

SEGUNDO COMENTARIO DEL CICR SOBRE EL PACTO MUNDIAL PARA UNA MIGRACIÓN SEGURA, ORDENADA Y REGULAR

ENFOQUE SOBRE LA DETENCIÓN MIGRATORIA

En la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, los Estados acordaron estudiar “la posibilidad de revisar las políticas que penalizan los movimientos transfronterizos” y “emplear medidas sustitutivas de la detención entretanto se realicen esas evaluaciones”. También se comprometieron a trabajar para poner fin a la detención de niños migrantes y aplicar esa práctica únicamente “como medida de último recurso, 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”¹.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) acoge estas promesas con satisfacción, pero insta a los Estados a comprometerse, a través del pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular (pacto sobre migración), a evitar la detención de personas basada exclusivamente en su situación migratoria, salvo como medida de último recurso, y a comprometerse plenamente a poner fin a la detención de niños migrantes². Continuando con el primer comentario del CICR sobre el pacto sobre migración³, en el presente documento se analiza en mayor profundidad la cuestión de la detención migratoria⁴, sobre todo de niños. Su finalidad es persuadir a los Estados a que asuman compromisos más firmes a ese respecto en el pacto sobre migración, señalando los efectos negativos que produce la detención migratoria no solamente para los detenidos, sino también para los Estados y las sociedades.

El CICR es testigo directo de las experiencias de los migrantes⁵ debido a la labor humanitaria que despliega en favor de los migrantes vulnerables⁶ en varios países, a lo largo de las rutas migratorias. Visitamos a migrantes detenidos en centros penitenciarios y en instalaciones especialmente destinadas a la detención migratoria⁷, por nuestra cuenta o en colaboración con las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Durante esas visitas, evaluamos si los migrantes detenidos reciben un trato humano, si las condiciones de detención respetan su dignidad, si tienen acceso a las garantías judiciales y si pueden mantener el contacto con el mundo exterior si desean hacerlo. En nuestro diálogo con las autoridades, planteamos los problemas que hemos observado, con el propósito de asegurar que los Estados cumplan las obligaciones que les incumben conforme al derecho internacional pertinente y aplicable, incluso con respecto al principio de no devolución.

Observamos y contribuimos a los debates relacionados con el pacto sobre migración, junto con la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja que participan en actividades humanitarias en favor de los migrantes. Esperamos que nuestras preocupaciones humanitarias se reflejen en el documento que se adopte y estamos dispuestos a asistir a los Estados compartiendo con ellos nuestra experiencia y nuestros conocimientos.

TRES MENSAJES CLAVE SOBRE LA DETENCIÓN MIGRATORIA PARA EL PACTO MUNDIAL SOBRE MIGRACIÓN

- 1. Debería evitarse la detención por razones relacionadas con la migración:** la libertad debería ser la norma; si existen causas que justifiquen la privación de libertad, primero se deberían examinar las medidas alternativas a la detención.
- 2. Los Estados deberían comprometerse a poner fin a la detención de los niños y a la separación de las familias por razones relacionadas con la migración:** en nuestra experiencia, esa detención no favorece el interés superior de los niños.
- 3. La detención migratoria no solamente es perjudicial para los individuos, sino que también es costosa para las sociedades:** al evitar la detención y aplicar medidas no privativas de la libertad, se benefician los intereses de los Estados.



CICR

1. Debería evitarse la detención por razones relacionadas con la migración: la libertad debería ser la norma; si existen causas que justifiquen la privación de libertad, primero se deberían examinar las medidas alternativas a la detención.

En muchos países, prácticamente nunca se detiene a las personas únicamente por su situación migratoria, incluso cuando se afrontan movimientos en gran escala. Pero otros países sí detienen a los migrantes por razones relacionadas con la migración, por ejemplo, mientras las autoridades establecen su identidad, evalúan su edad, tramitan su solicitud de asilo, porque no tienen visas válidas, o para impedir que huyan, sobre todo antes de su deportación.

