

# La Detención Migratoria como Medida Excepcional de Último Recurso

International  
**Detention Coalition**  
Rights and dignity for all who migrate







**International Detention Coalition (IDC)**

Level 2 696 Bourke Street  
Melbourne Victoria 3000  
Australia

Correo electrónico: [info@idcoalition.org](mailto:info@idcoalition.org)

Sitio web: [www.idcoalition.org](http://www.idcoalition.org)

**Foto de portada:** Mural en Centro de Asistencia Social de Ciudad Juárez, Chihuahua, México (fragmento). IDC.

**Diseño:** [www.comersia.com.mx](http://www.comersia.com.mx)

**Con el apoyo de:**

Esta no es una publicación de la Agencia de la ONU para los Refugiados, ACNUR, por tanto, no es responsable, ni respalda necesariamente su contenido. Todas las opiniones expresadas pertenecen exclusivamente al autor o fuente y no necesariamente reflejan las del ACNUR, las Naciones Unidas o sus Estados Miembros.

**Cita recomendada:** International Detention Coalition, *La Detención Migratoria como Medida Excepcional de último Recurso 2023*.

Este documento está disponible en línea en: [www.idcoalition.org](http://www.idcoalition.org)

## **Presentación**

Este documento informativo fue escrito para proporcionar una perspectiva general de las normas internacionales en las que se plantea que la detención migratoria solo debe ser una medida excepcional de último recurso, con el fin de resaltar prácticas prometedoras y alentar mayores avances en esta área. El objetivo es inspirar y animar a los gobiernos, autoridades locales, organizaciones internacionales, sociedad civil, actores comunitarios y otras partes interesadas en los pasos que pueden tomar para avanzar hacia la eliminación de la detención migratoria.

## Acerca de la Coalición Internacional contra la Detención (IDC por sus siglas en inglés)

IDC es una poderosa red global de organizaciones, grupos y personas, así como de representantes de comunidades afectadas por la detención migratoria, con sede en más de 75 países. La membresía de IDC tiene una amplia gama de especializaciones relacionadas con la detención migratoria y las alternativas a la detención, que incluyen academia, derecho, investigación, políticas, servicio directo, incidencia y organización comunitaria.

El personal de IDC trabaja a nivel nacional y regional en África, las Américas, Asia Pacífico, Europa, Medio Oriente y África del Norte, y a nivel mundial. El personal se coordina con la membresía y los socios en la incidencia, investigación, coaliciones y desarrollo de capacidades, así como también crea oportunidades para la colaboración nacional, regional y global para reducir y poner fin a la detención migratoria y promover alternativas a la detención (ATD) basadas en derechos.

### Nuestra visión

Un mundo donde la detención migratoria ya no existe y en el que las personas que migran viven con derechos y dignidad.

### Nuestra misión

IDC incide para garantizar los derechos humanos de las personas afectadas y en riesgo de detención migratoria. En coordinación con la sociedad civil, agencias de la ONU y múltiples niveles de gobierno, construimos movimientos estratégicamente e influimos en leyes, políticas y prácticas para reducir y poner fin a la detención migratoria, así como para implementar ATD basadas en derechos.

### Nuestros valores

**Centrado en soluciones:** adaptamos estratégicamente nuestros enfoques al contexto y desarrollamos soluciones pragmáticas que se basan en la realidad y la experiencia cotidiana.

**Innovación:** innovamos continuamente nuestra comprensión y prácticas a través de la curiosidad, el aprendizaje y la exploración de nuevas posibilidades.

**Colaboración:** participamos en procesos de pensamiento colectivo y centrados en grupos que facilitan un intercambio activo de ideas y contribuciones.

**Respeto:** escuchamos atentamente y con empatía las diversas perspectivas, compartimos y aceptamos críticas y nos tratamos con dignidad.

**Representación:** priorizamos la diversidad, la inclusión y el liderazgo de personas con experiencia propia de detención, a fin de garantizar la rendición de cuentas en nuestro trabajo.

## Agradecimientos

Este documento informativo de IDC fue escrito por la consultora de investigación Jem Stevens basándose en una investigación realizada por ella, con la guía de Gisele Bonnici y el apoyo del equipo de IDC. Fue revisado y editado por Carolina Gottardo, Mia-Lia Boua Kiernan y Gisele Bonnici de IDC. Las fotografías fueron tomadas por Diana Martínez y Carolina Carreño de IDC.

Agradecemos la experiencia y el conocimiento de todas las contribuciones de los miembros y aliados de IDC que fueron entrevistados para esta investigación. Además, reconocemos el papel de las organizaciones que inciden a favor de la no detención en contextos cada vez más complejos. En este sentido, agradecemos al Grupo de Acción para la No Detención de Personas Refugiadas en México, co-liderado por IDC y Asylum Access México, un espacio clave para el desarrollo y la aplicación práctica de los temas objeto de este documento.

Las opiniones expresadas en este documento son las de IDC. También extendemos nuestro agradecimiento al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en México por sus contribuciones financieras a la preparación del documento informativo.





# Índice

<b>1. Introducción</b>	9
<b>2. Marco internacional y regional de derechos humanos</b>	10
a) El derecho a la libertad y la prohibición de la detención arbitraria	10
b) Los Estados deberían, en última instancia, abolir la detención migratoria	11
c) Principio de no detención de determinados grupos	12
d) La detención migratoria como medida excepcional de último recurso	12
e) ¿Qué compromisos han adquirido los Estados en el tema?	14
<b>3. Aplicación del principio de “último recurso” en la práctica</b>	15
a) Elementos de la “detención migratoria como medida de último recurso” y ejemplos de legislación nacional	15
b) ¿Qué repercusiones ha tenido el principio del “último recurso” en las prácticas de detención?	29
c) Factores que apoyan el principio del “último recurso” en la práctica	32
<b>4. Utilizar el principio del “último recurso” en la incidencia de la sociedad civil</b>	38
a) Mapeo de diferentes enfoques de la sociedad civil relacionados con el uso del principio de “último recurso” en la incidencia	38
b) Oportunidades y desafíos en el uso del principio de “último recurso” en la incidencia	43
c) Consideraciones contextuales para los actores de la sociedad civil	47
<b>Referencias</b>	52



## 1. Introducción

En muchas partes del mundo, los gobiernos utilizan la detención migratoria de manera generalizada para la gestión de la migración. La detención arbitraria de personas migrantes es parte de una tendencia más amplia de los Estados que criminalizan la migración. Muchos órganos de derechos humanos han pedido a los Estados que supriman la práctica de la detención migratoria. En los lugares donde todavía se utiliza la detención migratoria, las normas internacionales y regionales establecen que solo debe ser una “medida excepcional de último recurso”.

El principio de “último recurso” es un estándar legal que los actores de la sociedad civil pueden aprovechar en la incidencia para reducir y potencialmente poner fin a la detención migratoria en ciertos contextos. Pero, aunque es un estándar bien establecido del derecho internacional, a veces hay una falta de claridad en cuanto a lo que significa en la práctica. ¿Cuáles son las consideraciones relevantes para los actores de la sociedad civil que utilizan esta norma en la incidencia? ¿Cómo se relaciona con los esfuerzos para poner fin a la detención migratoria en su totalidad, incluyendo para ciertos grupos?

Este documento tiene como objetivo apoyar a los actores de la sociedad civil que consideran el uso del principio de “último recurso” en la incidencia, para evaluar opciones, oportunidades y riesgos, y decidir los cursos de acción más efectivos en sus contextos específicos. En la primera sección se considera el contenido del principio del “último recurso” como lo establecen los órganos internacionales y regionales de derechos humanos. En la segunda sección se examina la aplicación del principio del “último recurso” en la práctica, incluidos ejemplos de legislación nacional y su posible efecto en las prácticas de detención migratoria. La sección final proporciona un mapeo de diferentes enfoques de la sociedad civil, posibles oportunidades y riesgos, así como consideraciones contextuales para los actores de la sociedad civil con el objetivo de utilizar el principio de “último recurso” en la incidencia.

El documento se basa en la investigación documental y las experiencias de la membresía, socios y miembros del equipo de IDC en diferentes regiones del mundo, recopiladas a través de entrevistas en septiembre y octubre de 2022.

## 2. Marco internacional y regional de derechos humanos

### a) El derecho a la libertad y la prohibición de la detención arbitraria

El derecho a la libertad está reconocido en todos los principales instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos.<sup>1</sup> Este derecho se aplica a todas las personas sin discriminación e independientemente de su situación migratoria.<sup>2</sup> La prohibición de la detención arbitraria forma parte del derecho internacional consuetudinario y constituye una norma de *jus cogens* de la que nunca es posible una excepción o exención. El Comité de las Naciones Unidas para Trabajadores Migratorios (CMW) ha declarado específicamente que la prohibición de la privación arbitraria de libertad también protege a las personas migrantes, de conformidad con el artículo 16 (4) de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares.<sup>3</sup> En el marco actual del derecho internacional de los derechos humanos, la detención migratoria no es arbitraria *per se*. Sin embargo, los siguientes factores son de importancia clave al considerar el uso de la detención migratoria y proteger a las personas migrantes de la detención arbitraria:

1. El principio de no discriminación y los derechos, independientemente

de la nacionalidad o el estatus migratorio en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los principales tratados internacionales y regionales de derechos humanos.<sup>4</sup>

2. El hecho de que la migración sea un acto no violento y nunca deba ser tratado o castigado como un delito; la migración irregular constituye, a lo sumo, una irregularidad administrativa.<sup>5</sup>
3. La irregularidad migratoria no es una elección de las personas, sino una consecuencia de las políticas y acciones del Estado.<sup>6</sup>
4. El impacto devastador de la detención migratoria en las personas y las comunidades, que ha sido bien documentado.<sup>7</sup>
5. La realidad de que la detención migratoria es a menudo arbitraria y no está en conformidad con las normas de derechos humanos, sino que forma parte de una tendencia de criminalización de las

personas y las comunidades migrantes.<sup>8</sup>

6. El hecho de que el actual marco jurídico internacional que se aplica para proteger a las personas mi-

grantes de la detención arbitraria se haya desarrollado en gran medida en relación con la detención penal.<sup>9</sup>

### **b) Los Estados deberían, en última instancia, abolir la detención migratoria**

Aunque el derecho a la libertad no es ilimitado en virtud del derecho internacional y regional de los derechos humanos, numerosos mecanismos internacionales y regionales de derechos humanos han reconocido que la detención migratoria es inherentemente indeseable, dado su grave impacto en los derechos humanos y la realidad de que la detención migratoria es a menudo arbitraria y parte de una tendencia más amplia de criminalización de la migración. De hecho, los órganos de derechos humanos piden cada vez más a los Estados que **gradualmente eliminen y pongan fin por completo al uso de la detención migratoria.**

**El Comité de Trabajadores Migratorios** ha declarado: “El Comité considera que los Estados deben adoptar medidas para abolir gradualmente la detención migratoria. Pone de relieve que, mediante el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, los Estados se han comprometido a dar prioridad a las alternativas no privativas de libertad acordes con el derecho internacional, y a adoptar un enfoque basado en los derechos humanos respecto de cualquier detención de migrantes, utilizando la detención únicamente como último recurso.”<sup>10</sup>

