

CAPÍTULO 10

EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES EN LA DETENCIÓN MIGRATORIA

EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES EN LA DETENCIÓN MIGRATORIA

A. *Garantías procesales específicas en el marco de la detención migratoria*

381. Como consideración preliminar, la Comisión enfatiza que los migrantes en situación irregular no son criminales. El hecho de que un migrante se encuentre en situación irregular en un país —ya sea porque ingresó sin la documentación requerida evadiendo los puertos de entrada autorizados, porque ingresó con documentación fraudulenta, o porque ingresó con la documentación requerida pero permaneció más allá del tiempo que tenía autorizado— no lesiona bien jurídico fundamental alguno que requiera ser protegido a través del poder punitivo del Estado, tal como podría ser atentar contra la vida o integridad de una persona o sustraer bienes del Estado.
382. En el contexto de la migración internacional hay diversas situaciones en que las personas migrantes, en situación regular o irregular, son privadas de su libertad. No obstante, la Comisión considera relevante destacar que la violación de leyes migratorias nunca puede ser *per se* equiparable a la violación de las leyes penales, como para que la primera respuesta que den los Estados frente a la migración irregular sea la detención. En esencia, la migración en situación irregular constituye una violación a una norma de carácter administrativo, que no debe ser entendida como un delito penal.
383. Con base en el principio de excepcionalidad en el ejercicio del poder punitivo del Estado, la aplicación de medidas privativas de la libertad debe ser limitada a aquellas situaciones que afectan bienes jurídicos fundamentales. Las múltiples afectaciones que genera la privación de la libertad sobre los derechos de las personas demuestran porque éstas son medidas a las que los Estados sólo pueden recurrir como una *ultima ratio*. Sin embargo, tal como ya lo señalara la Relatoría de la CIDH sobre Derechos de los Migrantes, la principal medida con la que países de tránsito y destino, entre los cuales se encuentran países con altos niveles de desarrollo, buscan desalentar la migración irregular es a través de la detención migratoria,⁵⁰⁷ que representa una forma de criminalización de la migración.

⁵⁰⁷ CIDH, *Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, párr. 106.

384. Una vez que se dispone la detención administrativa de un migrante en el marco de un procedimiento migratorio, ya sea por su situación irregular o por haber infringido los términos mediante los cuales podía residir legalmente, su situación en muchos casos es peor que la de las personas privadas de libertad por haber infringido la ley penal. Lo anterior se refleja en el hecho de que además de ser privados de libertad por haber infringido una norma administrativa, algo que a criterio de la Comisión no representa un bien jurídico fundamental que amerite *per se* la privación de la libertad, muchas de las estaciones migratorias en las que son detenidos no cuentan con las condiciones mínimas que debe tener un lugar de detención. Esto se ve agravado aún más porque en muchos casos los procedimientos migratorios se rigen principalmente por la discrecionalidad de las autoridades estatales. En efecto, a pesar de no haber cometido ningún delito, los migrantes en muchos casos ni siquiera cuentan con garantías básicas del debido proceso que protejan sus derechos de arbitrariedades por parte de las autoridades.
385. La detención migratoria suele recibir distintas denominaciones, tales como: alojamiento, internamiento, aseguramiento, retención, albergue, entre otras. Al respecto, la Comisión ha definido la privación de la libertad en los siguientes términos:

[c]ualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control *de facto* de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas.⁵⁰⁸

386. Más allá de la forma en que se denomine a la detención migratoria, toda medida que impida a una persona migrante disponer libremente de su libertad ambulatoria constituye una detención y por ende debe respetar las garantías que se derivan del derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 7 de la Convención Americana y en los artículos I y XXV de la Declaración Americana.

⁵⁰⁸ CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas*. Disposición General. La Comisión ha señalado que dada la amplitud del anterior concepto, los siguientes principios y buenas prácticas se podrán invocar y aplicar, según cada caso, dependiendo de si se trata de personas privadas de libertad por motivos relacionados con la comisión de delitos o infracciones a la ley, o por razones humanitarias y de protección.

387. El artículo 7 de la Convención Americana reconoce el derecho a la libertad personal en los siguientes términos⁵⁰⁹:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

(...)