En algunos casos, los migrantes en situación irregular son detenidos en forma sistemática en función de una norma aplicable a una categoría de personas amplia, con independencia de sus circunstancias personales. A veces, los migrantes son retenidos por períodos muy cortos, pero algunos se ven privados de libertad por años.

A menudo, la supervisión independiente de la detención por razones relacionadas con la migración es poca o nula. Esta circunstancia es motivo de profunda preocupación, ya que la supervisión independiente refuerza la rendición de cuentas y puede reducir el riesgo de que se cometan violaciones de los derechos humanos. Las condiciones de detención pueden dar lugar a graves preocupaciones humanitarias, ya que los centros de detención que visitamos en algunos países están lejos de satisfacer las normas internacionales. El hacinamiento es un problema recurrente, como lo son también las condiciones insalubres y la falta de acceso a la alimentación adecuada y a la atención de salud. En ocasiones, los migrantes detenidos por razones relacionadas con la migración son alojados junto con personas detenidas por delitos penales, los menores a veces están reclusos con adultos que no son de su familia y, en muchos casos, el personal no está apropiadamente capacitado para atender a una población de detenidos demográficamente compleja.

¿Qué tiene de malo la detención migratoria?

Consideramos que la migración no debería ser criminalizada. Las violaciones de las leyes sobre la migración deberían tratarse como infracciones administrativas. En principio, la detención de migrantes por razones relacionadas con la migración debería ser una medida de último recurso. En la práctica, se está empleando con mayor frecuencia; a veces, los Estados la ven como un medio de gestionar la migración y sus fronteras y de desalentar la migración. Los Estados tienen el derecho soberano de reglamentar la migración. Pero ese derecho no es absoluto. Los reglamentos, las políticas y la práctica de los Estados siempre deben proteger los derechos de los migrantes y respetar el derecho internacional. Asimismo, los Estados deberían considerar con detenimiento las consecuencias humanitarias de sus políticas migratorias.

Para decir lo obvio, el recurso sistemático a la detención sin tener en cuenta las circunstancias personales interfiere con el derecho a la libertad y la seguridad de las personas. Para ser legal, la detención debe basarse en las causas y procedimientos establecidos por la ley. La decisión de detener no debe ser arbitraria, sino que debe basarse en una evaluación individual. Si los migrantes son detenidos, hay que respetar sus derechos y observar las garantías procesales básicas.

Los efectos negativos y potencialmente duraderos de la detención sobre el bienestar y la salud mental de las personas han sido ampliamente documentados. Los principales problemas de salud mental causados por la detención son la depresión, la ansiedad y los trastornos de estrés postraumático. Cuanto más prolongada sea la detención, tanto más fuerte será el impacto negativo en la salud mental de las personas. Sin embargo, incluso los períodos de detención relativamente breves pueden tener consecuencias adversas para la salud mental de los migrantes⁸.

La detención no hace más que exacerbar la angustia de las personas que tal vez ya han padecido experiencias sumamente difíciles y potencialmente traumáticas en su país de origen o durante el viaje, y que tienen necesidades de protección y asistencia. El impacto negativo de la detención también es influenciado por los problemas de salud mental y física preexistentes y por la existencia de condiciones de

detención inadecuadas, entre las que se pueden contar las deficiencias o incluso la ausencia de servicios de atención de salud física y mental, la incertidumbre respecto de los procedimientos y las limitaciones en la comunicación con los familiares, sin olvidar factores como la edad, el género, el papel y la situación migratoria de las personas⁹.

Existen otras opciones

En el contexto de la migración, la libertad debería ser, en todos los casos, la opción preferida. Si existen motivos para la privación de libertad, el siguiente paso debería consistir en examinar las medidas alternativas a la detención. Las medidas alternativas a la detención no deben constituir formas alternativas de detención y, en general, su adopción debería reflejarse en la disminución del uso de la detención por razones relacionadas con la migración. Los Estados han elaborado e implementado toda una serie de medidas alternativas a la detención¹⁰. La pertinencia de cada una de ellas obedece al contexto, ya que las medidas alternativas a la detención deben adaptarse a las características específicas de cada contexto y a la situación particular de una persona o de una familia.

