del Estado de acogida han llegado a la conclusión de que la ejecución de la orden de

⁵ Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

⁶ CM (2005)40, 9 de mayo de 2005.

expulsión no se puede garantizar con la misma eficacia recurriendo a medidas no privativas de la libertad como la vigilancia, la obligación de comparecer regularmente ante las autoridades, la libertad bajo fianza u otros sistemas de garantía. En la Directiva de la Unión Europea sobre el retorno⁷ se establece que no se puede mantener internados a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno si en el caso concreto de que se trate pueden aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo.

52. El Relator Especial desea destacar que las alternativas a la privación de libertad no deben convertirse en alternativas a la puesta en libertad incondicional. Las personas que tienen derecho a ser puestas en libertad sin condiciones no deben ser objeto de medidas alternativas.

53. A juicio del Relator Especial, la obligación de considerar siempre alternativas a la detención (medidas no privativas de la libertad) antes de recurrir a la privación de libertad debe establecerse por ley. Deben preverse directrices detalladas y una formación adecuada para los jueces y otros funcionarios del Estado, como los policías, los guardias fronterizos y los agentes de inmigración, a fin de garantizar una aplicación sistemática de medidas no privativas de la libertad en lugar del internamiento. Las medidas no privativas de la libertad deben ser objeto de un examen jurídico y los migrantes a los que se apliquen deben tener acceso a asistencia jurídica. Al considerar alternativas a la detención, los Estados deben tener plenamente en cuenta las circunstancias de cada caso y de las personas particularmente vulnerables, como las mujeres embarazadas, los niños, las víctimas de la trata, las víctimas de la tortura, las personas de edad y las personas con discapacidad. Debe aplicarse la medida menos rigurosa y restrictiva posible en cada caso. La legislación debe establecer una escala móvil de medidas de menos a más restrictivas que permita analizar la proporcionalidad y necesidad de cada medida. Algunas medidas no privativas de la libertad pueden ser tan restrictivas, ya sea por sí mismas o en combinación con otras medidas, que constituyen formas alternativas de privación de libertad en vez de alternativas a esta. Al examinar si las medidas aplicadas constituyen medidas de privación de libertad también se debe tener en cuenta el efecto acumulado de las restricciones, así como el grado y la intensidad de cada una de ellas.

54. Las medidas no privativas de la libertad deben ajustarse a los principios pertinentes del derecho internacional, incluidos los principios de la no discriminación, la necesidad y la proporcionalidad, y no deben impedir a las personas ejercer sus otros derechos humanos, incluido el derecho a la salud y a la educación. Las alternativas a la privación de libertad que imponen restricciones a la libertad de circulación deben ajustarse al artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce a toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado el derecho a circular libremente por él. Se ha afirmado que la expresión "legalmente en el territorio" se aplica a las personas a quienes se permite permanecer en un país ante la incapacidad del Estado de acogida de ejecutar una orden de expulsión o deportación (Comité de Derechos Humanos, comunicación Nº 456/1991). El artículo 12, párrafo 3, del Pacto establece que las restricciones a la libertad de circulación deben estar previstas en la ley y ser necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros.

55. Aunque las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad se refieren a las medidas no privativas de la libertad en el sistema de justicia penal, por analogía, pueden servir de orientación sobre las medidas no privativas de la libertad aplicables a los migrantes. En las reglas se dispone, entre otras cosas, que la introducción, definición y aplicación de medidas no privativas de la libertad estarán

⁷ Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008.

prescritas por la ley; que las decisiones sobre la imposición de medidas no privativas de la libertad estarán sometidas a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente; que la persona objeto de medidas no privativas de la libertad estará facultada para presentar peticiones o reclamaciones ante la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente sobre cuestiones que afecten a sus derechos individuales en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad; que la dignidad de la persona será protegida en todo momento; y que se respetará el derecho a la intimidad. Además, se determinará cuál es el tipo más adecuado de vigilancia y tratamiento para cada caso particular y el régimen de vigilancia y tratamiento se revisará y reajustará periódicamente, cuando sea necesario. Al comienzo de la aplicación de una medida no privativa de la libertad, la persona recibirá una explicación, oral y escrita, de las condiciones que rigen la aplicación de la medida, incluidos sus obligaciones y derechos, y el fracaso de una medida no privativa de la libertad no significará automáticamente la imposición de una medida privativa de la libertad.