**El Grupo de Trabajo de la ONU sobre la Detención Arbitraria** ha declarado: “El Grupo es del todo consciente del

derecho soberano de los Estados a reglamentar la migración. Sin embargo, considera que la detención migratoria debería suprimirse gradualmente. Las personas migrantes en situación irregular no han cometido ningún delito. La penalización de la migración irregular sobrepasa el interés legítimo de todo Estado de proteger su territorio y reglamentar la corriente regular de migrantes.”<sup>11</sup>

La **Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos** “está de acuerdo con la posición del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria de que la detención migratoria es en gran medida arbitraria y debería abolirse gradualmente”.<sup>12</sup>

En el contexto de la pandemia de COVID-19, el **Grupo de Trabajo de la Red de las Naciones Unidas sobre Migración para Alternativas a la Detención**, que IDC dirige junto con UNICEF y ACNUR, ha declarado que el impulso hacia alternativas a la detención “presenta una oportunidad única para mirar más allá de la crisis actual y mostrar concretamente cómo la migración puede ser gobernada sin recurrir a la detención, como lo prevé el marco de acción proporcionado por el Pacto Mundial para la Migración, incluso en su Objetivo 13. Se alienta a los Estados, las entidades de las Naciones Unidas, las organizacio-

nes de la sociedad civil y otros actores a redoblar sus esfuerzos de colaboración para eliminar gradualmente el uso de la detención migratoria, basándose en los pasos dados durante la pandemia, documentando el impacto positivo de las alternativas, reflexionando sobre las lecciones aprendidas y poniendo fin, como cuestión prioritaria, a la detención de niñas, niños, adolescentes, familias y otras personas migrantes en situaciones vulnerables.”<sup>13</sup>

La **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** ha reafirmado que “los Estados deben tomar medidas para erradicar la detención de migrantes mediante leyes, políticas y prácticas públicas. Mientras tanto, los Estados deben garantizar que la detención se utilice únicamente de conformidad con lo autorizado por la ley y sólo cuando se determine ser necesaria, razonable en todas las circunstancias y proporcional a un propósito legítimo”.<sup>14</sup>

### c) Principio de no detención de determinados grupos

En virtud del derecho internacional, la detención migratoria también está prohibida en ciertas circunstancias o en relación con ciertos grupos, por ejemplo:

- La detención migratoria de niñas, niños y adolescentes, que nunca responde al interés superior del niño.<sup>15</sup>
- Cuando la detención resulte del ejercicio del derecho a solicitar asilo o constituiría un castigo por entrada irregular de estancia o de personas solicitantes de asilo.<sup>16</sup>
- La detención migratoria de personas en situación de vulnerabilidad,<sup>17</sup> como mujeres embarazadas, madres lactantes, personas de la tercera edad, personas con discapacidad, personas lesbianas, gay, bisexuales, transexuales e intersexuales, o sobrevivientes de trata

de personas, tortura y otros delitos violentos graves.<sup>18</sup>

#### **No detención como mejor práctica:**

hay países que no permiten la detención migratoria en absoluto en sus sistemas legales, incluidos varios países sudamericanos, que abordan la migración como una cuestión de derechos humanos y protección y priorizan la regularización para abordar la migración irregular. Por ejemplo, las leyes de migración en Ecuador, Uruguay, Bolivia y Perú no incluyen disposiciones que autoricen la privación de libertad por razones relacionadas con la migración.<sup>19</sup> Además, Colombia ha aprobado el Estatuto de Protección Temporal que regulariza a un gran número de personas venezolanas sin recurrir a la detención migratoria.<sup>20</sup> Otros países de la región prohíben la detención migratoria de determinados grupos.

### d) La detención migratoria como medida excepcional de último recurso

Además de la necesidad de abolir en última instancia la detención migratoria y la prohibición de la detención de niñas,

niños, adolescentes y otras personas en situaciones específicas de vulnerabilidad, la prohibición de la detención ar-

bitraria exige que, cuando los Estados recurren a la detención migratoria, ésta debe ser estrictamente regulada.

El **Comité de la ONU de Trabajadores Migratorios** ha declarado: “La política de migración debe basarse en una presunción de libertad y no de detención. Si bien el derecho a la libertad no es ilimitado, el Comité ha reiterado que, puesto que toda privación de libertad es sumamente gravosa y restrictiva de los derechos humanos de las personas, debe considerarse una **medida excepcional de último recurso** y sólo debe utilizarse una vez que se haya demostrado que persigue un **objetivo legítimo** y que es **necesaria y proporcionada**. Además, “la detención o cualquier otra forma de privación de libertad por motivos relacionados con condición de migrante de una persona debe regirse por el principio de excepcionalidad, es decir, la privación de libertad debe aplicarse únicamente como **última medida posible, una vez que se hayan analizado y descartado todas las alternativas menos perjudiciales**. En cualquier caso, la decisión de ordenar la detención de los trabajadores migratorios y sus familiares debe adoptarse por el período más breve posible y solo si está justificada por un objetivo legítimo”.<sup>21</sup>

Según el **Grupo de Trabajo de la ONU sobre la Detención Arbitraria**, “cualquier forma de detención administrativa o custodia en el contexto de la migración debe aplicarse como **medida excepcional de último recurso**, por el período más breve y solamente si se justifica por una finalidad legítima, tal como documentar la entrada y registrar quejas o para verificar inicialmente la identidad en caso de duda”.<sup>22</sup>

El **Relator Especial sobre los derechos humanos de los Migrantes** ha declarado que “la privación de la 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 a favor de la libertad, considerar primero medidas alternativas no privativas de libertad, evaluar cada caso y elegir la medida menos rigurosa o restrictiva”.<sup>23</sup>

En términos de orientación regional, en las **Américas**, los principios y estándares regionales adoptados por la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)** son inequívocos al afirmar que la detención migratoria debe usarse como último recurso y que las ATD comunitarias no privativas de la libertad deben usarse en primera instancia.<sup>24</sup> El Principio 69 de los Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas establece que: “La detención debe ser **una medida de último recurso**. Deben explorarse todas las alternativas a la detención. Si se recurre a la detención migratoria, dicha acción debe ser lícita y usada exclusivamente como medida cautelar y temporal para asegurar el cumplimiento de los procedimientos de repatriación, deportación, expulsión o extradición.” La posición regional sobre ATD se desarrolló claramente en dos informes temáticos consecutivos

de la CIDH sobre Estados Unidos y México, los dos países que más dependen de la detención migratoria.<sup>25</sup>

**En Europa**, varios organismos del **Consejo de Europa** y de la **UE** “han subrayado que la detención migratoria debe ser siempre una medida excepcional de último recurso. Esto implica que la

detención sólo puede justificarse si, después de una evaluación exhaustiva e individual de las circunstancias particulares en cada caso, se ha establecido que las medidas menos coercitivas son insuficientes.”<sup>26</sup>

### e) ¿Qué compromisos han adquirido los Estados en el tema?

El principio de que la detención migratoria sólo debe ser una medida de último recurso figura claramente en el título del Objetivo 13 del **Pacto Mundial para la Migración**.<sup>27</sup> Dentro de este objetivo, los estados se comprometieron a “garantizar que cualquier detención en el contexto de la migración internacional siga el debido proceso, sea no arbitraria, basada en la ley, la necesidad, la proporcionalidad y las evaluaciones individuales, sea llevada a cabo por funcionarios autorizados y por el período de tiempo más breve posible”, y para además “priorizar las alternativas a la detención no privativas de libertad que estén en consonancia con el derecho internacional, y adoptar un enfo-

que basado en los derechos humanos para cualquier detención de personas migrantes, utilizando la detención **solo como medida de último recurso**”. Además, para cumplir con este compromiso, los Estados se comprometieron inequívocamente a “trabajar para **poner fin a la práctica de la detención de niñas, niños y adolescentes** en el contexto de la migración internacional...”<sup>28</sup>

Varios otros acuerdos políticos no mencionan específicamente el principio del “último recurso”, pero reconocen la necesidad de desarrollar ATD comunitarias no privativas de la libertad, a veces con un enfoque en niñas, niños y adolescentes.





### 3. Aplicación del principio de “último recurso” en la práctica

#### a) Elementos de la “detención migratoria como medida de último recurso” y ejemplos de legislación nacional

Según las orientaciones de los órganos internacionales de derechos humanos, el principio de que la detención migratoria sólo puede utilizarse como **medida excepcional** de último recurso entraña una serie de requisitos acumulativos e interrelacionados, a saber:

- Sólo se utiliza para perseguir un **objetivo legítimo del Estado**
- Debe ser **legal**
- Debe ser **necesario y proporcionado** para lograr el objetivo legítimo
- Se han analizado y descartado todas las **alternativas** menos perjudiciales
- Sólo se utiliza durante el **menor tiempo posible**

Comenzando con el principio primordial de “excepcionalidad”, la siguiente sección examina estos elementos con más detalle y proporciona algunos ejemplos de leyes nacionales para ayudar a ilustrar en la práctica cómo podrían ser los diferentes elementos en la legislación (no una práctica tan positiva como tal). También proporciona reflexiones para los actores de la sociedad civil en términos de implementación práctica.

#### *La excepcionalidad de la detención migratoria*

El principio de excepcionalidad de la detención migratoria exige que siempre haya una presunción en contra de la detención y en favor de la libertad.<sup>29</sup> El principio significa que la privación de libertad debe servir como la última medida posible, basada en una evaluación individual y específica del contexto, y una vez que se hayan analizado y descartado todas las alternativas menos perjudiciales.<sup>30</sup>

Se desprende del principio de excepcionalidad que cualquier uso obligatorio, automático, sistemático o generalizado de la detención migratoria es arbitrario.<sup>31</sup> Además, la prohibición de la detención arbitraria “se extiende al uso de la detención como elemento disuasorio o como herramienta general de gestión de la migración”. El uso de la detención como “medida rutinaria de aplicación de la ley puede ser arbitrario *per se*”, en la medida en que no es una medida excepcional de último recurso.

## Ejemplos de leyes nacionales: Excepcionalidad de la detención migratoria

La excepcionalidad de la detención migratoria se debe a la aplicación acumulativa de elementos del principio de “último recurso”, como se establece en esta sección a continuación. Además, algunos países establecen específicamente que la detención migratoria, o su uso en circunstancias específicas, es una “medida excepcional” (por ejemplo, Argentina y Turquía). En otros países, la legislación impide efectivamente la detención migratoria, salvo en determinadas circunstancias limitadas, lo que contribuye a su excepcionalidad (por ejemplo, Sudáfrica y Tayikistán).

**Argentina:** El artículo 70 de la Ley Nacional de Migración especifica que (además de otros motivos, la detención puede ser utilizada **excepcionalmente** y solo por orden judicial en procedimientos donde las órdenes de expulsión aún no son firmes y consentidas (por ejemplo, con apelaciones pendientes).<sup>32</sup>

**Turquía:** La Ley de Extranjería y Protección Internacional dispone que: “Los solicitantes no serán objeto de detención administrativa únicamente por presentar una solicitud de protección internacional” (Artículo 68(1)) y que la detención de personas solicitantes de protección internacional será **“una medida excepcional”** y sólo admisible por motivos específicos (Artículo 68(2)).