388. El derecho a la libertad personal y el derecho a la protección contra la detención arbitraria había sido reconocido previamente en los artículos I y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. El artículo I dispone que:

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

⁵⁰⁹

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias reconoce en su artículo 16 (1) y (4) los derechos a la libertad personal y a la protección contra la detención ilegal y arbitraria.

389. Por su parte, el artículo XXV de la Declaración Americana establece que:

Nadie puede ser privado de su libertad sino en casos y según formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

390. La CIDH se pronunció sobre el uso de la detención migratoria en el *caso de Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs. Estados Unidos*, relativo a la excesiva duración de la detención y la ausencia de mecanismos adecuados para revisar la legalidad de la detención de 335 personas, de los cerca de 3.000 cubanos que se estimaba habían sido detenidos, por haber ingresado de forma irregular a los Estados Unidos en la “Flotilla Libertad” del Mariel, la cual llegó desde Cuba a costas de los Estados Unidos en 1980. Las víctimas fueron puestas en detención administrativa en razón de su condición migratoria de “extranjeros excluibles”, la cual se derivaba del hecho de que prácticamente ninguno de los cubanos del Mariel contaba con la documentación adecuada para residir en Estados Unidos. Algunos fueron detenidos durante años, a pesar de padecer graves problemas mentales.

391. Si bien en circunstancias normales los “extranjeros excluibles” serían devueltos a su país de origen, esto no era posible dado que el Gobierno de Cuba se había negado a aceptar el regreso de los cubanos del Mariel. En dicho caso, la Comisión Interamericana desarrolló el principio de la excepcionalidad de la detención migratoria al sostener que el hecho de que la legislación interna no reconociera el derecho de las víctimas a permanecer en libertad a favor de las víctimas contravenía lo dispuesto en el artículo I de la Declaración Americana, que reconoce el derecho a la libertad de toda persona humana. En conclusión, la Comisión sostuvo que se debía partir de una presunción de libertad y no de una presunción de detención, en donde la detención migratoria fuese la excepción y se justificase sólo cuando fuese legal y no arbitraria.⁵¹⁰ Entre otras consideraciones, la Comisión señaló que:

[I]a Comisión considera que la legislación interna en base a la cual se detuvo a los peticionarios, conforme se ha descrito antes, es en esencia la antítesis de las protecciones prescritas en los artículos I [Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona] y XXV [Derecho de protección contra la detención arbitraria] de la Declaración pues no reconoce ningún derecho a la

⁵¹⁰ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel)* (Estados Unidos). 4 de abril de 2001, párrs. 216-219.

libertad de parte de los peticionarios pese a su presencia física dentro del territorio del Estado. En efecto, prescribe una presunción de detención y no una presunción de libertad y es, por tanto, incompatible con el objetivo y el propósito de los artículos I y XXV de la Declaración, a saber, garantizar la libertad del individuo, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por el Estado como legales y no arbitrarias. En consecuencia, la Comisión considera que el tratamiento de los peticionarios al amparo de la legislación interna es *per se* incongruente con su derecho a la libertad consagrado en el artículo I de la Declaración y con su derecho a no ser privados arbitrariamente de la libertad, consagrado en el artículo XXV de la Declaración⁵¹¹.

392. En este mismo sentido, en su *Informe sobre Inmigración en los Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso*, la Comisión estableció que:

para satisfacer las garantías contenidas en los artículos I y XXV de la Declaración Americana, los Estados Miembros deben establecer leyes y políticas de inmigración que partan de una presunción de libertad —el derecho del migrante a permanecer en libertad mientras están pendientes los procedimientos migratorios— y no de una presunción de detención. La detención únicamente es permisible cuando, después de llevar a cabo una evaluación individualizada, se considera que es una medida necesaria para dar cumplimiento a un interés legítimo del Estado, como asegurar la comparecencia de una persona al trámite de determinación de estatus migratorio y posible deportación. El argumento de que la persona en cuestión representa una amenaza para la seguridad pública, sólo es aceptable en circunstancias excepcionales en las cuales existan serios indicios del riesgo que representa una persona. La sola existencia de antecedentes penales no es suficiente para sustentar la detención de un inmigrante una vez ha cumplido la condena penal. En todo caso, se deben explicar las circunstancias particulares por las cuales se considera ese riesgo. Las razones que sustentan la procedencia de la detención deben ser claramente establecidas en la correspondiente decisión⁵¹².

