

Consejo de Derechos Humanos – 20ª Sesión

Diálogo Interactivo con el

Relator sobre derechos humanos de los migrantes, François Crépeau

Gracias Sra. Presidente.

En nombre de Conectas Direitos Humanos de Brasil y del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de Argentina acogemos con satisfacción el Primer Informe del Sr. Francois Crépeau, Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes sobre la Privación de libertad de los migrantes en situación irregular.

Apoyamos con firmeza el concepto de **abolir progresivamente la detención de migrantes por razones administrativas**. Sin embargo, y hasta tanto este objetivo se logre, coincidimos con el Informe presentado en que **la detención “administrativa” de migrantes sólo estará justificada por motivos excepcionales**, con un fundamento jurídico claro y establecido en la ley, y que la entrada y residencia irregulares en el territorio no pueden de ninguna manera ser considerados delitos.

En este sentido, es necesario que en toda detención “administrativa” **se asegure al migrante un procedimiento que contemple las garantías mínimas de debido proceso con el fin de que el migrante detenido pueda ejercer su derecho a la defensa, en un proceso judicial que decida sobre la legalidad de la detención**. Es necesario que al momento de ser detenido se informe al migrante con precisión y en un idioma que comprenda la situación de su caso, su derecho a ponerse en contacto con un representante de su consulado o embajada, con sus familiares y contar con la asistencia gratuita de un abogado y un intérprete durante el procedimiento. El acceso del migrante y sus abogados al expediente es una garantía fundamental en el ejercicio del derecho de defensa, como también la posibilidad de aportar prueba y cuestionar las pruebas presentadas; y obtener una decisión fundada con relación a sus derechos.

Por lo demás, la duración del período de detención no podrá exceder el estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero. En cuanto al lugar donde pueden detenerse a las personas migrantes, concordamos en que deben ser alojados en establecimientos públicos destinados específicamente al fin de la detención “administrativa”.

De acuerdo a la praxis de los Estados, vemos que es posible legislar sobre la abolición de la detención, tal como lo ha hecho Venezuela.¹ Asimismo, es posible legislar sobre las garantías

¹ Venezuela ha establecido en su legislación que, para proceder a la deportación o expulsión por las causales previstas en la ley, deberá darse inicio a un procedimiento administrativo y notificar al extranjero dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al inicio de dicho procedimiento. A su vez, se deberá indicar expresamente los hechos que motivaron el inicio del procedimiento, el derecho que tiene el extranjero interesado para acceder al expediente administrativo y de disponer del tiempo que considere necesario para examinar el respectivo expediente, para lo cual podrá estar asistido de abogado de su confianza. (confr. Art. 39, 40, 41 de la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número 37.944 del 24 de mayo de 2004). En cuanto a la detención “administrativa”, ha establecido que con el fin de garantizar la ejecución de las medidas de deportación o expulsión, la autoridad competente en materia de extranjería y migración, en el auto de inicio del respectivo procedimiento administrativo, podrá imponer al extranjero o

mínimas judiciales necesarias en todo proceso que implique –en supuestos excepcionales- la detención de un migrante, como el caso de Argentina.² A su vez, aun en legislaciones que no reconocen la existencia de garantías mínimas de debido proceso, los jueces han intervenido para controlar decisiones administrativas que impliquen la detención de migrantes, como sucede en el caso de Brasil.³ Sin embargo, aún es posible identificar legislaciones que delegan en autoridades no judiciales el dictado de órdenes de detención de migrantes.⁴

Por supuesto, en ningún caso el ejercicio de las garantías mínimas debe agravar o prolongar las condiciones de detención, como establece la legislación mexicana.⁵

Ahora bien, es importante destacar que los cambios legislativos que ampliaron los márgenes para la protección de los derechos de los migrantes, surgieron a partir del activismo de organizaciones sociales.⁶

extranjera que se encuentre sujeto al procedimiento, cualquier medida cautelar que estime pertinente a los fines de garantizar el cumplimiento de la decisión de la autoridad competente, siempre que dicha medida no implique una privación o restricción del derecho a la libertad personal. (confr. art. 46 de la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 37.944, 24 de mayo de 2004)

² En este sentido, conviene señalar que la última reforma a la ley de Migraciones de Argentina, establece que toda retención o detención de un extranjero por razones migratorias procede al solo y único efecto de cumplir con una orden de expulsión que se encuentre firme y consentida. De manera excepcional, esta medida puede llegar a proceder ante órdenes de expulsión que no se encuentren firmes y consentidas. En todos estos supuestos, la medida debe ser solicitada y, en consecuencia, dispuesta por una autoridad judicial competente (confr. art. 70 de la ley 25.871 y art. 70 decreto reglamentario 616/2010).

³ La ley brasilera de 1980 prevé que mientras no se efectivice la deportación de un migrante, podrá ser detenido en prisión por orden del Ministro de Justicia por un plazo de 60 días, prorrogable por 60 días más (confr. art. 61). Así también en el caso de un extranjero sometido a un proceso de expulsión, el Ministro de Justicia puede en cualquier momento, dictaminar la prisión por 90 días, y podrá prorrogarla por otros 90 días más. (confr. art. 69 y párrafo único, Ley Nro. 6.815 de 19 de agosto de 1980). La jurisprudencia ha considerado que, la Constitución de Brasil de 1988 modificó la autoridad responsable y ahora debe ser un Juez el que disponga la prisión. Véase por ejemplo Oitava Turma do Tribunal Federal da 4ª Região, Processo HC 90 RS 2006.04.00.000090-7 de fecha 06 de diciembre de 2006.