**Sudáfrica:** La Constitución consagra el derecho a la dignidad y el derecho a no ser detenido arbitrariamente, así como las protecciones clave para las personas detenidas que se aplican igualmente a la detención migratoria. **En general, la Ley de Refugiados protege a las personas solicitantes de asilo contra la detención migratoria al disponer que no se puede iniciar ningún procedimiento por entrada o estancia ilegal en el país contra las personas que han solicitado asilo o han sido concedidas asilo.** La Ley permite la detención de personas solicitantes de asilo en determinadas circunstancias limitadas cuando se ha retirado su permiso de asilo. En virtud de una enmienda a la Ley aprobada en 2017,<sup>33</sup> las personas refugiadas y solicitantes de asilo también pueden ser detenidas en espera de su expulsión por motivos de seguridad nacional, interés nacional u orden público.<sup>34</sup>

**Tayikistán:** La detención de personas solicitantes de asilo es, según se informa, muy poco común en Tayikistán.<sup>35</sup> **Las personas que entran en Tayikistán sin documentos válidos pero declaran que solicitan asilo están exentas de las penas estipuladas para la entrada/estancia ilegal en el Estado,** según el artículo 6(4) de la Ley de Refugiados de 2014.<sup>36</sup> Sin embargo, la Ley de 2014 de la República de Tayikistán sobre Refugiados establece que las personas que entran en Tayikistán sin permiso, pero solicitan asilo, pueden ser detenidas en los puntos de entrada fronterizos.

## Objetivo legítimo

Según el derecho internacional de los derechos humanos, la detención migratoria solo se permite cuando se basa en un objetivo legítimo del Estado.<sup>37</sup> Los tratados internacionales de derechos humanos no enumeran los propósitos legítimos que permiten la detención migratoria. Sin embargo, el Comité de la ONU sobre Trabajadores Migratorios señala que tanto el Relator Especial sobre Migrantes como el ACNUR<sup>38</sup> han indicado que “la detención migratoria sólo puede justificarse **si una persona representa un peligro para sí misma o para la sociedad, o si existe el riesgo de que evite procedimientos administrativos o de otro tipo**”.

El Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos de las personas migrantes ha especificado que: “Los objetivos legítimos para la detención son los mismos para las personas migrantes que para cualquier otra persona: cuando alguien presenta un **riesgo de fuga de futuros procedimientos legales o procesos administrativos o cuando alguien presenta un peligro para su propia seguridad o la seguridad pública**.”<sup>39</sup> Las razones que legitimarían la detención incluyen “la necesidad de identificar a la persona en una situación irregular o el riesgo de fuga cuando su presencia es necesaria para procedimientos posteriores”.<sup>40</sup>

Las Directrices sobre Detención del ACNUR establecen que: “La detención que no se persigue con un propósito legítimo sería arbitraria”. y dan ejemplos de esto, tales como la detención que no se persigue por un objetivo legítimo, las Directrices proporcionan los ejemplos

de: detención como pena por entrada ilegal y/o como elemento disuasorio para solicitar asilo, detención de personas solicitantes de asilo por motivos de expulsión.<sup>41</sup>

En cuanto a las normas regionales de derechos humanos, el Artículo 5 del **Convenio Europeo de Derechos Humanos** establece dos motivos legítimos para la detención migratoria:

- para impedir que efectúe una entrada no autorizada en el país;
- contra los que se adopten medidas con miras a la deportación o extradición.

Los **Principios Interamericanos** sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes establecen que: “Si se recurre a la detención migratoria, dicha acción debe ser lícita y usada exclusivamente como medida cautelar y temporal para asegurar el cumplimiento de los **procedimientos de repatriación, deportación, expulsión o extradición**” (Principio 69).

## No criminalización

La penalización de la entrada, la estancia o la salida irregulares no es un objetivo legítimo sobre el que privar a las personas migrantes de su libertad.<sup>42</sup> El principio de no criminalización de la migración significa que los Estados no pueden regular la migración con el derecho penal.<sup>43</sup> El Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos de las personas migrantes ha subrayado que “la entrada o la estancia irregulares nunca deben considerarse delitos penales: no son delitos *per se* contra perso-

nas, bienes o la seguridad nacional”.<sup>44</sup> El CMW ha reafirmado que “bajo ninguna circunstancia las infracciones relacionadas con la entrada o estancia irregular pueden tener consecuencias similares a las derivadas de la actividad delictiva”.<sup>45</sup>

El cruce irregular de fronteras puede constituir, a lo sumo, infracciones administrativas, y no son faltas que infrinjan la ley en una medida que justifique la criminalización.<sup>46</sup> Además, solicitar asilo no es un acto ilícito y las personas nunca deben ser penalizadas, incluso mediante el uso de la detención u otras medidas restrictivas, sobre la base de entrar en un país de manera irregular para solicitar asilo.<sup>47</sup> El Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire establece que, si bien el tráfico ilícito de migrantes puede ser un delito penal, las propias personas migrantes no serán penalizadas por el hecho de haber sido objeto de tráfico ilícito.<sup>48</sup>



Además, la detención migratoria por motivos de seguridad nacional es problemática. Si bien los organismos de derechos humanos reconocen que la detención migratoria puede estar justificada cuando un individuo representa una amenaza para sí mismo o para la sociedad, la entrada o estancia irregular no es *per se* un delito o una amenaza para la seguridad nacional. Sin embargo, existe una tendencia de los gobiernos a definir la migración como una cuestión de soberanía nacional y, por lo tanto, de seguridad nacional, haciendo demasiado hincapié en los procedimientos basados en la seguridad y viendo a las personas migrantes como una amenaza general para la seguridad nacional. El Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos de los migrantes ha señalado que “la detención por motivos de seguridad plantea riesgos particulares para los migrantes, que pueden terminar en una detención prolongada o incluso indefinida justificada por criterios vagos”.<sup>49</sup>

### La detención migratoria debe ser lícita

Incluso cuando existe un objetivo legítimo del Estado para utilizar la detención migratoria, debe estar autorizada por ley y de acuerdo con los procedimientos establecidos en ésta.<sup>50</sup> Esto significa que la privación de libertad debe estar clara y exhaustivamente prevista por ley.<sup>51</sup> El CMW ha especificado que “la ley no debe dejar amplia discreción a las autoridades en la decisión y aplicación de la detención migratoria”.<sup>52</sup>

Los **Principios Interamericanos** establecen que la detención migratoria debe ser “legal, es decir, establecida por la ley y de conformidad con los tra-

tados regionales e internacionales de derechos humanos” (principio 69 a)). La CIDH ha precisado que para garantizar la legalidad de la detención migratoria, “los fundamentos y condiciones de dicha detención deben estar clara y exhaustivamente prescritos en las leyes vigentes”.<sup>53</sup> La CIDH aclaró además que: “Cualquier ambigüedad en las leyes que establecen los motivos y las condicio-

nes bajo los cuales se permite la detención migratoria puede conducir a un ejercicio arbitrario de la autoridad y sería particularmente indeseable dados los efectos que la privación de libertad tiene sobre derechos como, entre otros, la libertad personal, la vida, la integridad personal, la vida familiar, etc.”<sup>54</sup>

### Ejemplos de leyes nacionales: motivos de detención migratoria especificados en la ley

**Argentina:** En virtud de la Ley Nacional de Migración (LNM) y el Reglamento de la Ley Nacional de Migración,<sup>55</sup> existen **tres motivos por los que se puede recurrir a la detención migratoria:**

1. “Cuando haya motivos razonables para sospechar que la intención de una persona de entrar en el territorio difiere de la manifestada en el momento de obtener un visado o presentarse ante el control de migración;
2. ejecutar una orden de expulsión;
3. para evitar la fuga durante los procedimientos de adjudicación en los casos en que una orden de expulsión no sea firme (es decir, órdenes de expulsión con apelaciones pendientes)”.<sup>56</sup>

La ley establece que se considerarán los siguientes factores para determinar si existe el riesgo de que la persona no cumpla con la orden de expulsión:

- “Integración; determinada por el domicilio de una persona, su residencia habitual, la ubicación de su familia y su negocio o trabajo.
- Las circunstancias y la naturaleza del hecho por el que se ordena la expulsión de la persona extranjera.
- El comportamiento de la persona extranjera durante el procedimiento administrativo previo a la orden de expulsión, en la medida en que indique su voluntad de aceptar la decisión final, y en particular, si ha ocultado información sobre su identidad o residencia o ha presentado información falsa.”<sup>57</sup>

**Turquía:** De conformidad con el artículo 68 de la Ley de Extranjería y Protección Internacional, la detención de las personas solicitantes de protección internacional será “una medida excepcional” y los solicitantes sólo podrán ser objeto de detención administrativa por las siguientes razones:

- a efectos de la determinación de la identidad o nacionalidad en caso de que existan serias dudas sobre la exactitud de la información proporcionada;

- con el fin de que se le impida entrar en **Turquía** infringiendo los términos [y condiciones] de entrada en los puntos fronterizos;
- cuando no sea posible identificar los elementos de los motivos de su aplicación, salvo que sean objeto de detención administrativa;
- cuando [la persona] represente una amenaza grave para el orden o la seguridad pública.

**En los Estados miembros de la UE**, la investigación encontró que las siguientes seis categorías de motivos de detención migratoria se incluyeron en la legislación nacional de los Estados miembros de la UE:<sup>58</sup>

- Detención para evitar la entrada no autorizada
- Detención para efectuar la expulsión
- Detención para establecer la identidad y la nacionalidad
- Detención para evitar la fuga
- Falta de respeto a las alternativas y no salida después de que expire el período voluntario
- Detención por entrada, salida o estancia irregular

### **Consideraciones:**

Los Estados que incluyen motivos de detención en la legislación nacional adoptan diferentes enfoques:<sup>59</sup>

- Algunos incluyen listas específicas y detalladas de situaciones que pueden justificar la detención. Si bien esto proporciona una orientación concreta, existe el riesgo de que sea demasiado prescriptivo, ya que los motivos de la detención siempre deben evaluarse en el caso individual.
- Algunos Estados incluyen motivos de detención en términos generales, lo que puede alentar el pesaje, pero deja margen para la interpretación.
- Otros incluyen una descripción general en la ley, y proporcionan más aclaraciones y ejemplos en los reglamentos y directrices: tal orientación puede ayudar a la aplicación dejando espacio para la evaluación individual.
- En algunos países, la ley autoriza el uso de la detención migratoria por motivos de entrada, estancia o salida irregulares. Esto parece ser problemático, ya que permite la detención de una persona basándose únicamente en su situación o estatus migratorio, en lugar de lograr un objetivo legítimo reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>60</sup>

### **Principio de no arbitrariedad**

Según el derecho internacional de los derechos humanos, el principio de no arbitrariedad significa que no es suficiente que la detención migratoria se persiga como un objetivo legítimo previsto por la ley.<sup>61</sup> La ley misma, así como

su aplicación, no debe ser arbitraria. El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha declarado que “la noción de ‘arbitrariedad’ no debe equipararse con ‘contra la ley’, sino que debe interpretarse de manera más amplia para incluir elementos como la inadecuación, la injusticia, la falta de previsibilidad y el de-

bido proceso legal, así como elementos de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad”.<sup>62</sup> Según el CMW, la detención arbitraria es cualquier detención que exceda los límites de lo razonable. Esto significa que “debe cumplir con los criterios de necesidad y proporcionalidad y basarse en una evaluación individualizada”.<sup>63</sup>

### Necesidad

Los criterios de necesidad significan que la detención migratoria solo puede usarse cuando es estrictamente esencial para lograr el fin legítimo establecido.<sup>64</sup> El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha declarado: “La detención en el curso de los procedimientos para el control de la inmigración no es arbitraria *per se*, pero la detención debe justificarse como razonable, necesaria y proporcionada a la luz de las circunstancias y reevaluarse a medida que se extiende en el tiempo”.<sup>65</sup> Como ha señalado el CMW, las autoridades deben

partir del hecho de que la privación de libertad es la medida más perjudicial para la persona interesada. Por lo tanto, debe evaluar todas las alternativas disponibles a la detención que sean menos perjudiciales para la persona.<sup>66</sup>

Los **Principios Interamericanos** sobre los Derechos Humanos de Todas las Personas Migrantes establecen que la detención migratoria debe: “Ser necesaria, en el sentido de que debe ser absolutamente esencial para la consecución del propósito previsto” (Principio 69 (b)).