56. Las alternativas a la privación de libertad pueden definirse como las leyes, políticas o prácticas que permitan a los solicitantes de asilo, los refugiados y los migrantes residir en la comunidad y circular libremente mientras se resuelve su situación como migrantes o están a la espera de su deportación o expulsión del país⁸. Hay una amplia gama de alternativas posibles a la privación de libertad, como la obligación de registrarse, el depósito de documentos, las cauciones, fianzas o seguridades con la intervención de un fiador, la obligación de comparecer ante las autoridades, la gestión de casos o libertad vigilada, la obligación de residir en un lugar determinado, la vigilancia electrónica, el arresto domiciliario a tiempo completo o parcial, y el regreso voluntario.

57. El registro de los migrantes ante las autoridades competentes, proporcionándoles documentos oficiales de registro, puede constituir una medida eficaz para impedir su fuga y ofrece una alternativa práctica a la privación de libertad de las personas que llegan al país sin documentación. La exigencia de que los migrantes se personen para renovar dichos documentos puede ser un tipo de obligación de comparecencia *de facto*. Para no ser discriminatoria, esta medida también debe ser aplicable a todos los migrantes que no puedan indicar un domicilio permanente a las autoridades competentes para su registro.

58. Puede utilizarse el depósito de documentos (pasaporte u otros documentos de identidad) ante las autoridades competentes como alternativa a la privación de libertad a fin de impedir la fuga. Sin embargo, en tales casos debe proporcionarse a los migrantes documentos de identidad de otro tipo que les sirvan para alquilar una vivienda, acceder al sistema de enseñanza, a los servicios de atención de la salud, etc.

59. Muchos países cuentan con sistemas que permiten la libertad bajo fianza, caución o seguridad con la intervención de un fiador. La "fianza" es el depósito de una suma de dinero para garantizar el futuro cumplimiento de los procedimientos de inmigración por una persona. La "caución" es un acuerdo escrito con las autoridades por el que la persona se compromete a cumplir sus obligaciones, que a veces requiere el depósito de una suma de dinero por esa persona o por un tercero. La "seguridad" es la garantía que da un tercero de que la persona cumplirá los procedimientos de inmigración; a tal efecto, el tercero o "fiador" se compromete a pagar una determinada suma de dinero en caso de fuga de esa persona. Las fianzas o cauciones suelen exigir una seguridad. Si bien muchos ordenamientos jurídicos contemplan la figura de la fianza, la medida en que los inmigrantes pueden beneficiarse de ella es cuestionable. La fianza puede ser discriminatoria para los migrantes que no tienen los medios económicos necesarios para ser puestos en libertad bajo fianza. Además, los migrantes pueden desconocer la existencia de esa medida

⁸ International Detention Coalition, *There are alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention* (Melbourne, 2011), glosario.

debido a su falta de acceso a asistencia o representación legal. Por consiguiente, es importante que los migrantes conozcan su derecho a solicitar su puesta en libertad bajo fianza. Las fianzas, cauciones y seguridades deben ser razonables y no deben suponer una carga excesiva o irreal para la persona. La obligación de que un tercero se presente como fiador puede ser discriminatoria para los migrantes que no tengan familiares o amigos en el país que puedan o quieran actuar como fiadores: podría alentarse el establecimiento de una red de ONG que diera a esos migrantes la oportunidad de obtener una fianza, caución o seguridad.

60. La comparecencia periódica ante funcionarios públicos, en persona o por teléfono, puede ser una medida alternativa a la privación de libertad. Esas comparecencias pueden ser diarias, semanales o menos frecuentes. La obligación de comparecer no debe ser excesivamente difícil de cumplir ni restringir demasiado la libertad o la intimidad y debe tener en cuenta las circunstancias particulares de la persona, como su situación familiar, el lugar en que reside, su situación laboral y sus medios económicos. La obligación de personarse frecuentemente puede constituir una limitación del derecho a la libertad de circulación. La obligación de comparecer a diario o de recorrer distancias excesivas para comparecer podría interferir en el trabajo o en otras obligaciones y, por lo tanto, no ser proporcional a sus objetivos.