- *El pacto sobre migración debería establecer que la detención por razones relacionadas con la migración debe ser una medida de último recurso. La libertad debería ser la norma. Si existen motivos para la privación de libertad, primero se debería examinar la posibilidad de aplicar medidas alternativas a la detención. La decisión de detener solamente puede tomarse sobre la base de una evaluación individual, sin discriminación de ningún tipo; no debe basarse en una norma obligatoria aplicable a una categoría de personas amplia. En todos los casos, se debe determinar que la detención es necesaria, razonable y proporcionada para un fin legítimo. Asimismo, hay que respetar los derechos de los detenidos y observar una serie de garantías procesales fundamentales, incluida una revisión periódica de la justificación de la continuación de la detención, como lo exige el derecho interno y el derecho internacional existentes y conforme a lo que se pueda haber establecido como cuestión de política y buena práctica¹¹.*

2. Los Estados deberían comprometerse a poner fin a la detención de los niños y a la separación de las familias por razones relacionadas con la migración: en nuestra experiencia, esa detención no favorece el interés superior de los niños.

La detención tiene un impacto negativo en la salud y el bienestar de los migrantes en general. La detención de grupos especialmente vulnerables, en particular los niños, es particularmente perjudicial. Incluso los períodos de detención breves dañan el bienestar físico y psicológico de los niños.

En 2016, el CICR visitó centros de detención migratoria donde se alojaban casi 2.500 niños, en 15 países. Nuestra labor diaria indica claramente que la detención por razones relacionadas con la migración es perjudicial para los niños y que, en esos contextos, las medidas para la protección de los niños a menudo son inadecuadas. Numerosos trabajos de investigación han alcanzado conclusiones similares¹². Los niños que han estado en detención exhiben mayores síntomas de depresión, ansiedad y estrés postraumático. La detención puede agravar traumas experimentados en el país de origen o de tránsito. Cuando, en los centros de detención, los niños son alojados junto a adultos que no son de su familia, corren mayores riesgos de sufrir violencia y abusos físicos y sexuales. Los niños en detención suelen padecer problemas de salud física y de comportamiento, así como retrasos en su desarrollo. Los retrasos en el desarrollo físico pueden ser causados, en parte, por la malnutrición debida a deficiencias en la dieta y a condiciones insalubres. Con frecuencia, las consecuencias de la detención persisten largo tiempo después de que los niños han sido liberados y afectan su adaptación a la vida fuera de la detención, a veces por mucho tiempo¹³.

El interés superior del niño debe constituir una consideración primordial en todas las medidas relacionadas con niños¹⁴. Los niños no deberían ser detenidos por razones relacionadas con su situación migratoria o la de sus padres. Según la experiencia y la observación del CICR, el interés superior del niño no se ve favorecido por ese tipo de detención. Todas las medidas que adopten los Estados deben cumplir con las obligaciones

que les imponen el derecho internacional y las normas reconocidas, en particular las que se relacionan con la protección específica de los niños. Conforme a ello, muchos países no detienen a niños por razones relacionadas con su situación migratoria. Sin embargo, miles de niños migrantes son privados de libertad en todo el mundo, a veces por períodos prolongados.

En ocasiones, los niños no acompañados son retenidos mientras se investiga su edad y su situación o mientras se busca un alojamiento adecuado para ellos. A veces, los niños son detenidos junto con sus padres o tutores sobre la base de la situación migratoria de estos últimos. Los Estados pueden argumentar que esa medida se toma para preservar la unidad familiar. No obstante, eso somete a los niños a los efectos dañinos de la detención. La solución no reside en separar a los niños de sus padres, puesto que la separación de la familia por razones relacionadas con la migración también causa graves sufrimientos psicológicos tanto a los niños como a sus padres. En otras palabras, tanto la detención por razones relacionadas con la migración como la separación de la familia traen consecuencias graves para la salud mental de los niños y deberían evitarse a toda costa. Por ende, ni los niños no acompañados ni las familias con niños deberían ser sometidos a detención por razones relacionadas con la migración.