El **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** no aplica un criterio de necesidad, sino que exige que la detención migratoria se lleve a cabo de buena fe y esté estrechamente relacionada con el motivo de detención invocado por el Gobierno.<sup>67</sup>

### Ejemplos de legislación nacional: Necesidad

**Uruguay:** reconoce el derecho a migrar; no hay detención por violaciones administrativas de migración,<sup>68</sup> excepto por lo que se **considera necesario** para completar un procedimiento de expulsión. Esto rara vez se lleva a cabo, y cuando son colocados en detención tienden a durar desde unas pocas horas hasta un día. Uruguay no tiene centros de detención migratoria.<sup>69</sup> **Ecuador** también reconoce el derecho a migrar, que está consagrado en su Constitución y operacionalizado por su Ley de Movilidad Humana: cerró todos los centros de detención migratoria en 2017.<sup>70</sup>

**Legislación de la UE:** el artículo 15.5 de la Directiva de Retorno de la UE dice que la detención solo se mantendrá “durante el tiempo que se cumplan las condiciones establecidas en el párrafo 1 y sea **necesario para asegurar el éxito de la expulsión**”. Una de las condiciones del párrafo 1 es que “toda detención será por el período más breve posible y sólo se mantendrá mientras estén en curso las medidas de expulsión y se ejecuten con la debida diligencia”. El Artículo 15.5 también dice que el período

máximo de detención para los retornos es de 6 meses. La Directiva exige que los criterios para la existencia de un riesgo de fuga se definan por ley (Artículo 3.7). En la aplicación de la Directiva, algunos países de la UE disponen de una lista exhaustiva de situaciones que responden objetivamente a motivos de detención.<sup>71</sup>

**Malawi:** Las principales disposiciones que regulan la detención migratoria en Malawi se encuentran en la Ley de Inmigración de 1964 y el Reglamento de Inmigración de 1968. La Ley prevé la detención migratoria como medida administrativa en espera de su expulsión. No hay un límite máximo de tiempo para este tipo de detención, pero **las regulaciones especifican que debe ser “necesario” para organizar la expulsión, lo que debe hacerse en la primera oportunidad razonable.** Además, las personas pueden ser detenidas durante un máximo de 14 días para realizar controles de identidad.<sup>72</sup>

#### Consideraciones:

- Proporcionar factores y ejemplos de situaciones que puedan indicar motivos de detención, por ejemplo, un riesgo de fuga podría ayudar a los responsables de la toma de decisiones.
- Pero es importante no ser prescriptivo, ya que los indicadores deben evaluarse considerando el caso individual.<sup>73</sup>

### Debida diligencia

El principio de debida diligencia significa que cuando la detención se justifica por un motivo particular, las autoridades tienen el deber de llevar a cabo los procedimientos para ese fin con la debida diligencia y debe haber una posibilidad real y tangible de lograr ese fin. La mayoría de los ejemplos de leyes en esta categoría implican efectuar deportaciones, una práctica con la que IDC no está a favor. Sin embargo, es importante conocer las leyes que involucran todos estos principios relacionados con

el “último recurso” para evaluar eficazmente el riesgo y el potencial de incidencia utilizando estas normas en un determinado contexto.

**Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha encontrado que la detención migratoria solo puede justificarse mientras se estén llevando a cabo dichos procedimientos de deportación o extradición y si dichos procedimientos no se llevan a cabo con la debida diligencia, la detención dejará de ser admisible.<sup>74</sup>**

### Ejemplos de Legislación Nacional: Debida Diligencia

**Argentina:** La Ley Nacional de Migración (Artículo 70) aclara que en relación con la detención para evitar la fuga durante los procedimientos relacionados con las órdenes de expulsión que aún no son firmes (es decir, órdenes de expulsión con apelaciones pendientes), la solicitud de detención debe contener una “descripción



precisa de los factores que dan lugar a la situación, proporcionar pruebas documentales que las corroboren e indicar la duración requerida”.<sup>75</sup> La ley estipula además que cuando se acepta la solicitud de “retención”, “la autoridad de migración debe **presentar un informe al órgano judicial interviniente cada 10 días detallando el progreso del procedimiento administrativo, así como las razones que justifican mantener la medida de retención**”.<sup>76</sup>

**Unión Europea:** como se mencionó anteriormente, la Directiva de Retorno de la UE establece que la detención sólo puede “mantenerse mientras los arreglos de expulsión estén en curso y se ejecuten con la **debida diligencia**” (Artículo 15 (1)).

En **Sudáfrica**, “una persona puede ser detenida por motivos razonables de que es un extranjero ilegal por un período no superior a 48 horas, mientras se verifica su situación en virtud del artículo 41 (de la Ley de inmigración). El propósito de esta disposición es evitar detenciones y encarcelamientos ilegales y arbitrarios que duren más del límite prescrito de 48 horas”. Las Regulaciones de 2014 a la Ley de Inmigración<sup>77</sup> describen claramente **cómo los oficiales de migración deben llevar a cabo este deber:**

- «acceder a los documentos pertinentes que puedan estar fácilmente disponibles a este respecto;»
- «ponerse en contacto con familiares u otras personas que puedan probar dicha identidad y situación;»
- «acceder a los registros departamentales a este respecto», o
- «proporcionar los medios necesarios para que la persona obtenga los documentos que puedan confirmar su identidad y su condición.»<sup>78</sup>

## Proporcionalidad

Los criterios de proporcionalidad exigen que las autoridades lleven a cabo una evaluación que contraste la gravedad de la medida adoptada (la privación de libertad) con la importancia de la finalidad legítima perseguida.<sup>79</sup> Este

equilibrio incluye tener en cuenta los posibles efectos de la detención en la salud física y mental de la persona, las necesidades particulares de las personas y los miembros de sus familias y la situación de que se trate.<sup>80</sup>

## Ejemplo de Legislación: Proporcionalidad

En Alemania, los tribunales aplican el **principio general de proporcionalidad de la Constitución alemana para limitar el uso de la detención migratoria a efectos de expulsión**.<sup>81</sup> Esta ha sido la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal.<sup>82</sup> Por ejemplo, el Tribunal Superior de Düsseldorf decidió que la detención de una persona era ilegal en virtud de la regla general de proporcionalidad, porque la persona estaba dispuesta a regresar a Bélgica voluntariamente, lo que podría haberse facilitado como una opción de menor impacto en la persona y en el costo para las autoridades. El Tribunal declaró: “Esto corresponde al principio general de

que una orden de detención no puede emitirse únicamente sobre la base del cumplimiento de los requisitos formales de la Sección 62 (2), sino también que siempre debe observarse el requisito constitucional de proporcionalidad”.<sup>83</sup> Otros casos que aplican el principio de proporcionalidad se refieren a la limitación del período de detención al menor tiempo posible, a menudo debido a la falta de posibilidades o de medidas necesarias por parte de las autoridades para preparar la expulsión.<sup>84</sup>

### Todas las alternativas deben ser revisadas y descartadas

Un elemento central del requisito de que la detención migratoria solo se utilice como medida excepcional de último recurso es la obligación legal de los Estados de analizar y descartar todas las alternativas a la detención (ATD) antes de recurrir a la detención migratoria.<sup>85</sup> Esto ha sido reafirmado por varios órganos internacionales y regionales de derechos humanos.

El **Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria** ha declarado: “Se deben buscar alternativas a la detención para garantizar que se recurra a la detención como medida excepcional”.<sup>86</sup> El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de las Personas Migrantes ha declarado: “el derecho a la libertad y la seguridad de las personas”...obliga a los

Estados a considerar en primer lugar alternativas menos intrusivas a la detención migratoria.<sup>87</sup> El Comité contra la Tortura ha determinado que los Estados no pueden recurrir a la detención simplemente porque no consideran que existan medidas alternativas, sino que deben “examinar debidamente” y “agotar” todas las alternativas antes de recurrir a la detención.<sup>88</sup>

El **CMW** ha reafirmado que los Estados tienen la “obligación de revisar e implementar todas las medidas alternativas disponibles antes de recurrir a la detención, de conformidad con los principios de necesidad y proporcionalidad”.<sup>89</sup> El Comité establece que los Estados deben adoptar o enmendar la legislación nacional que prevé “alternativas compatibles con los derechos humanos”. Entiende como ATD: “todas las medidas de colocación comunitaria o soluciones de alojamiento no privativas de la libertad” que deben considerarse en el contexto de los procedimientos de detención con el objetivo de respetar los derechos humanos de las personas migrantes.<sup>90</sup> Las ATD deben respetar el derecho a la libertad personal y no crear restricciones o condiciones relacionadas, sino más bien “generar otros mecanismos y medidas legítimas en consonancia con las normas de derechos humanos”.<sup>91</sup>



En el **Pacto Mundial para la Migración (GCM)**, los Estados reiteraron las obligaciones existentes en materia de derechos humanos y proporcionaron orientación para ponerlas en práctica al comprometerse a: “Utilizar la detención migratoria solo como medida de último recurso y trabajar hacia alternativas”.<sup>92</sup> Los 164 gobiernos que adoptaron el GCM acordaron en el Objetivo 13: “priorizar las alternativas a la detención no privativas de la libertad que estén en consonancia con el derecho internacional” y “promover, implementar y ampliar las alternativas a la detención, favoreciendo medidas no privativas de la libertad y disposiciones de atención basados en la comunidad, especialmente en el caso de familias y niñas, niños y adolescentes”.<sup>93</sup> Del mismo modo, el **Pacto Mundial sobre los Refugiados** afirma que “también se apoyará el desarrollo de alternativas a la detención no privativas de libertad y basadas en la comunidad, en particular para niñas, niños y adolescentes”.<sup>94</sup>

Tras la adopción del Pacto Mundial, se estableció el **Grupo de Trabajo de la Red de las Naciones Unidas sobre Migración sobre la ATD**, encargado de promover y apoyar a los Estados para desarrollar y aplicar las ATD no privativas de libertad y basadas en los derechos humanos en el contexto de la migración, en consonancia con el Objetivo 13 del Pacto Mundial.<sup>95</sup> IDC co-lidera este Grupo de Trabajo, junto con UNICEF y ACNUR, y su membresía incluye representantes de organizaciones de la sociedad civil, comunidades de migrantes, jóvenes, gobiernos locales y agencias de la ONU que trabajan en la detención migratoria y las ATD en todo el mundo. Además de producir orientación normativa so-

bre ATD, incluso en respuesta a la pandemia de COVID-19<sup>96</sup> y sobre ejemplos de prácticas prometedoras de ATD,<sup>97</sup> una actividad clave emprendida por el Grupo de Trabajo sobre ATD ha sido la convocatoria de intercambios periódicos mundiales de aprendizaje entre pares patrocinados por gobiernos que defienden el Objetivo 13.<sup>98</sup> Estos intercambios de aprendizaje entre pares reúnen a gobiernos, agencias de la ONU y actores de la sociedad civil de todas las regiones del mundo y proporcionan un espacio para discutir experiencias con respecto a la implementación del Objetivo 13 del GCM, compartir desafíos e inquietudes, identificar prácticas prometedoras y explorar oportunidades para la cooperación continua de múltiples partes interesadas y enfoques de toda la sociedad.