⁵¹¹ CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel)* (Estados Unidos). 4 de abril de 2001, párr. 219.

⁵¹² CIDH, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*, párr. 39. Citando, CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel)* (Estados Unidos). 4 de abril de 2001, párrs. 219, 221 y 242; también véase, CIDH, *Principios y Buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, Documento aprobado por la Comisión en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, Principio III (2) (2008). El Principio III de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas establece la siguiente premisa desde la cual se debe partir: “Se deberá asegurar por la ley que en los procedimientos judiciales o administrativos se garantice la libertad personal como regla general, y se aplique como excepción la privación preventiva de la libertad, conforme se establece en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.” Asimismo, el Principio III señala que “La privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de

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

[e]n una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. En igual sentido, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria sostuvo que el derecho a la libertad personal — exige que los Estados recurran a la privación de libertad sólo en tanto sea necesario para satisfacer una necesidad social apremiante y de forma proporcionada a esa necesidad⁵¹³.

394. Acorde con lo señalado por la Corte, para que la privación de la libertad por motivos migratorios no devenga arbitraria, la detención debe cumplir con los requisitos de estar prevista en ley, perseguir un fin legítimo y ser idónea, necesaria y proporcional. En mayor detalle, la Corte sostuvo que:

sin perjuicio de la legalidad de una detención, es necesario en cada caso hacer un análisis de la compatibilidad de la legislación con la Convención en el entendido que esa ley y su aplicación deben respetar los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que la medida privativa de libertad no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, razón por la cual el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta

legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática”.

⁵¹³ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 182.

a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención⁵¹⁴.

395. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (en adelante “CERD”) ha sido enfático en que la detención de migrantes en situación irregular y solicitantes de asilo debe ser una medida de último recurso y ha invitado a los Estados a adoptar medidas alternativas a la detención para estas personas.⁵¹⁵ En el mismo sentido, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias ha señalado que si bien la detención migratoria no es *per se* arbitraria, como en aquellos casos en que migrantes intentan ingresar de forma irregular y ante la necesidad de las autoridades competentes de realizar controles de identidad y una evaluación inicial migratoria se puede justificar la detención temporal de los extranjeros en situación ilegal, sobre todo si no están dispuestos a cooperar con las autoridades y si es probable que huyan. Sin embargo, cualquier privación de libertad debe ser proporcional a los objetivos perseguidos y un justo equilibrio debe ser alcanzado entre intereses contrapuestos: por una parte, el interés del Estado de aplicar su política migratoria, y por la otra parte, el derecho fundamental a la libertad de los migrantes que ingresan en situación irregular.⁵¹⁶
396. Por otra parte, la falta de un estatuto legal o de documentación en muchos casos lleva a que los Estados detengan de forma indefinida a las personas que se encuentran en situación de apatridia. Tanto los apátridas *de jure* y *de facto* suelen ser detenidos hasta tanto se les define su estatus legal, situación que tiene mayor relevancia cuando se trata de niños por su mayor nivel de vulnerabilidad. De acuerdo con el derecho internacional la detención de los apátridas es contraria al derecho internacional. Al respecto es importante tener en cuenta lo que ha señalado ACNUR en el sentido de que “[s]er apátrida y por lo tanto no tener un país a quien se le pueda solicitar la emisión de un documento de viaje, no debe conducir a la detención indefinida. La apatridia no puede ser obstáculo a la libertad”⁵¹⁷. Además de que la apatridia no puede ser un obstáculo para la liberación, el uso de la falta de nacionalidad como motivo automático para la detención iría en contra de los principios de no discriminación.
397. Otra forma de detención migratoria que la Comisión ha rechazado de manera categórica es la privación de libertad que se impone en algunos países de la región a aquellos migrantes que una vez que son deportados o repatriados de vuelta a su país, ya sea porque las autoridades no cuentan con información acerca de los antecedentes penales de las personas deportadas y que por tanto son detenidos ante la sospecha de que se puedan dedicar a delinquir⁵¹⁸ o porque la legislación

⁵¹⁴ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 166.

⁵¹⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones Finales: Bahamas*. CERD/C/64/CO/1, 28 de abril de 2004, párr. 17.