61. La gestión de casos o libertad vigilada es una estrategia para ayudar a las personas y gestionar su caso mientras se resuelve su situación, dando prioridad a la adopción de decisiones fundamentadas, la resolución oportuna y justa de la situación y la mejora del bienestar de esas personas y de los mecanismos para hacer frente a sus dificultades. Los asesores encargados de los casos tratan personalmente con los migrantes y pueden aconsejar sobre cuestiones jurídicas o sobre la posibilidad de obtener la residencia legal, ofrecer acceso a un abogado si lo solicitan, proporcionar información actualizada sobre la situación del caso de inmigración, ayudar a solucionar problemas prácticos, etc. Por lo general la gestión de casos comprende tres tipos de alternativas: supervisión por organizaciones locales y ONG; programas conjuntos del Estado y las ONG; o alternativas administradas por el Estado. La gestión de casos puede combinarse con otras medidas, como la obligación de comparecer o el depósito de una fianza. Los migrantes deben poder denunciar ante una autoridad competente, sin temor a represalias, cualquier conducta discriminatoria, arbitraria o por lo demás abusiva mostrada por agentes del Estado o no estatales en la supervisión de su puesta en libertad.

62. La obligación de residir en un lugar determinado implica ya sea el alojamiento en casas o apartamentos comunitarios o la residencia en una región o distrito determinados del país. Puede exigirse una autorización previa para cambiar de domicilio o trasladarse a otra región administrativa. Esta medida se usa a veces para repartir la "carga" de acoger a inmigrantes entre las diferentes regiones de un país. En ocasiones el lugar de residencia designado puede estar en una zona aislada, y es importante velar por que ello no impida a la persona acceder a servicios de atención de la salud, enseñanza y asistencia jurídica, y en su caso a oportunidades de empleo. Además, la designación de un lugar de residencia puede restringir la libertad de circulación de los migrantes afectados, por lo que debe utilizarse con precaución.

63. La vigilancia electrónica suele consistir en la colocación de un brazalete en el tobillo o la muñeca para seguir los movimientos de una persona. Esta medida puede ser particularmente enojosa y atentar contra el derecho a la libertad de circulación establecido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, es probable que los efectos psicológicos estigmatizadores y negativos de la vigilancia electrónica no guarden proporción con los beneficios de dicha medida. Por lo tanto, solo se debe utilizar después de evaluar cuidadosamente el grado en que la medida específica restringirá los derechos humanos de la persona, así como su proporcionalidad y necesidad

para alcanzar un objetivo legítimo. Otro problema de la vigilancia electrónica es que a los migrantes que no tienen residencia permanente les resulta difícil, cuando no imposible, beneficiarse de esta alternativa a la privación de libertad. La medida puede resultar discriminatoria si quienes no pueden cumplir las exigencias de la vigilancia electrónica acaban siendo internados. Si la vigilancia electrónica se vincula a otras restricciones, como la obligación de permanecer en el domicilio durante la mayor parte del día, esas restricciones pueden equivaler a un arresto domiciliario, y constituir una medida de privación de libertad.

64. El arresto domiciliario a tiempo completo o parcial es una medida particularmente enojosa y puede constituir una forma alternativa de privación de libertad en lugar de una alternativa a la privación de libertad. Por consiguiente, esa medida solo debe aplicarse en casos excepcionales. El arresto domiciliario puede hacer que al migrante le resulte difícil, cuando no imposible, trabajar y mantener un nivel de vida adecuado, a menos que reciba ayuda del Estado. En su deliberación N° 1, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria afirmó que el arresto domiciliario puede compararse a la privación de libertad, siempre que se efectúe en recintos cerrados que la persona no esté autorizada a abandonar.