A nivel regional, los **Principios Interamericanos establecen**: “La detención debe ser una medida de último recurso. Todas las alternativas a la detención deben ser exploradas”.<sup>99</sup> La **Corte Interamericana** ha declarado en el caso Vélez Loo c. Panamá que: “son arbitrarias aquellas políticas migratorias cuyo foco central es la detención obligatoria de personas migrantes irregulares, sin ordenar a las autoridades competentes que verifiquen en cada caso particular y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas para lograr los mismos fines”.<sup>100</sup>

En el **Plan de Acción de Brasil**, los gobiernos de América Latina y el Caribe: “Reconocen que la privación de libertad de niñas, niños y adolescentes migrantes en situación irregular, ordenada únicamente por esta razón, es arbitraria

y que, en consecuencia, debemos avanzar en la adopción de alternativas a la detención, destinadas a su prohibición, que promuevan su cuidado y bienestar con miras a su plena protección a la luz de sus vulnerabilidades particulares, teniendo en cuenta la Opinión Consultiva 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según corresponda”.<sup>101</sup> El Plan de Acción también incluye acciones para “diseñar normas y procedimientos operativos para introducir alternativas a la detención migratoria administrativa de solicitantes de asilo, en particular para niñas, niños y adolescentes acompañados y no acompañados”.<sup>102</sup>

En el **Diálogo sobre Migración para África Meridional (MIDSA)** de 2016,<sup>103</sup> quince países de África Meridional se comprometieron significativamente a “desarrollar e implementar” alternativas a la detención, así como a implementar planes de acción regionales y nacionales de MIDSA para supervisar el progreso. Los Estados son miembros de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo (SADC), el primer mecanismo subregional en África que se centra explícitamente en las alternativas como una forma de reducir la detención migratoria.<sup>104</sup>

La jurisprudencia del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** sobre la obligación de considerar alternativas a la detención se ha desarrollado en relación

con los casos de personas vulnerables, con especial énfasis en niñas, niños, adolescentes y personas solicitantes de asilo.<sup>105</sup> Numerosos otros órganos del Consejo de Europa han reiterado la obligación de los Estados de considerar y descartar alternativas a la detención migratoria en cada caso individual.<sup>106</sup> El principal órgano intergubernamental de derechos humanos del Consejo de Europa, la Comisión Directiva de Derechos Humanos, ha adoptado un “Análisis de los aspectos legales y prácticos de las alternativas a la detención efectivas en el contexto de la migración”<sup>107</sup> y una guía práctica sobre “Alternativas a la detención migratoria: promover resultados efectivos”.<sup>108</sup>

En Asia, a través de la Declaración de la **Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN)** sobre los Derechos del Niño en el Contexto de la Migración<sup>109</sup> y su Plan de Acción Regional adjunto,<sup>110</sup> los Estados han acordado que, con el fin de promover el interés superior del niño, trabajarán para desarrollar “procedimientos y alternativas eficaces a la detención de niñas, niños y adolescentes migrantes...y para garantizar, cuando sea posible, que los niños se mantengan junto con sus familias en un entorno limpio, seguro y sin privación de la libertad”.

## Ejemplos en la legislación nacional: obligación de revisar las alternativas a la detención

Varios Estados tienen disposiciones legales que exigen que las autoridades examinen ATD al considerar la detención migratoria.<sup>111</sup> Algunos sólo permiten la detención cuando las ATD han sido descartadas. En otros países, el uso de ATD es discrecional o se proporciona como un mecanismo para la liberación. Algunos países establecen las ATD específicas en la ley.

**Turquía:** en 2019, las enmiendas a la Ley de Extranjeros y Protección Internacional (LFIP) introdujeron por primera vez ATD específicas en la legislación turca. En relación con las personas solicitantes de protección internacional: el Artículo 68 (3), del LFIP exige una evaluación individualizada de la necesidad de la detención. Declara que “Las **governaciones pueden determinar alternativas a la detención administrativa**. Cuando tales medidas no sean suficientes, se aplicará la detención administrativa.” En términos de detención previa a la expulsión, el artículo 57(A) del **LFIP enumera siete ATD específicas:** residencia en una dirección específica, trabajo voluntario por el bien público, deberes de comparecencia, retorno basado en la familia, asesoría para el retorno, garantías financieras y monitoreo electrónico.<sup>112</sup> Se debe tener en cuenta que IDC considera que las formas intrusivas de monitoreo electrónico son detenciones de facto y no ATD basadas en derechos.

**La legislación de la UE** sólo permite la detención migratoria cuando otras **medidas suficientes pero menos coercitivas no se pueden aplicar de manera efectiva en un caso específico.**<sup>113</sup> Los Estados miembros de la UE están obligados a aplicar esta disposición en la legislación nacional, y todos los Estados miembros tienen ahora el concepto de ATD en la legislación.<sup>114</sup> El **Tribunal de Justicia de la Unión Europea** (TJUE) ha dejado claro que la detención migratoria sólo puede utilizarse (ya sea a efectos de expulsión o durante el procedimiento de asilo) cuando, sobre la base de una evaluación individual, resulte necesaria y si no pueden aplicarse eficazmente otras medidas alternativas menos coercitivas.<sup>115</sup> El Tribunal ha declarado además que la legislación nacional debe prever las normas relativas a las alternativas a la detención y que los tribunales nacionales deben poder ordenar alternativas a la detención.<sup>116</sup>

En **Portugal**, una persona extranjera no puede ser detenida únicamente por su solicitud de protección internacional. Además, la decisión de detener debe basarse en una evaluación individual y **sólo puede adoptarse si no se dispone de otras alternativas no coercitivas**. Las alternativas no coercitivas descritas en la ley incluyen una fianza y la comparecencia ante las autoridades. La vigilancia electrónica y el arresto domiciliario también se establecen como “medidas alternativas”.<sup>117</sup>

**Hong Kong**, la Sección 36 de la **Ordenanza de Migración estipula que el “reconocimiento” es una ATD**. Al determinar si detener a alguien o liberarlo por reconocimiento, los funcionarios de política y migración consideran una serie de factores que incluyen si 1) liberar a esa persona crearía un riesgo para la seguridad pública, 2) es probable que huya, 3) tiene una conexión cercana o un lugar fijo de residencia en Hong Kong, y 4) su identidad se ha establecido satisfactoriamente.<sup>118</sup>

**Consideraciones:**

- La obligación de descartar alternativas antes de aplicar la detención es más fuerte que el simple requisito de considerarlas, lo que no cumpliría con las normas internacionales sobre el principio de “último recurso”.
- Cuando las ATD se enumeran en la ley, tienden a estar “basadas en la aplicación” en lugar de basarse en la participación y los derechos.<sup>119</sup> Estas ATD se extraen comúnmente del campo de la justicia penal (por ejemplo, comparecencias periódicas ante las autoridades y vigilancia electrónica) y se utilizan como una extensión de las políticas migratorias coercitivas que criminalizan a las personas migrantes.<sup>120</sup> El CMW afirma que tales ATD “a menudo son excesivamente restrictivas y no son apropiadas en el contexto de la migración”.<sup>121</sup>
- Cuando las alternativas no están enumeradas en la ley, puede ser difícil para los jueces verificar que las autoridades hayan cumplido con la obligación de considerarlas.
- A pesar de ser una obligación legal, las autoridades a menudo no consideran alternativas en la práctica.

**El menor tiempo posible**

La detención migratoria sólo se justifica por el menor tiempo posible, y no más de lo absolutamente necesario para lograr el objetivo legítimo del Estado. El período máximo permitido para la detención migratoria debe establecerse en la ley, y la detención indefinida de personas es arbitraria.<sup>122</sup> Debe haber una revisión rápida y regular por parte de un juzgado o tribunal independiente e imparcial para garantizar que la detención siga siendo una medida necesaria.<sup>123</sup>

El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha afirmado que cuando existen obstáculos para identificar o expulsar a una persona que no son atribuibles a la persona, la persona debe ser liberada para evitar una detención potencialmente indefinida que sería arbitraria.<sup>124</sup> El principio de proporcionalidad exige que la detención tenga un objetivo legítimo, que no existiría si ya no hubiera una perspectiva real y tangible de expulsión.<sup>125</sup> Las Directrices de Detención del ACNUR reafirman que “la detención indefinida es arbitraria y los límites máximos de detención deben establecerse en la ley” (Directriz 6).

**Ejemplo en la legislación nacional: el tiempo más corto posible**

**Argentina**, el Artículo 70 de la Ley Nacional de Migración establece que en todos los casos, **la duración de la detención “no podrá exceder de lo estrictamente necesario para efectuar la expulsión del extranjero”**.<sup>126</sup>

**Unión Europea**, la Directiva sobre el Retorno de la **Unión Europea** establece que “toda detención se efectuará durante el **período más breve posible** y solo se mantendrá mientras estén en curso las medidas de expulsión y se ejecuten con la debida diligencia” (Artículo 15, (1))

## b) ¿Qué repercusiones ha tenido el principio del “último recurso” en las prácticas de detención?

A pesar de las normas y orientaciones internacionales de que 1) los Estados deben eliminar gradualmente la detención migratoria, 2) la detención está prohibida en relación con ciertos grupos/circunstancias y 3) cuando se utiliza, la detención solo debe ser una medida excepcional de último recurso, sigue existiendo una tendencia hacia que los Estados utilicen la detención migratoria como un método generalizado de gestión de la migración y para castigar y criminalizar la migración.