Actualmente, el Poder Ejecutivo de Brasil está debatiendo un proyecto para reformar la Ley vigente que recoge en el caso de una expulsión de un migrante, que la autoridad judicial competente, es la que podrá en cualquier momento dictaminar la prisión del extranjero por hasta 60 días prorrogable por otros 60 días por única vez, para garantizar la tramitación del proceso de expulsión o la ejecución de la medida (confr. art. 116 del proyecto). A su vez, el proyecto menciona que ante el incumplimiento de la comparecencia semanal al órgano competente del Ministerio de Justicia para informar su dirección, sus actividades y el cumplimiento de las condiciones que le fueran impuestas, el Ministerio de Justicia, en cualquier momento, podrá solicitar la prisión del extranjero a la autoridad judicial competente. (confr. art. 117 del proyecto)

⁴ En el caso de Chile, la medida de expulsión de los extranjeros será dispuesta por decreto supremo fundado, suscrito por el Ministro del Interior, en el que se reservarán al afectado los recursos administrativos y judiciales legalmente procedentes. No obstante, la expulsión de los extranjeros que sean titulares de permiso de turismo o prolonguen su permanencia con dicho permiso vencido, se dispondrá, sin más trámite, por resolución del Intendente Regional respectivo, exenta del trámite de toma de razón. (confr. art. 84 del Decreto Ley de Extranjería N°1094 de 1975) Si bien la ley permite el inicio dentro de las 24 horas de notificado de un reclamo judicial ante la Corte Suprema, durante la tramitación el extranjero afectado permanecerá privado de su libertad en un establecimiento carcelario o en el lugar que el Ministro del Interior o el Intendente determinen. (confr. art. 89 del Decreto Ley de Extranjería N°1094 de 1975)

⁵ Así sucede, por ejemplo, en el caso de México donde el artículo 111 de la Ley de Migraciones dispone que la interposición de un recurso administrativo o judicial constituye una causal válida para extender el plazo máximo de detención, es decir, el ejercicio del derecho a un recurso efectivo provoca la prolongación de la detención.

⁶ En el caso de Argentina, durante la vigencia de la anterior ley Videla, la detención y la amenaza constante a la expulsión eran la regla constante en materia de gestión administrativa. El silencio o la confirmación por parte del poder judicial de estos mecanismos administrativos, provocó que en el año 2003 Argentina tuviese que modificar la legislación

Es necesario ser consciente de que la práctica de las agencias administrativas exige un constante seguimiento por parte de las organizaciones, tal como refiere el Relator en su informe. Este seguimiento es imprescindible, incluso en los supuestos donde se ha logrado una legislación respetuosa de los derechos humanos. Las organizaciones hemos tenido y tenemos que señalar la incompatibilidad de algunas prácticas administrativas remanentes, frente a la nueva legislación.⁷

Compartimos con el Relator la opinión de que en algunos casos extremos la aplicación de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos puede mejorar la situación de los migrantes detenidos “administrativamente”. Sin embargo, sería correcto que **se establezcan reglas adecuadas para estas situaciones específicas**, y que se abogue por poner fin a la detención de migrantes por motivos administrativos.

Para finalizar, en el caso de detención “administrativa” de **niños, niñas y adolescentes** migrantes, el análisis de cada caso individual debe incluir el principio del interés superior, y un espacio de encierro nunca podría configurar un ámbito propicio para el desarrollo y crecimiento de un niño o niña, ni para la realización plena de sus derechos.⁸

Por todo lo expuesto, los Estados deben adoptar medidas legislativas o de otro carácter para prohibir la detención de migrantes por motivos administrativos; y hasta tanto lo hagan, es necesario asegurar a las personas detenidas por este motivo, garantías mínimas de debido proceso para poder ejercer su derecho a la defensa.

Saludamos y felicitamos al Relator por el Informe presentado ante el Consejo de Derechos Humanos.

vigente a partir de un reclamo de organizaciones sociales y como parte de un proceso de solución amistosa ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el caso “De la Torre”.

⁷ En efecto, y a modo de ejemplo, en el proceso de hábeas corpus por la detención en la provincia de San Luis de un migrante de nacionalidad senegalesa que llevaba años residiendo en Argentina, se constató que la autoridad migratoria, al momento de dictar la expulsión, consideró que el extranjero no había acreditado su ingreso a la Argentina por un lugar habilitado. En consecuencia, ordenó su expulsión de manera inmediata, sin intimarlo a presentar los documentos que acreditaran trámite de regularización, y sin solicitar la intervención judicial para analizar la legalidad de la expulsión, sólo requirió la intervención para detenerlo. El juez rechazó el hábeas corpus; sin embargo, la autoridad migratoria, sobre la base de los antecedentes jurídicos señalados, decidió suspender la orden de expulsión y ordenó la libertad del migrante detenido. Véase Causa 40.735 “Gueye, Abdou s/ hábeas corpus”, que tramitó ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 39, de la ciudad de Buenos Aires, Argentina.

⁸ Véase 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 del 14 de mayo de 2009, cit., párr. 107; 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 del 14 de mayo de 2009, ante el Consejo de Derechos Humanos, párr. 62. Véase UNICEF (Australia), documentación para el Estudio Nacional sobre los Niños Internados por Cuestiones de Inmigración, documentación presentada por escrito ante la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades, 2003, resumen de las recomendaciones; STEPS consulting social, estudio para el Parlamento Europeo, “The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states”.