65. Los programas de regreso voluntario pueden utilizarse como mecanismo para apoyar y facilitar el regreso de personas que no tienen razones para permanecer en el país y no tienen problemas de protección o humanitarios. Esos programas pueden ser una solución para los migrantes que desean regresar a su país pero no tienen medios para hacerlo. Pueden ser una alternativa humana a la privación de libertad y la expulsión y, en determinadas circunstancias, pueden permitir el regreso y la reintegración ordenados, dignos y duraderos. No obstante, es preciso velar por que la decisión de regresar sea plenamente voluntaria y fruto de una decisión genuina y fundamentada, en particular si el migrante se encuentra recluido en régimen cerrado cuando se le ofrece la posibilidad de acogerse al programa de regreso voluntario asistido y se han tomado medidas para que su regreso sea duradero a largo plazo.

66. A fin de garantizar el éxito de las alternativas a la privación de libertad, todas las personas objeto de medidas no privativas de la libertad deben recibir información clara y concisa sobre sus derechos y obligaciones en relación con las medidas impuestas, así como sobre las consecuencias de su incumplimiento. También deben ser tratadas con dignidad, humanidad y respeto de sus derechos humanos a lo largo de todo el procedimiento de inmigración pertinente. Los migrantes objeto de medidas no privativas de la libertad deben tener acceso a asesoramiento jurídico, en particular sobre los procedimientos de regularización y sobre la forma de estudiar vías de migración legales. La expedición de documentos de identidad a las personas indocumentadas también es un elemento necesario de las medidas alternativas a la privación de libertad, a fin de evitar que sean o vuelvan a ser detenidos y de ayudarlos a encontrar alojamiento y empleo y a acceder a los servicios de atención de la salud y educación y a otros servicios. Los migrantes objeto de medidas no privativas de la libertad también tienen derecho, de conformidad con el Pacto de Derechos Económicos, sociales y Culturales, a un nivel de vida adecuado (alimentación y agua, vestido y vivienda) (art. 11) y al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12). Los migrantes que no están autorizados a trabajar deben recibir del Estado la ayuda necesaria para mantener un nivel de vida adecuado para sí y su familia y los Estados deben considerar la posibilidad de permitirles acceder al mercado de trabajo. Ponerlos en libertad para que queden en la indigencia no es una respuesta adecuada. Las políticas que restringen a los migrantes irregulares el acceso a la vivienda, al bienestar básico o a la atención de la salud no han ido acompañadas de un aumento de los regresos voluntarios ni han tenido efectos disuasorios, y deben evitarse.

67. Varios países ya incluyen en su legislación nacional una presunción contra la privación de la libertad y pueden ser un buen ejemplo. Los Estados también pueden pedir

orientación a las ONG que han investigado a fondo las alternativas a la privación de la libertad. Por ejemplo, la International Detention Coalition ha introducido un modelo de evaluación y colocación en la comunidad con cinco medidas para evitar y reducir las detenciones innecesarias. Esas medidas consisten en: 1) presumir que la privación de libertad no es necesaria; 2) examinar y evaluar cada caso; 3) evaluar el entorno comunitario; 4) aplicar condiciones en la comunidad si es necesario; 5) recurrir a la privación de libertad únicamente como último recurso y en casos excepcionales.

III. Conclusiones y recomendaciones

68. **La privación de libertad por motivos relacionados con la migración nunca debe ser obligatoria ni automática. De conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, debe imponerse como medida de último recurso, únicamente durante el período más breve posible y cuando no exista una medida menos restrictiva. Los gobiernos están obligados a establecer en su legislación nacional una presunción en favor de la libertad, considerar primero medidas alternativas no privativas de la libertad, evaluar cada caso y elegir la medida menos rigurosa o restrictiva.**

69. **Las razones alegadas por los Estados para justificar la privación de libertad deben estar claramente definidas y enumeradas exhaustivamente en la legislación. Un Estado solo podrá imponer, como medida de último recurso, la privación de la libertad con fines de control de la inmigración en un caso determinado si la persona afectada presenta un riesgo de fuga o representa un peligro para sí misma o para la seguridad pública.**

70. **La detención administrativa no debe aplicarse como medida punitiva en caso de infracción de las leyes y reglamentos de inmigración, ya que dicha infracción no debe considerarse delito.**

71. **El Relator Especial exhorta a los Estados a que adopten un enfoque basado en los derechos humanos con respecto a la migración y revisen sus leyes y políticas de internamiento de migrantes velando por que la legislación nacional se ajuste a las normas internacionales de derechos humanos que prohíben la detención arbitraria y los tratos inhumanos.**