Al mismo tiempo, existen diferencias significativas entre regiones y países en cuanto a la aplicación del principio de “último recurso” en la legislación y en la práctica. En América del Sur, la mayoría de los países no prevén la detención migratoria en la ley y en la práctica, o está específicamente prohibida o limitada a una medida excepcional<sup>127</sup> y la detención migratoria rara vez se usa en la práctica, o no se usa en absoluto.<sup>128</sup> En Europa, varios países han incorporado la norma de “último recurso” a la legislación, en particular los miembros de la Unión Europea que están obligados a transponer la legislación de la UE. Sin embargo, la detención migratoria sigue estando muy extendida en Europa y, en particular, en la UE.<sup>129</sup>

En numerosos países de otras partes del mundo, la legislación no aplica la norma del “último recurso” y las autoridades tienen discreción para aplicar la detención migratoria, que en algunos casos también puede ser una medida penal. En la práctica, en Asia y el Pacífico se utiliza ampliamente la detención

arbitraria, y muchos países la utilizan como medida de facto, en algunos casos de manera obligatoria y/o indefinida, como en Australia.<sup>130</sup> En Oriente Medio y el norte de África, la criminalización y la detención arbitraria de las personas migrantes, en particular de las personas en situación irregular, es una preocupación clave.<sup>131</sup> En África, si bien la mayoría de los estados no detienen a los extranjeros en primera instancia, la criminalización y la securitización de la migración, así como el desprecio por las leyes que regulan la migración, significan que las personas son detenidas arbitrariamente.<sup>132</sup> En varios países africanos, la detención migratoria se aplica comúnmente como una pena de derecho penal en lugar de una medida administrativa. En América del Norte, la detención migratoria ha conservado su carácter obligatorio y se sigue utilizando en primera instancia.<sup>133</sup>

Cuando los Estados han incorporado elementos del principio del “último recurso” en la legislación nacional, esto parece estar relacionado con la práctica positiva de limitar la detención migratoria en algunos casos. Sin embargo, está claro que tener esta obligación en la legislación nacional no reduce automáticamente el uso de la detención migratoria ni significa que las autoridades solo la utilicen excepcionalmente (como se ve en la UE), y ciertamente no elimina por completo la detención migratoria. Hay muchos factores y brechas que influyen en cómo y en qué medida el estándar de “último recurso” se implementa en la práctica.

## Impactos positivos

Hay países que han incorporado elementos del principio de que la detención sólo debe ser una “medida excepcional de último recurso” en la legislación y rara vez utilizan la detención migratoria. Por ejemplo, en Argentina, la legislación establece que en los casos de irregularidad, la libertad es la norma y la detención para la deportación es una medida excepcional, que sólo puede ser ordenada por un juez una vez que se hayan agotado todos los recursos administrativos y judiciales contra la deportación y con el fin de hacer cumplir esa decisión.<sup>134</sup> A pesar de la adopción de algunas medidas regresivas en 2016 y 2017, la detención migratoria todavía se aplica rara vez “reflejando una tendencia común en la mayoría de los países de América del Sur, donde históricamente no se ha dado gran importancia a la detención y deportación<sup>135</sup>”.

El principio del último recurso a veces ha contribuido a la reducción de la detención en contextos en los que los tribunales han podido ejercer una supervisión judicial efectiva de las decisiones de privar a las personas migrantes de su libertad. En Europa, las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han llevado a los Estados a cambiar las leyes, políticas y prácticas de detención migratoria para restringir el uso de la detención.<sup>136</sup> A nivel nacional, en países como Alemania, Brasil y Chile, los tribunales han contribuido a limitar el uso de la detención migratoria.<sup>137</sup> Por ejemplo, se ha señalado que, en Chile, “los Tribunales de Justicia han contribuido a restringir el uso de la detención en casos de expulsión. En una decisión crítica, se afirmó que la detención es

una medida excepcional destinada a hacer cumplir una orden de deportación después de agotar los recursos y con una duración máxima de 24 horas”.<sup>138</sup> Así pues, la independencia judicial, la cultura y la capacidad de aplicar normas en casos individuales de detención migratoria parecen ser factores importantes para la aplicación del principio de “último recurso”.

Además, los agentes de la sociedad civil de diferentes países reiteran que el principio del último recurso es útil como base para la incidencia y la labor jurídica en casos individuales, ya que puede utilizarse para proteger a las personas de la detención arbitraria y garantizar su liberación.



## Brechas en la implementación

Al mismo tiempo, consagrar el principio de “último recurso” en la legislación no garantiza su aplicación en la práctica ni conduce necesariamente a poner fin a la detención migratoria. Las fuentes consultadas para esta investigación indicaron que los impulsores de la detención son a menudo políticos, y las políticas gubernamentales tienden a tener más impacto en la toma de decisiones de



los oficiales que las normas legales, especialmente cuando los tribunales no hacen cumplir las normas. En general, se necesita incidencia para abordar los impulsores de la detención migratoria y generar la voluntad política para que los gobiernos la eliminen de forma gradual y sistemática.

Incluso cuando los elementos del principio de “último recurso” están consagrados en la ley, las autoridades de implementación a menudo interpretan los motivos de detención de manera amplia, por ejemplo, considerando que no tener documentos válidos constituye un riesgo de “fuga”, o que las personas indocumentadas generalmente representan un riesgo de seguridad que justifica la detención, lo que hace que el principio de último recurso sea ineficaz. Los gobiernos a veces utilizan ajustes técnicos legislativos/políticos para ampliar los motivos de detención migratoria, mientras que el principio de “último recurso” parece observarse.

La corrupción y los intereses creados también obstaculizan los procesos administrativos adecuados y perpetúan las prácticas de detención migratoria. Algunos gobiernos usan eufemismos y sitios no oficiales para la detención migratoria para evitar limitaciones legales y supervisión (por ejemplo, puntos críticos, residencia, refugio, hoteles, cuarteles). Además, los gobiernos están utilizando cada vez más las tecnologías digitales en la gestión de la migración, lo que puede implicar riesgos considerables, restricciones a la libertad y la libre circulación en la práctica.<sup>139</sup> En algunos casos, el uso de tecnologías conduce a la detención *de facto*, por ejemplo, en el caso del monitoreo electrónico.<sup>140</sup>

En términos de capacidad y brechas en la implementación técnica, muchos países no tienen procesos de selección y evaluación, y los oficiales de primera línea carecen de capacidad para tomar decisiones individualizadas sobre la colocación. La falta de comunicación entre las instituciones gubernamentales con diferentes responsabilidades e información sobre las personas puede obstaculizar la toma de decisiones informadas. Como se mencionó anteriormente, la falta de supervisión judicial efectiva, capacidad e independencia puede significar que los jueces no apliquen normas o proporcionen razonamiento en las decisiones individuales, aprobando automáticamente las decisiones gubernamentales.

Incluso cuando existe la obligación de buscar ATD en la ley, a menudo hay una falta de comprensión, inversión y disponibilidad de ATD comunitarias que realmente trabajan para respetar los derechos de las personas, mantener a las personas involucradas, avanzar en los casos y conducir a la resolución de casos.<sup>141</sup> Los programas piloto pueden probar nuevos enfoques, pero a menudo son a pequeña escala y no se extienden o amplían. En este sentido, los gobiernos pueden decir que están considerando ATD, pero esta consideración no tiene lugar en la mayoría de los casos y no necesariamente conduce a la reducción de la detención migratoria en la práctica. Cuando las ATD no están enumeradas en la legislación, puede ser difícil para los jueces verificar si las autoridades han cumplido con su obligación de considerarlas y descartarlas.

### c) Factores que apoyan el principio del “último recurso” en la práctica

La membresía y socios de IDC han destacado los siguientes factores clave que pueden apoyar la implementación del principio de “último recurso” en la práctica.<sup>142</sup> La tabla también proporcio-

na ejemplos de acciones de la sociedad civil tomadas para fortalecer estos elementos como una forma de trabajar para reducir y poner fin a la detención migratoria en esos contextos.

Factores que sustentan el principio del último recurso en la práctica	Ejemplo de acción de la sociedad civil
<p><b>Voluntad política</b></p> <p>Hay voluntad política para alejarse o reducir el uso de la detención migratoria. Los gobiernos encuentran otras formas de abordar la irregularidad (regularización, ATD) y/o aceptar poblaciones irregulares. Esto podría vincularse a enfoques de gestión de la migración que prioricen los derechos y la protección de manera más amplia.</p> <p>En <b>América del Sur</b>, varios gobiernos han demostrado voluntad política para priorizar los derechos en sus respuestas a la migración, en lugar de la aplicación de la ley y la detención migratoria, por ejemplo, en Colombia, Ecuador y Uruguay.<sup>143</sup> Para IDC, los países que no utilizan la detención migratoria en absoluto demuestran las mejores prácticas y son la última fuente de inspiración para trabajar para reducir y poner fin a la detención migratoria</p>	<p><b>Movilización de la sociedad civil para construir voluntad política</b></p> <p>En el <b>Reino Unido</b>, la <b>movilización sostenida de la sociedad civil y la colaboración</b> para deslegitimar el uso de la detención durante 10 años llevaron al gobierno a alejarse del uso de la detención migratoria y explorar ATD. “Activistas, organizaciones benéficas, grupos religiosos, abogados, personas, instituciones y (crucialmente) personas migrantes con experiencia propia de la detención colaboraron estratégicamente durante muchos años para transformar el debate político.” “Contaron una historia consistente y convincente sobre la injusticia de la detención indefinida y la necesidad de un límite de tiempo” y “tuvieron éxito tanto en <b>hacer de la detención un problema político</b> como en <b>establecer la narrativa</b> para que otros actores la sigan”.<sup>144</sup></p>

Factores que sustentan el principio del último recurso en la práctica	Ejemplo de acción de la sociedad civil
<p><b>Supervisión judicial eficaz</b></p> <p>Los jueces y juezas que participan en las decisiones entienden las normas y están dispuestos a aplicarlas independientemente de las autoridades. A menudo, los jueces y juezas no son expertos en migración o derecho de asilo y tienen poca comprensión sobre lo que el principio de “último recurso” o sus elementos implican en la práctica. A veces, las personas juzgadoras sellan las decisiones de las autoridades de detener a las personas, haciendo que el principio de “último recurso” sea ineficaz.</p>	<p><b>Litigio estratégico</b></p> <p>En la <b>República de Corea</b>, los abogados han presentado un caso sobre la necesidad de un límite de tiempo y la supervisión judicial de las decisiones de detención migratoria. Este caso está siendo actualmente examinado por el Tribunal Constitucional.</p> <p><b>Capacitación y sensibilización de los jueces y juezas</b></p> <p>En <b>Bulgaria</b>, las ONG quieren llevar a las personas juzgadoras a visitar los llamados “campamentos” para que los jueces puedan ver la realidad y comprender lo que implica la privación de libertad.</p> <p>En <b>Polonia</b>, la Asociación para la Intervención Legal (SIP) ve un impacto directo a través de la capacitación de las personas juzgadoras sobre las normas legales de la detención migratoria, incluido el principio de “último recurso”: los jueces y juezas que han sido capacitados están siendo más estrictos con respecto a las decisiones de detención migratoria.</p>
<p><b>Representación legal</b></p> <p>Asegurar que las personas en riesgo de detención migratoria tengan acceso a representación legal puede mejorar las decisiones judiciales y la aplicación del principio de “último recurso”, particularmente cuando los jueces carecen de experiencia en esta área del derecho.</p>	<p><b>Solicitar representación legal gratuita</b></p> <p>En <b>Alemania</b>, actualmente existe un acceso muy limitado a la asistencia jurídica gratuita para las personas en procedimientos judiciales relacionados con la detención migratoria. Para abordar esta brecha, las ONG han presentado propuestas de política para garantizar, en todos los casos, la representación legal en tales procedimientos, como una forma de reducir la detención arbitraria y garantizar mejor que la detención migratoria solo se utilice como medida excepcional de último recurso.<sup>145</sup></p>