Ante todo, los niños deben ser tratados como niños

Los niños migrantes no acompañados deben ser recibidos en acogimiento alternativo, no detenidos. Además, se les debe designar un tutor legal independiente y competente que defienda sus derechos. Las medidas alternativas a la detención que preservan la unidad familiar pueden consistir en condiciones no privativas de la libertad basadas en la comunidad que permitan a los niños residir con sus padres u otros familiares, o con tutores legales, con o sin obligaciones de comparecencia, depósitos de dinero o garantes. Las medidas alternativas evitan los efectos dañinos de la detención y de la separación de la familia, y facilitan la protección de los derechos fundamentales del niño, entre ellos el derecho a la educación, a la salud, a un nivel de vida adecuado, y al descanso, al esparcimiento y al juego.

Puede suceder que, antes de concederles la protección debida a los niños, se exija a éstos que demuestren su edad. Los procedimientos de evaluación de la edad deben realizarse con el consentimiento informado del niño y deben efectuarlos profesionales independientes y debidamente cualificados, sin discriminación. Dichos profesionales deben evitar violar la dignidad y la integridad física del niño. Mientras se evalúa la edad de una persona, o cuando la edad de una persona que podría ser un niño no puede determinarse con certeza, se debe considerar que esa persona es un niño.

- *El pacto sobre migración debería reiterar que, en todas las medidas relacionadas con niños, el interés superior del niño deberá ser la consideración primordial. Debería manifestar que hay que evitar la detención de niños no acompañados y de familias con niños por razones relacionadas con la migración. La libertad, con las disposiciones apropiadas para el cuidado de los niños no acompañados, siempre debería ser la opción preferida. Cuando esa opción no es apropiada, se debería considerar la posibilidad de aplicar alternativas a la detención que preserven la unidad familiar.*
- *El pacto sobre migración también debería establecer que se ha de evitar la detención de otros grupos vulnerables, como víctimas de la tortura o del tráfico de personas, refugiados y solicitantes de asilo, personas con discapacidad, personas que padecen enfermedades graves o crónicas, y personas mayores.*

3. La detención migratoria no solamente es perjudicial para los individuos, sino que también es costosa para las sociedades: al evitar la detención y aplicar medidas no privativas de la libertad, se benefician los intereses de los Estados.

Los costos de corto y de largo plazo de la detención migratoria están abundantemente documentados: la detención puede afectar en forma duradera la capacidad de las personas de llevar vidas productivas, además de ser una práctica costosa. Esos costos son pagados por los individuos, pero también por las sociedades. Por ello, las medidas alternativas a la detención no sólo son mejores para el bienestar de los



CICR

migrantes, sino que también son, en general, mucho más eficaces para las sociedades que la detención. En la gran mayoría de los casos, la libertad y las medidas alternativas a la detención son mucho más económicas que la detención. Esas alternativas también satisfacen los objetivos de los Estados: se ha demostrado que, cuando las personas son objeto de medidas alternativas con base comunitaria y se benefician de una gestión sostenida de sus casos, es más probable que atraviesen con éxito los procesos de inmigración y de resolución de casos¹⁵.