72. **El Relator Especial exhorta a los Estados a que consideren la posibilidad de abolir progresivamente la detención administrativa de los migrantes. Entretanto, los gobiernos deberían adoptar disposiciones para garantizar el respeto de los derechos humanos de los migrantes en el contexto de la privación de libertad, y en particular:**

a) **Velar por que las salvaguardias y garantías de procedimiento establecidas por las normas internacionales de derechos humanos y el derecho interno de cada país se apliquen a toda forma de privación de libertad. En particular, los motivos de la privación de libertad de los migrantes deben estar establecidos por ley. La decisión de detener a una persona solo debe tomarse cuando exista un fundamento jurídico claro, y todos los migrantes privados de libertad deben ser informados en un idioma que comprendan, y de ser posible por escrito, de las razones de la privación de libertad y tener derecho a iniciar un proceso judicial para que el tribunal decida sobre la legalidad de la detención. Los migrantes detenidos contarán con la asistencia gratuita de un abogado y un intérprete durante el procedimiento administrativo.**

b) **Velar por que se proporcione a los migrantes privados de libertad información precisa sobre la situación de su caso y sobre su derecho a ponerse en contacto con un representante de su consulado o embajada y con sus familiares. Los**

migrantes y sus abogados también deben tener libre acceso a los expedientes de los migrantes.

c) Velar por que la ley fije una duración máxima para la detención en espera de la expulsión y por que en ningún caso la privación de libertad sea indefinida. La privación de libertad debe ser sometida a un examen automático, periódico y judicial en cada caso. Debe ponerse fin a la detención administrativa cuando no pueda ejecutarse la orden de expulsión.

d) Velar por que los migrantes sometidos a detención administrativa sean alojados en establecimientos públicos destinados específicamente a ese fin o, cuando no sea posible, en instalaciones diferentes de las destinadas a los detenidos por delitos penales. Se debe evitar la utilización de centros de detención privados. Los representantes de, entre otras entidades, las instituciones nacionales de derechos humanos, el ACNUDH, el ACNUR, el CICR y las ONG deben tener acceso a todos los lugares de detención. Todos los establecimientos de detención de migrantes, cualquiera que sea su forma, deben estar sujetos a un conjunto común de normas, políticas y prácticas, y deben ser supervisados por una autoridad central independiente encargada de garantizar el cumplimiento de ese conjunto común de normas, políticas y prácticas.

e) Velar por que el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión se aplique a todos los migrantes que se encuentren en detención administrativa. Esos principios incluyen la realización de un examen médico apropiado con la menor dilación posible y la prestación de atención y tratamiento médico gratuitos cada vez que sea necesario; el derecho a contar con la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete y de un abogado; el derecho a comunicarse con el mundo exterior, en particular con la familia y el abogado; el derecho a obtener, dentro de los límites de los recursos públicos disponibles, material educativo, cultural e informativo.

f) Aplicar las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos a los migrantes que se encuentran en detención administrativa, y en particular disponer la separación de las personas en detención administrativa de los delincuentes; garantizar unas condiciones de alojamiento adecuadas, en especial en lo que concierne a la superficie mínima, el alumbrado, la calefacción y la ventilación; ofrecer instalaciones sanitarias, de baño y de ducha adecuadas; permitir a las personas en detención administrativa vestir sus propias prendas y disponer servicios para su limpieza; disponer de una cama individual con ropa de cama limpia para cada detenido; proporcionar suficiente comida y agua potable; permitir por lo menos una hora diaria de ejercicio al aire libre; garantizar el derecho a comunicarse con familiares y amigos y a tener acceso a diarios, libros y a un acompañamiento religioso; ofrecer por lo menos los servicios de un médico cualificado que deberá poseer algunos conocimientos psiquiátricos, así como de un dentista calificado; y garantizar el derecho a dirigir una petición o queja a la administración penitenciaria central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente.

g) Prestar particular atención a la situación de las mujeres privadas de libertad, asegurándose de que están separadas de los hombres y de que sean atendidas y vigiladas exclusivamente por personal femenino a fin de protegerlas de la violencia sexual, y evitar la reclusión de mujeres embarazadas y madres lactantes.