⁵¹⁶ Naciones Unidas, ECOSOC, Comisión sobre Derechos Humanos, *Informe sobre el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria: Visita a Australia*. UN Doc. E/CN.4/2003/8/Add.2, 24 de octubre de 2002, párr. 12.

⁵¹⁷ ACNUR, *Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo*, directriz 9. Disponible en: [Consultada el 7 de octubre de 2011].

⁵¹⁸ Véase, entre otros, CIDH, *¿Haití: Justicia frustrada o Estado de Derecho? Desafíos para Haití y la Comunidad Internacional*. OEA/Ser/L/V/II.123, Doc.6 rev. 1, 26 de octubre de 2005, párrs. 211-214.

penal establece que quien salga del territorio nacional o realice actos tendientes a salir del territorio sin cumplir con las formalidades legales será sancionado con prisión una vez que regresa a su país.⁵¹⁹ La Comisión ha considerado que este tipo de detenciones es inaceptable e incompatible con el derecho de todas las personas a salir libremente de su país, reconocido por el artículo 22.5 de la Convención Americana y el artículo VIII de la Declaración Americana. Por lo general, este tipo de detenciones está sujeta a un alto nivel de discrecionalidad por parte de las autoridades, sin que se le permita a las personas impugnar o solicitar la revisión de la detención.

398. En este orden de ideas, la Comisión considera que la detención de los solicitantes de asilo, refugiados, solicitantes y beneficiarios de protección complementaria y apátridas debe ser una medida excepcional de último recurso, a la cual solo pueden recurrir las autoridades en los casos prescritos por la legislación nacional; y asimismo debe ser compatible con las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos. Al ser una medida excepcional, las autoridades solo podrán recurrir a la detención tras haber determinado que esta medida cumple con los siguientes requisitos: 1) necesidad, 2) razonabilidad y 3) proporcionalidad. Lo anterior implica que la detención migratoria sólo sería necesaria en un caso individual si su utilización es razonable y si es proporcional con los objetivos que pretende alcanzar. En caso de que se determine su necesidad, la detención no debería ser discriminatoria y se debería imponer por el menor tiempo que sea posible⁵²⁰.
399. Asimismo, de conformidad con lo establecido por el artículo 7.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y tal como ha sido sostenido por la Comisión, el Estado tiene la obligación de informar al afectado de las causas o razones de la detención⁵²¹. Sobre el artículo 7.4 de la Convención, la Corte Interamericana ha considerado que “se deben analizar los hechos bajo el derecho interno y la normativa convencional, puesto que la información de los ‘motivos y razones’ de la detención debe darse ‘cuando ésta se produce’ y dado que el derecho contenido en

⁵¹⁹ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010. Capítulo IV. Cuba*. OEA.Ser.L/V/II. Doc. 5 corr. 1, 7 de marzo de 2011, párrs. 369 y 366-374. En Cuba el derecho de residencia y tránsito no se encuentra amparado constitucionalmente, lo cual constituye una carencia incompatible con las garantías del sistema regional de derechos humanos. Mas aún, de conformidad con el artículo 216 inciso 1) del Código Penal de Cuba se establece que quien salga del territorio nacional o realice actos tendientes a salir del territorio sin cumplir con las formalidades legales incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas. El Artículo 216 del Código Penal de Cuba, Capítulo XI, Sección Segunda. El inciso 2 del mismo artículo señala que “Si para la realización del hecho a que se refiere el apartado anterior, se emplea violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, la sanción es de privación de libertad de tres a ocho años”. El inciso 3 establece que “Los delitos previstos en los apartados anteriores se sancionan con independencia de los que se cometan para su ejecución o en ocasión de ella”.

⁵²⁰ ACNUR, *Directrices del ACNUR sobre los Criterios y Estándares Aplicables con Respecto a la Detención de Solicitantes de Asilo*. 26 de febrero de 1999, Directriz 3.

⁵²¹ CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México), Caso 11.610, 13 de abril de 1999, párr. 39; y CIDH, Informe de Fondo No. 84/09, *Caso 12.525, Nelson Iván Serrano Sáenz* (Ecuador), 6 de agosto de 2009, párrs. 46-47.

aquella norma implica dos obligaciones: a) la información en forma oral o escrita sobre las razones de la detención, y b) la notificación por escrito de los cargos⁵²².