Los efectos negativos de la detención por razones relacionadas con la migración no se resuelven en el momento en que las personas son liberadas. Por el contrario, es probable que persistan mucho tiempo después. Por ejemplo, la narrativa de vida de los niños que han sufrido detención generalmente queda alterada, con efectos de largo plazo que agudizan su vulnerabilidad tras su liberación. Pueden experimentar mayores dificultades para adaptarse a su nueva sociedad, para confiar en las figuras de autoridad pública y para desempeñarse como miembros productivos de su comunidad. El hecho de comprometer la salud y el desarrollo de los niños a través de la detención o la separación de su familia puede originar problemas de salud prolongados, que posiblemente exijan un apoyo importante de la sociedad. Como se ve, la detención puede tener efectos de largo plazo costosos para los Estados que deben integrar o reintegrar a los migrantes y prestarles servicios de salud y asistencia social.

En pocas palabras, para los Estados y las sociedades, las medidas alternativas a la detención son, de muchas maneras, menos costosas que la detención.

- *El pacto sobre migración debería afirmar que los intereses de los Estados y de las sociedades se ven beneficiados si se evita la detención y se aplican alternativas no privativas de libertad que satisfagan los intereses legítimos de los Estados y que, a la vez, respeten los derechos de los migrantes. La aplicación de esas medidas fortalece la probabilidad de que los migrantes cooperen con los funcionarios de migración y facilita su eventual integración en la sociedad anfitriona, así como su posible reinserción en su país de origen.*

Ginebra, 25 de octubre de 2017



CICR

El cometido y la misión estrictamente humanitarios del CICR se basan en el derecho internacional, los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, y las resoluciones de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. El CICR trabaja junto con las Sociedades Nacionales para garantizar que los migrantes vulnerables reciban la protección y la asistencia que necesitan. Ejerce el liderazgo en materia de protección en el seno del Movimiento, en particular mediante las siguientes actividades: visitas a migrantes detenidos, restablecimiento del contacto entre familiares, búsqueda de personas desaparecidas y apoyo a sus familiares, trato adecuado y digno de los restos humanos, y otros servicios forenses.

El CICR no trata de prevenir ni de alentar la migración. Nos centramos en responder a las necesidades de los migrantes más vulnerables a lo largo de todo su recorrido, desde el momento en que dejan su país hasta su llegada al país de destino. Lo que nos distingue, como Movimiento, de otras organizaciones humanitarias es nuestra proximidad con los migrantes vulnerables a través de nuestra red de voluntarios desplegada a lo largo de las rutas migratorias y nuestro particular enfoque de la vulnerabilidad basado en la respuesta a las necesidades de los migrantes, independientemente de por qué han huido y de dónde se encuentran. Nos esforzamos por garantizar que todas las personas se beneficien de la protección que tienen derecho a recibir conforme al derecho internacional y al derecho interno, incluida la protección especial conferida a ciertas categorías de personas, como los refugiados y los solicitantes de asilo. Sin embargo, si bien el estatuto jurídico determina los derechos individuales, la respuesta del CICR se define sobre la base de las necesidades de los migrantes.

Nuestra labor con los migrantes se basa en nuestro cometido y en la resolución 3 de la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja celebrada en 2011¹⁶. Dicha resolución alienta a los Estados y al Movimiento a trabajar juntos para responder al sufrimiento y las necesidades de los migrantes y solicita a los Estados "que permitan a las Sociedades Nacionales, de conformidad con los Estatutos del Movimiento, y particularmente, con los Principios Fundamentales, gozar de acceso efectivo y seguro a todos los migrantes, sin discriminación e independientemente de su condición jurídica".

¹ Asamblea General de la ONU, A/RES/71/1, 19 de septiembre de 2016, párr. 33.

² A la vez que reconoce que las características y las necesidades de los niños cambian a medida que crecen, y que las costumbres varían de un país a otro, el CICR opina que toda persona menor de 18 años debe ser considerada un niño y recibir la protección que le corresponde, en consonancia con el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

³ Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/comentario-del-cicr-sobre-el-pacto-mundial-para-una-migracion-segura-ordenada-y-regular>.

⁴ Este documento se inscribe en el marco más amplio del documento de política del CICR sobre la detención migratoria, de 2016: <https://www.icrc.org/en/document/migrant-detainees-icrc-policy>.