Factores que sustentan el principio del último recurso en la práctica	Ejemplo de acción de la sociedad civil
<p><b>Mecanismos de selección y evaluación</b></p> <p>Estos mecanismos están establecidos para la toma de decisiones individualizada adecuada tan pronto como sea posible y antes de la detención. A menudo, la falta de identificación y evaluación individualizadas significa decisiones generales o generalizadas sobre la necesidad de detener, en contra del principio de “último recurso”.</p>	<p><b>Soporte técnico para mejorar la identificación</b></p> <p>En <b>Chipre</b>, el Consejo de Refugiados de Chipre (CyRC) desarrolló y utilizó una herramienta de identificación de vulnerabilidades dentro de su proyecto piloto de ATD para la gestión de casos.<sup>146</sup> El Servicio de Asilo de Chipre adoptó una versión adaptada de la herramienta, que actualmente se está utilizando para la identificación conjunta de la vulnerabilidad en el Primer Centro de Recepción por parte de las autoridades (CODECA), ACNUR y CyRC bajo la supervisión de la Agencia de Asilo de la Unión Europea.</p>
<p><b>Los oficiales de primera línea tienen la capacidad</b> de tomar decisiones apropiadas sobre la colocación y la gestión de las personas.</p>	<p><b>Fomento de la capacidad de los oficiales de primera línea</b></p> <p>En <b>Bulgaria</b>, el Centre for Legal Aid - Voice in Bulgaria ha estado trabajando durante varios años con oficiales de primera línea, desarrollando su capacidad y sensibilidad con respecto a la toma de decisiones individuales. Los oficiales de primera línea tienden a tener más longevidad, mientras que los políticos y los oficiales de nivel superior cambian. CLA está viendo progresos en términos de la capacidad de los oficiales de primera línea para tomar decisiones individualizadas sobre la necesidad de detener, y está desarrollando un protocolo (manual) para que los oficiales apoyen en la toma de decisiones.</p>

Factores que sustentan el principio del último recurso en la práctica	Ejemplo de acción de la sociedad civil
<p><b>Existen alternativas a la detención</b> que ofrecen a los funcionarios una opción viable para garantizar que las personas sigan participando y para hacer avanzar los casos. IDC cree que la <b>adhesión a los siguientes principios</b> asegurará que las ATD contribuyan a reducir y poner fin a la detención migratoria.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Las ATD deben respetar <b>los derechos humanos</b></li> <li>• Las ATD debe utilizar un <b>enfoque interseccional</b></li> <li>• Las ATD <b>no deben crear nuevos daños</b></li> <li>• Las ATD deben <b>reducir la detención migratoria</b></li> <li>• Las ATD debe basarse en el <b>diálogo y la participación, no en la aplicación</b></li> <li>• Las ATD deben involucrar un <b>apoyo holístico</b></li> </ul> <p>A menudo, existe una <b>falta de disponibilidad o comprensión</b> con respecto a las ATD comunitarias entre las autoridades y los jueces, que es una de las razones por las que los responsables de la toma de decisiones recurren a la detención.</p>	<p><b>Incidencia de ATD y programas piloto</b></p> <p>La <b>Red Europea de Alternativas a la Detención (EATDN)</b> reúne a organizaciones de la sociedad civil que implementan ATD basadas en la gestión de casos en ocho países europeos (<b>Bélgica, Bulgaria, Chipre, Grecia, Italia, Polonia, España y el Reino Unido</b>), en asociación con organizaciones regionales e internacionales. La Red tiene como objetivo crear un cambio a nivel sistémico de los sistemas de gestión de la migración basados en la aplicación de la ley que dependen de la detención, a la promoción de ATD comunitarias. En última instancia, el objetivo de EATDN es reducir y, finalmente, poner fin al uso de la detención migratoria.</p> <p>Para obtener más información sobre el uso de ATD como estrategia de cambio sistémico, ver el documento de posicionamiento de IDC.<sup>147</sup></p>

Factores que sustentan el principio del último recurso en la práctica	Ejemplo de acción de la sociedad civil
<p><b>Enfoque de todo el gobierno y toda la sociedad</b></p> <p>La comunicación y coordinación adecuadas entre las instituciones y los actores involucrados en el caso de una persona pueden garantizar que las decisiones se tomen con toda la información relevante. A menudo, las instituciones no comparten información, lo que significa que las autoridades de toma de decisiones carecen de una imagen completa de la situación de la persona.</p>	<p><b>Apoyo al enfoque de todo el gobierno y toda la sociedad</b></p> <p>En <b>Tailandia</b>, la sociedad civil apoyó al Gobierno en la elaboración de una política sobre ATD para niñas, niños, adolescentes y familias. En virtud de un memorando de entendimiento firmado por siete agencias gubernamentales en 2019, Tailandia ha comenzado a liberar a niñas, niños, adolescentes y madres de la detención migratoria. La implementación de los procedimientos operativos estándar (SOP) adoptados en 2020 prevé la comunicación interinstitucional a través del establecimiento de un <b>Grupo de Trabajo Multidisciplinario (MWG)</b>, compuesto por oficiales de migración, funcionarios competentes en virtud de la Ley de Protección Infantil de 2003 y representantes del ACNUR, UNICEF y OIM. El MWG debe considerar las ATD y desarrollar un <b>plan de atención individual</b> para cada niña, niño y adolescente, y coordinar con los proveedores de servicios relevantes para implementar el plan de atención.<sup>148</sup></p> <p>En México, IDC junto con sus socios cercanos como el Instituto para las Mujeres en la Migración (IMUMI), Asylum Access México y Kids in Need of Defense (KIND) trabajan en conjunto como un consorcio para apoyar el desarrollo, adaptación e implementación de la Ruta de Protección Integral para Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes. El consorcio ha priorizado la capacitación para las autoridades locales de protección infantil en los estados fronterizos del sur de Veracruz, Chiapas y Tabasco, así como la asesoría técnica para establecer comisiones y grupos de trabajo con múltiples actores interesados y Rutas de Protección Integral estatales y municipales para su implementación. El consorcio también ha facilitado eventos de aprendizaje entre pares que apoyan la coordinación entre las partes interesadas y una toma de decisiones más informada.<sup>149</sup></p>

Factores que sustentan el principio del último recurso en la práctica	Ejemplo de acción de la sociedad civil
<p><b>Último recurso legal y legislación de aplicación concreta</b></p> <p>Las normas específicas están establecidas en la ley. Los reglamentos de aplicación también pueden proporcionar orientación concreta a las autoridades sobre cómo aplicarla. Por ejemplo, esto podría incluir factores a considerar en términos de si la detención es necesaria para cumplir un objetivo determinado; o qué ATD están disponibles y deben descartarse antes de la detención. En algunos contextos, la cultura administrativa significa que las autoridades solo aplicarán lo que está escrito en la ley. También puede ayudar a los jueces y juezas a supervisar si las autoridades cumplen con los requisitos.</p>	<p><b>Incidencia para el fortalecimiento de las normas jurídicas</b></p> <p>En <b>México</b>, un grupo de trabajo de incidencia de la sociedad civil está abogando por la inclusión de estándares legales específicos con respecto a la detención en la legislación que regula la migración y el asilo.</p>

## 4. Utilizar el principio del “último recurso” en la incidencia de la sociedad civil

### a) Mapeo de diferentes enfoques de la sociedad civil relacionados con el uso del principio de “último recurso” en la incidencia

Para garantizar un ecosistema de cambio saludable y vibrante, son absolutamente necesarios diversos enfoques de una variedad de actores en el movimiento para poner fin a la detención migratoria. Como un sector diverso, la sociedad civil a menudo emprende una serie de estrategias, implementando múltiples enfoques simultáneamente.

Esto incluye enfoques de incidencia que pueden o no utilizar el principio de “detención migratoria como medida excepcional de último recurso” explícita o implícitamente y en diferentes momentos, como se describe en esta sección. Estos enfoques no son exclusivos entre

sí, a menudo existen en un espectro, y pueden y se complementan entre sí en muchos contextos.

Dado que los entornos de incidencia cambian constantemente, las estrategias de la sociedad civil también deben adaptarse para responder a los riesgos y oportunidades que surgen recientemente. Si bien podría ser útil utilizar el principio de “último recurso” en un momento determinado, puede ser efectivo pasar a otros enfoques a medida que avanzamos en nuestra teoría del cambio hacia el fin de la detención migratoria por completo.



## Centrarse en poner fin a la detención migratoria, incluyendo para ciertos grupos

Tales campañas de incidencia se centran en poner fin a la detención migratoria sin usar el argumento del “último recurso”. Estos esfuerzos y campañas pueden ser nacionales o locales e incluyen aquellos que buscan aumentar la presión o persuadir a los gobiernos para que introduzcan prohibiciones sobre la detención migratoria en la ley o la política, cierren los centros de detención migratoria y/o dejen de detener a grupos específicos de personas en la práctica.

Los exitosos esfuerzos conjuntos de la sociedad civil en **México**, junto con la participación del gobierno por parte de las agencias de la ONU, resultaron en la prohibición de la detención de niñas, niños y adolescentes migrantes por parte del Congreso de México en 2020. Con el objetivo de poner fin a la detención migratoria de niñas, niños y adolescentes y prever un marco y una práctica alternativos, IDC y su membresía y socios desempeñaron un papel fundamental a través de una serie de diversas estrategias de incidencia, incluida la labor de campaña nacional y mundial, la incidencia regional y mundial, la asistencia técnica para poner a prueba ATD y desarrollar un protocolo nacional, así como la capacitación y el compromiso con los legisladores.

En **Bélgica**, una plataforma de organizaciones de derechos de la niñez coordinó una campaña nacional para poner fin a la detención de niñas, niños y adolescentes migrantes:<sup>150</sup> *“Queríamos que la campaña tuviera un mensaje simple que pudiera apelar a los valores fundamentales de las personas. Así es como elegimos nuestro eslogan de campaña “No encierras a un niño. Punto.”*<sup>151</sup>

En el **Reino Unido**, una campaña local se centró en el cierre del centro de detención migratoria cerca de Oxford.<sup>152</sup>

## Utilizar el “principio del último recurso” en la incidencia

Esto implica utilizar el estándar de protección de “detención migratoria como medida de último recurso” explícita o implícitamente para apoyar el cambio incremental hacia la reducción de la detención migratoria, que tiene el potencial de apoyar los esfuerzos en curso para poner fin a la detención migratoria por completo.

Esto incluye una variedad de enfoques: desde aquellos en los que la aplicación del principio de “último recurso” es una exigencia central, hasta aquellos en los que se utiliza como parte (no necesariamente el componente principal o más

visible) de una estrategia más amplia, por ejemplo, dentro de una narrativa o como premisa para el cambio sistémico, estos enfoques también pueden combinarse.