400. En aras de darle alcance y contenido a esta obligación en el marco de la detención migratoria, la Comisión estima que los Estados deben adoptar las medidas que sean necesarias para que los migrantes detenidos cuenten con información suficiente acerca de la naturaleza de su detención, las razones de esta, las garantías procesales que les cobijan, así como acerca de los recursos con los que cuentan para recurrir o impugnar la detención. Dado que en algunos casos los migrantes no hablan el idioma del Estado en que se encuentran, es de suma relevancia que la información sobre los motivos de su detención les sea proveída de forma que la puedan comprender plenamente, para lo cual es necesario que se haga en un idioma que comprendan, y teniendo en cuenta tanto su nivel educativo como el hecho de que la asesoría legal es necesaria para que comprendan la situación en la que se encuentran⁵²³.
401. La Corte Interamericana ha determinado que la falta de información a un migrante sobre su derecho a comunicarse con el consulado de su país y la falta de acceso efectivo a la asistencia consular como un componente del derecho a la defensa y del debido proceso, resulta contraria a las obligaciones contenidas en los artículos 7.4, 8.1 y 8.2.d de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de esta⁵²⁴.
402. Por su parte, el derecho reconocido en el artículo 7.5 de la Convención Americana implica que los Estados partes tienen la obligación de que todo migrante que sea detenido debe “ser llevado” sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer el control judicial de la detención. En este sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que para satisfacer esta exigencia del artículo 7.5, el detenido debe comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe oírlo personalmente y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad⁵²⁵.
403. En lo que atiene al derecho a recurrir la legalidad de la detención contenido en el artículo 7.6 convencional, la Comisión ha considerado que el hecho de que una persona no nacional sea detenida y deportada sin que se le garantice su derecho a recurrir ante un órgano jurisdiccional competente a fin de obtener una decisión

⁵²² Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C, No. 251, párr. 132. Asimismo, Cfr. O.N.U., Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, Principio 10.

⁵²³ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 449.

⁵²⁴ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, No. 218, párr. 160.

⁵²⁵ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, No. 218, párr. 109.

rápida sobre la legalidad de su detención representa una violación al derecho a la libertad personal⁵²⁶.

404. En consideración de la excepcionalidad de la detención migratoria, su duración debe ser por el tiempo mínimo necesario.⁵²⁷ La Comisión concuerda con el Comité contra la Tortura al expresar su preocupación respecto a la falta de limitación de la duración de la detención administrativa de extranjeros y señalar que en ningún caso esta podrá ser indefinida.⁵²⁸ Teniendo en cuenta los efectos que la privación de la libertad puede tener sobre la integridad personal de los detenidos, la Comisión considera que cuando la duración de la detención es excesiva o indeterminada, inexorablemente tiene un efecto sobre la integridad personal y puede llegar a constituir un trato cruel, inhumano o degradante⁵²⁹.
405. En resumen, y de conformidad con la jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano sobre el derecho a la libertad personal, la Comisión ha señalado que los siguientes estándares se deben aplicar en materia de detención migratoria: i) la detención migratoria debe ser la excepción y no la regla; ii) el hecho de que un migrante se encuentre en situación irregular no constituye per se razón suficiente para decretar la detención migratoria de una persona, bajo la presunción de que esta no cumplirá con los fines legítimos del proceso; iii) los fines legítimos y permisibles de la detención migratoria deben tener carácter procesal, tales como asegurar la comparecencia del migrante al procedimiento de determinación de su situación migratoria o para garantizar la aplicación de una orden de deportación; iv) aun cuando hubiera fines procesales, se requiere que la detención migratoria sea absolutamente necesaria y proporcional, en el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para lograr el fin procesal que se persigue y que no se afecte desproporcionadamente la libertad personal; v) todos los aspectos anteriores requieren una motivación individualizada que no puede tener como sustento presunciones; vi) la detención migratoria debe decretarse por el menor tiempo que proceda para cumplir el fin procesal, lo que a su vez implica una revisión periódica de los elementos que dieron lugar a la detención; y vii) el mantenimiento de la detención migratoria por un plazo irrazonable hace que la detención devenga en arbitraria⁵³⁰.

⁵²⁶ CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México), Caso 11.610, 13 de abril de 1999, párr. 40; CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 449.

⁵²⁷ CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas*. Documento aprobado por la Comisión en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, Principio III.1.