h) Velar por que la legislación no permita la privación de libertad de los menores no acompañados y por que la privación de libertad de niños solo se permita como medida de último recurso y solo cuando se haya determinado que atiende al interés superior del niño, durante el período más breve que proceda y en condiciones

que garanticen la realización de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Los niños en situación de detención administrativa deben ser separados de los adultos a menos que puedan ser alojados con parientes en instalaciones separadas. Se proporcionará a los niños una alimentación adecuada, ropa de cama y asistencia médica y se les garantizará el acceso a la educación y a actividades recreativas al aire libre. Cuando se prive de libertad a niños migrantes, se aplicarán estrictamente las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. La privación de libertad de niños cuyos padres hayan sido internados no debe justificarse bajo el pretexto de mantener la unidad familiar, sino que se deben aplicar a toda la familia medidas distintas de la detención.

i) Velar por que la legislación impida que las personas víctimas de la trata sean perseguidas, detenidas o castigadas por haber ingresado en el país o residido en él de manera ilegal o por las actividades en que participen como consecuencia de su condición de víctimas de la trata. En este sentido, el Relator Especial invita a los Estados que aún no lo hayan hecho a que contemplen la posibilidad de ratificar el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

j) Tener debidamente en cuenta las vulnerabilidades particulares de grupos específicos de migrantes, como las víctimas de la tortura, los migrantes de edad no acompañados, los migrantes con una discapacidad mental o física y los migrantes que viven con el VIH/SIDA. La privación de libertad de migrantes pertenecientes a categorías vulnerables y que necesiten asistencia especial debe autorizarse solo como medida de último recurso, y dichos migrantes deben recibir la asistencia médica y psicológica adecuada.

k) Aplicar a los migrantes apátridas los procedimientos de determinación de la condición de apátrida y reconocer la condición de inmigrantes legales a las personas que hayan sido reconocidas como apátridas.

73. El Relator Especial desea recordar a los gobiernos que las alternativas a la privación de libertad no deben convertirse en alternativas a la puesta en libertad incondicional cuando esta sea posible. Los gobiernos deben establecer salvaguardias para que las personas que tienen derecho a ser puestas en libertad sin condiciones no sean objeto de medidas alternativas. Las alternativas a la privación de libertad deben incorporar una perspectiva de derechos humanos, estar establecidas por ley, ser no discriminatorias y poder ser objeto de recurso ante un órgano judicial y estar sujetas a una supervisión y evaluación independientes. Al establecer alternativas a la privación de libertad, los gobiernos deben tener en cuenta la situación específica de determinados grupos de migrantes, como los niños, las mujeres embarazadas y las personas con discapacidad, y aplicar la medida menos rigurosa posible.

74. El Relator Especial alienta a los Estados a que reúnan datos desglosados sobre el número de migrantes en situación de detención administrativa, el número de migrantes objeto de diferentes tipos de medidas no privativas de la libertad y la tasa de cumplimiento de esas medidas, a fin de evaluar su eficacia.

75. El Relator Especial alienta a los Estados a que le proporcionen información sobre sus experiencias en la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad a fin de determinar las mejores prácticas.

76. El Relator Especial desea alentar a los Estados que no lo hayan hecho aún a que consideren la posibilidad de ratificar la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

77. El Relator Especial desea alentar a los Estados que no lo hayan hecho aún a que consideren la posibilidad de ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, así como de establecer un mecanismo nacional de prevención encargado de visitar todos los lugares de privación de libertad en su jurisdicción, incluidos los lugares en que pueda haber migrantes recluidos.

78. El Relator Especial desea alentar a las organizaciones de la sociedad civil a que sigan documentando y estudiando las violaciones y abusos que sufren los migrantes en el contexto de la privación de libertad y supervisando las buenas prácticas en lo que se refiere a las alternativas a la privación de libertad, a que elaboren y mantengan programas de asistencia a los migrantes privados de libertad, en particular asistencia letrada, servicios de traducción y asistencia social y psicológica, y a que visiten regularmente los centros de detención de migrantes y las penitenciarías donde se aloja a los migrantes irregulares.