⁵ El CICR, al igual que los demás componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, utiliza deliberadamente una descripción amplia de "migrantes" para incluir a todas las personas que dejan o huyen de su hogar en búsqueda de seguridad o de mejores perspectivas, y que pueden estar en dificultades y necesitar protección o asistencia humanitaria. Los migrantes pueden ser personas extranjeras consideradas irregulares por las autoridades públicas. También pueden ser refugiados, solicitantes de asilo y/o apátridas. Procuramos asegurar que todos los migrantes, incluidos los refugiados y los solicitantes de asilo, obtengan la protección que tienen derecho a recibir conforme al derecho internacional y al derecho interno, pero adoptamos una descripción inclusiva para reflejar nuestra práctica operacional y subrayar que todos los migrantes están protegidos por varios ordenamientos jurídicos.

⁶ El término "migrantes vulnerables" hace referencia a los migrantes que necesitan asistencia y protección humanitarias. Incluye a los migrantes que se hallan en situación de peligro, por ejemplo porque han quedado atrapados en medio de un conflicto armado o en otra situación de violencia, porque han quedado abandonados a su propia suerte, en tierra o en el mar, o porque carecen de acceso a los servicios esenciales. Abarca también categorías específicas de personas, como los niños, los ancianos, las personas con discapacidad o las víctimas de trata.

⁷ Para determinar si una persona está sometida a detención, se debe tener en cuenta una serie de criterios, por ejemplo, el tipo, la duración y los efectos de la detención y la forma de implementar la privación de libertad. Los lugares de detención pueden ser comisarías, centros cerrados de tránsito y control migratorio, campamentos y cárceles, entre otros.

⁸ Bosworth, M. 2016. *The Impact of Immigration Detention on Mental Health: A Literature Review*. Centro de Criminología. Oxford: Universidad de Oxford; Robjant, K. et al. 2009. "Mental health implications of detaining asylum seekers: systematic review". *The British Journal of Psychiatry* 194: 306-12.



CICR

⁹ Ídem.

¹⁰ International Detention Coalition (Coalición Internacional contra la Detención). 2015. *There are alternatives; A handbook for preventing unnecessary immigration detention*. Melbourne: International Detention Coalition.

¹¹ Acerca de los elementos principales que se insta a los Estados a tener en cuenta en relación con la detención migratoria, v.: <https://www.icrc.org/en/document/migrant-detainees-icrc-policy>.

¹² V., por ejemplo, Bosworth, M. 2016; Gros, H. y Y. Song, 2016. *No life for a child; A Roadmap to End Immigration Detention of Children and Family Separation*. Toronto: Universidad de Toronto, Facultad de Derecho; Cleveland, J., C. Rousseau, C. y Kronick. R. 2012. *The Harmful Effects of Detention and Family Separation on Asylum Seekers' Mental Health in the Context of Bill C-31*. Informe presentado al Comité Permanente de Ciudadanía e Inmigración de la Cámara de los Comunes en relación con el proyecto de ley C-31.

¹³ Ídem.

¹⁴ El término “interés superior” generalmente se refiere al bienestar del niño y se evalúa en relación con una serie de factores, entre ellos la edad, la salud física y mental, el nivel de madurez, la seguridad, las experiencias y la presencia o ausencia de los padres. Entre las salvaguardias procesales destinadas a garantizar la implementación del interés superior del niño se cuentan las siguientes: respetar el derecho del niño a expresar sus propias opiniones; dar prioridad a las evaluaciones y ultimarlas en el menor tiempo posible; y asegurar que las evaluaciones sean efectuadas por profesionales cualificados, en un entorno amistoso y seguro. V. Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, CRC/C/CG/14, 29 de mayo de 2013.

¹⁵ Gros, H. y Y. Song, 2016; International Detention Coalition, 2015.

¹⁶ V.: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/resolution/31-international-conference-resolution-3-2011.htm>.