⁵²⁸ Véase, CAT, *Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Costa Rica*. CAT/C/CRI/CO/2, 7 de julio de 2008, párr. 10; CAT, *Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Suecia*. CAT/C/SWE/CO/5, 4 de junio de 2008, párr. 12.

⁵²⁹ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 454.

⁵³⁰ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 458.

B. Principio de la no detención de niños, niñas y adolescentes migrantes

406. Respecto al principio de la no detención, la Comisión ha manifestado que comparte la posición de los diversos organismos internacionales que han expresado que los niños y niñas migrantes, ya sea que se encuentren acompañados de sus familias, no acompañados o separados de sus familias, como principio general, nunca deberían ser detenidos⁵³¹. En el caso excepcional de que se opte por una medida privativa de libertad, ésta no podrá justificarse solamente en razón de que el niño o niña esté solo o separado de su familia, ni por su condición de migrante o residente⁵³².
407. Por su parte, el Comité de Derechos del Niño ha establecido que conforme con el artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño⁵³³ y del principio del interés superior del niño, los niños no acompañados o separados de su familia no deberán ser privados de libertad por causas relacionadas con la migración.⁵³⁴ En este mismo sentido se ha pronunciado el Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas, quien ha sostenido que la detención de un niño nunca podrá hacerse en aras de su interés superior⁵³⁵. Asimismo, el Relator Especial sostuvo que los Estados tienen la obligación adoptar medidas alternativas al internamiento y establecer por vía legal que éstas deben aplicarse de forma prioritaria respecto al internamiento⁵³⁶.

⁵³¹ Véase, CIDH, *Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados*, párr. 74.

⁵³² ONU, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 61. *Informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, en su visita al Reino Unido, sobre la cuestión de inmigrantes y solicitantes de asilo*, E/CN.4/1999/63/Add. 3, pág. 37.

⁵³³ La Convención sobre Derechos del Niño en su artículo 37 establece que:

Los Estados Partes velarán porque:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea 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;

d) 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.

⁵³⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. CRC/GC/2005/6, 1º de septiembre de 2005, párr. 61

⁵³⁵ Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante*. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 62.

⁵³⁶ Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante*. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párrs. 60-61.

408. En su *Opinión Consultiva sobre los Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*, la Corte Interamericana estableció y desarrolló el principio de la no detención migratoria de niñas y niños. Al respecto, la Corte sostuvo que las infracciones relacionadas con el ingreso o permanencia en un país no pueden, bajo ningún concepto, tener consecuencias iguales o similares a aquellas que derivan de la comisión de un delito y en atención a las diferentes finalidades procesales existentes entre los procesos migratorios y los penales. Asimismo, la Corte estimó que el principio de última ratio de la privación de libertad de niñas y niños no constituye un parámetro operativo en el ámbito de los procedimientos migratorios⁵³⁷.
409. A juicio de la Corte, los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño⁵³⁸.

C. Condiciones de detención

410. Durante sus visitas a países, la Relatoría sobre Derechos de los Migrantes de la CIDH ha observado con preocupación que, en términos generales, las instalaciones y el trato a las personas detenidas en las estaciones migratorias no cumplen con los estándares internacionales sobre la materia. Por ejemplo, los cuartos de los migrantes no cuentan con una adecuada circulación de aire, en lugar de ventanas tienen pequeñas rendijas que dificulta la entrada de luz y se utilizan rejas, similares a las de las prisiones, para dividir los espacios de habitación. Asimismo, la Relatoría ha constatado prácticas como el encierro bajo llave de los migrantes durante horas de la noche y la utilización en algunos casos de celdas de castigo⁵³⁹.
411. Tal como se señaló previamente, la detención migratoria así debe ser en principio, una medida excepcional. Sin embargo, en el caso excepcional de que no sea posible la aplicación de una medida alternativa a la detención, las personas migrantes podrán ser ubicadas en centros de detención, por el tiempo más corto posible,

⁵³⁷ Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 150.

⁵³⁸ Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párrs. 156-160.

⁵³⁹ Véase, por ejemplo, CIDH, *Observaciones Preliminares de la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la CIDH a México*, Anexo al Comunicado de Prensa 82/11, pág. 6.

como un último recurso y con la finalidad de brindarles atención y alojamiento conforme a la noción de protección integral⁵⁴⁰.

412. Al referirse a las condiciones de detención a las que fue sometido el señor Jesús Vélez Loor como consecuencia de una infracción de carácter migratorio en Panamá, la Corte Interamericana concluyó que los Estados están obligados a “adoptar determinadas medidas positivas, concretas y orientadas, para garantizar no sólo el goce y ejercicio de aquellos derechos cuya restricción no resulta un efecto colateral de la situación de privación de la libertad, sino también para asegurar que la misma no genere un mayor riesgo de afectación a los derechos, a la integridad y al bienestar personal y familiar de las personas migrantes”⁵⁴¹.
413. El 13 de febrero de 2015, la CIDH decidió solicitar la adopción de medidas cautelares a favor de las personas migrantes detenidas en el Centro de Detención Carmichael Road, en Bahamas. La solicitud de medidas cautelares alegaron que las personas beneficiarias se encontrarían en una presunta situación de riesgo porque estarían detenidas en condiciones inhumanas, en presunto hacinamiento extremo y no estarían recibiendo una adecuada atención médica, lo cual podría afectar sus derechos a la vida y la integridad. Tras analizar los alegatos de hecho y de derecho, la Comisión consideró que la información, en principio, demuestra que las personas migrantes detenidas en el Centro de Detención Carmichael Road se encuentran en una situación de gravedad y urgencia, puesto que su vida e integridad personal se encontrarían en riesgo⁵⁴².
414. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 25 de su Reglamento, la Comisión solicitó al Estado de Las Bahamas que adopte las medidas necesarias para preservar la vida e integridad personal de las personas migrantes detenidas en el Centro de Detención Carmichael Road. Lo anterior incluye proporcionar las condiciones de higiene y los tratamientos médicos adecuados, de acuerdo con sus respectivas condiciones médicas. La Comisión también solicitó al Estado adoptar, según las normas internacionales, las medidas necesarias para hacer frente a la situación especial de los menores no acompañados en estado de detención; garantizar que los beneficiarios dispongan de asistencia legal; y tomar medidas inmediatas para reducir sustancialmente el hacinamiento en el Centro de Detención Carmichael Road. Asimismo, la CIDH solicitó investigar los hechos que dieron lugar a la adopción de estas medidas cautelares a fin de evitar su repetición; y garantizar que las organizaciones de la sociedad civil y las organizaciones

⁵⁴⁰ La Comisión ha sostenido que la Convención sobre los Derechos del Niño implica un cambio sustancial respecto de la manera de tratar el tema de la infancia. Esta transformación se conoce como la sustitución de la ‘doctrina de la situación irregular’ por la ‘doctrina de la protección integral’, que en otros términos significa pasar de una concepción de los ‘menores’ como objeto de tutela y protección, a considerarlos como sujetos plenos de derecho. CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, capítulo VII, párr. 11.

⁵⁴¹ Corte IDH. *Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 209.

⁵⁴² CIDH, MC 535/14. *Personas migrantes detenidas en el Centro de Detención Carmichael Road, Bahamas*. 13 de febrero de 2015.

internacionales pertinentes tengan acceso al Centro de Detención Carmichael Road con el fin de supervisar las condiciones de detención⁵⁴³.

415. En su *Opinión Consultiva sobre los Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, la Corte Interamericana estableció que en caso que los Estados recurran a medidas tales como el alojamiento o albergue de la niña o del niño, ya sea por un período breve o durante el tiempo que sea necesario para resolver la situación migratoria, la Corte recordó la necesidad de separación de las personas migrantes bajo custodia de las personas acusadas o condenadas por delitos penales, al establecer que los centros para alojar a las personas migrantes deben estar destinados específicamente a tal fin⁵⁴⁴.
416. Los espacios de alojamiento deben respetar el principio de separación y el derecho a la unidad familiar, de modo tal que si se trata de niñas o niños no acompañados o separados deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos y, si se trata de niñas o niños acompañados, alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o del niño y, además, asegurar condiciones materiales y un régimen adecuado para las niñas y los niños en un ambiente no privativo de libertad.

⁵⁴³ CIDH, MC 535/14. *Personas migrantes detenidas en el Centro de Detención Carmichael Road, Bahamas*. 13 de febrero de 2015.

⁵⁴⁴ Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 150.