Como una **exigencia explícita de incidencia** (para introducir/implementar), por ejemplo:

- Abogar por una legislación que consagre el “principio del último recurso” en la legislación nacional
- Pedir al gobierno que garantice que la detención solo se utilice como medida de último recurso

Como un **estándar legal existente para apalancar** o apoyar, por ejemplo:

- Medidas legales para prevenir la detención arbitraria en casos individuales
- Litigios estratégicos para influir en la política y reducir el uso de la detención por parte del gobierno
- Creación de capacidades y asesoría técnica para garantizar que

el principio de “último recurso” se aplique mejor en la práctica

**Como premisa** para incidir en cambios sistémicos más amplios para reducir y, en última instancia, poner fin a la detención migratoria.

La Red Europea ATD utiliza el principio de “último recurso” en su incidencia de ATD como estrategia del cambio sistémico para poner fin a la detención migratoria. Un miembro de EATDN explica: *“Es un estándar clave, algo imprescindible, incluso si no se implementa correctamente en la práctica, es algo un punto de apoyo. Lo usamos principalmente en nuestro trabajo legal, pero también como premisa y argumento en nuestra incidencia y documentos. No es solo un concepto político, sino un concepto legal, lo cual es importante porque tiene una definición y criterios estrictos para ser aplicados.”* Diana Radoslavova, Centre for Legal Aid - Voice in Bulgaria.

En Tailandia, IDC participa en los esfuerzos en curso con la Coalición por los Derechos de las Personas Refugiadas y Apátridas (CRSP) para desarrollar e implementar el Memorando de Entendimiento de ATD para poner fin a la detención de niñas, niños y adolescentes migrantes. Esto ha implicado la incidencia directa con el gobierno tailandés y la creación de una comunidad de práctica en Tailandia. Estos esfuerzos han resultado en más de 300 niñas, niños, adolescentes y madres liberados de la detención migratoria. *“Sin el principio del ‘último recurso’, no habríamos podido lograr la aceptación del gobierno para la propuesta de las organizaciones de la sociedad civil sobre el MOU-ATD para la liberación de niñas, niños y adolescentes.”* Mic Chawaratt, Gerente del Programa del Sudeste Asiático, IDC..

Del mismo modo, el recientemente establecido Grupo de Acción por la No Detención de Personas Refugiadas de México está incidiendo actualmente por poner fin a la detención de personas solicitantes de asilo, equilibrando una estrategia basada en principios y soluciones dirigida a la reforma legislativa y política. El grupo de trabajo, codirigido por IDC y Asylum Access México, está considerando una variedad de estrategias en su diálogo y participación con los legisladores y los responsables políticos, incluidos los principios de “último recurso” y “excepcionalidad”. Estos se complementan con otras iniciativas, como campañas en las redes sociales y visitas múltiples a centros de detención clave en las regiones fronterizas.

### **Trabajar para reducir la detención migratoria (sin usar el estándar de “último recurso”)**

Trabajando prácticamente para reducir la detención migratoria, dejando espacio a los gobiernos para usar la detención migratoria sin hacer referencia al argumento del “último recurso” en contextos restrictivos donde otros métodos tienen pocas posibilidades de éxito.

IDC está trabajando en Malasia con End Child Detention Network (ECDN) y se ha establecido una comunidad de práctica para incidir por ATD para los niñas, niños y

adolescentes. Los esfuerzos han dado como resultado que el Gabinete de Malasia apruebe un proyecto piloto de ATD para menores no acompañados que aún no se ha implementado. *“La Coalición tiene como objetivo poner fin a la detención de niñas, niños y adolescentes migrantes, pero en nuestras discusiones con el gobierno nos centramos en ATD para reducir la detención de niñas, niños y adolescentes como un paso alcanzable. Nuestro mensaje clave es: ¡comencemos el programa piloto de ATD y aprendamos y adaptemos en el camino!”* - Hannah Jambunathan, organizadora de la comunidad y la participación - Malasia, IDC.

### **Usar el “último recurso” como parte de una estrategia a largo plazo para poner fin a la detención migratoria**

Dependiendo del contexto, trabajar para poner fin a la detención y al principio de “último recurso” no es necesariamente mutuamente excluyente. Las campañas de la sociedad civil a veces optan por vincular los dos: poner fin a la detención migratoria, incluso de ciertos grupos, podría ser un objetivo final, mientras que trabajar para reducir la detención a una medida excepcional, incluso mediante el aprovechamiento del principio de “último recurso”, podría

ser un mensaje de incidencia o un paso provisional, como parte de un proceso incremental de cambio.

Del mismo modo, dentro del sistema internacional de derechos humanos, los mecanismos de derechos humanos recomiendan que los Estados trabajen para poner fin gradualmente a la detención migratoria, al tiempo que establecen la obligación legal de que cuando los Estados todavía detienen a personas por razones relacionadas con la migración, esto es solo como una medida excepcional de último recurso.

### **Italia: “Último recurso” para catalizar un proceso hacia poner fin a la detención migratoria**

En su artículo de 2020 [“It is time to stand up against migrant detention”](#), dos activistas experimentados que trabajan para poner fin a la detención migratoria en Italia pidieron al gobierno italiano que: 1) suspenda la apertura de nuevos centros de detención migratoria y la expansión de la industria de detención italiana y 2) vuelva a interpretar la legislación de Italia y de la UE y considere la detención migratoria como una medida de último recurso. Los autores escribieron: *“Creemos que, al hacer de la detención una medida de último recurso, se podría iniciar un proceso que eventualmente vería el fin de la detención en Italia. Esto eliminaría el confinamiento innecesario y cruel en lo que podemos describir como “prisiones étnicas”*.<sup>153</sup>

En la práctica, la sociedad civil a menudo utiliza enfoques multifacéticos y los actores deben decidir, con sus comunidades y de acuerdo con las realidades locales, qué funcionará mejor y será alcanzable en su contexto y cuáles son los resultados finales. Además, los grupos dirigidos por personas migrantes y refugiadas, en particular los líderes con experiencia propia de la detención, deben recibir apoyo y centrarse en estas decisiones estratégicas, ya que son

ellos los que impulsan el cambio sobre el terreno, y comprenden mejor los desafíos que enfrentan sus comunidades, las realidades y los impactos de la detención migratoria, así como las posibles soluciones. En la experiencia de algunos miembros de IDC, la incidencia puede ser más efectiva cuando los actores de la sociedad civil que utilizan diversos enfoques se coordinan entre sí hacia objetivos compartidos.

### **Acción legal e incidencia en la República de Corea**

La detención migratoria es un problema relativamente reciente en la República de Corea y dos preocupaciones clave son la falta de revisión judicial y el hecho de que las personas pueden ser detenidas indefinidamente. Un grupo de abogados ha presentado un caso sobre estas dos cuestiones, que actualmente se está examinando en el Tribunal Constitucional. Como abogados, tratan de trabajar con la ley y los procedimientos judiciales para lograr un cambio en la detención migratoria. Aunque no aparece explícitamente en el caso, existe un consenso entre los abogados que trabajan en el caso de que la detención migratoria sólo debe usarse como una medida excepcional de último recurso.

En términos de incidencia sobre detención migratoria, los actores de la sociedad civil en la República de Corea han tendido a centrarse en lo que es posible y en cuestiones apremiantes donde los responsables de la toma de decisiones tienen más probabilidades de escuchar. Por ejemplo, en el pasado, las ONG hicieron propuestas para reformar la ley para poner fin a la detención de niñas, niños y adolescentes migrantes, introducir un límite de tiempo para la detención, garantizar el debido proceso y el principio de “último recurso”. Durante el período de la 20ª Asamblea Nacional (2016-2020), la propuesta de “último recurso” tuvo menos impacto en términos de incidencia, ya que no fue abordada por los miembros de la Asamblea como algunos de los otros temas.

Hasta la fecha, el discurso de la sociedad civil ha tendido a centrarse en garantizar el principio de “último recurso” para limitar la detención, pero recientemente hay voces que piden poner fin a la detención migratoria por completo: actores con diferentes enfoques se respetan y trabajan juntos. Las ONG de derechos de las personas migrantes también han destacado la necesidad de trabajar en otros temas que afectan la vida cotidiana de las comunidades de personas migrantes, incluida la situación de las personas que son liberadas o las que no están detenidas, pero no pueden trabajar, o las personas que no pueden ser deportadas por diversas razones. Es fundamental incidir para garantizar que todas las personas migrantes puedan llevar una vida sana y estable.<sup>154</sup>

**b) Oportunidades y desafíos en el uso del principio de “último recurso” en la incidencia**

**Los contextos difieren mucho** en términos de patrones y sistemas de migración, el uso de la detención migratoria, las experiencias de las personas afectadas por la detención, así como la disposición de los gobiernos para comprometerse con la sociedad civil. La membresía y socios de IDC en diferentes contextos compartieron algunas

**oportunidades y desafíos clave** para este documento que han experimentado en términos de usar el principio de “último recurso” en la incidencia. Se presentan aquí como factores a considerar a la hora de desarrollar estrategias en diferentes contextos.

### **Fortalezas/Oportunidades de incidencia basada en el principio de “último recurso”**

Permite aprovechar las **normas legales** existentes (internacionales y, en algunos casos, también la legislación regional o nacional). Se hace un llamamiento a los Estados para que implementen lo que ya se han comprometido a hacer.

Abre la puerta a la **participación del gobierno** al indicar la aceptación del papel del gobierno en la gestión de la migración, y puede hacer que las propuestas sean más aceptables para ciertos departamentos gubernamentales y, por lo tanto, más alcanzables.

Utilizar como base para posibles pasos intermedios y **cambios incrementales** en un contexto dado. Por ejemplo, en contextos de detención rutinaria u obligatoria, la introducción de mecanismos de liberación o colocación en la comunidad basados en el principio del “último recurso” podría ser un importante paso adelante.

Utilizarlo para alentar la idea de que **se puede lograr mucho más** para reducir la detención y garantizar los derechos si el principio de “último recurso” se aplica mejor en la práctica, incluso dentro del marco legal actual.

Una premisa potencial para **incidir de manera más amplia por un cambio sistémico**, para catalizar procesos hacia la reducción y el fin de la detención y trabajar hacia una gobernanza migratoria más justa y humana. Por ejemplo, usar ATD como estrategia de cambio sistémico.<sup>155</sup>

### **Riesgos/desafíos de la incidencia basada en el principio de “último recurso”**

El principio del último recurso en la ley **no significa que se aplique en la práctica**. Puede ser útil en casos legales individuales, pero puede faltar en términos del sistema general de detención. La voluntad política juega un papel muy importante. Es posible que sea necesario establecer ciertos elementos de apoyo para contribuir a su aplicación en la práctica.

Algunos gobiernos pueden no estar abiertos a **los argumentos sobre las normas legales** sobre la detención migratoria (puede ser demasiado sensible o no están motivados por obligaciones legales).

La existencia de normas y reglas nacionales relacionadas con el principio de “último recurso” podría hacer que parezca que la detención migratoria está bien regulada, lo que podría ser utilizado por las autoridades para **legitimar el uso de la detención**, mientras que en realidad la norma rara vez se cumple.

Podría ser **regresivo** introducir disposiciones legales que permitan la detención migratoria incluso como “último recurso”, por ejemplo, si la detención migratoria no está permitida por estándares más altos.

El impacto depende de **la independencia judicial, la capacidad y la cultura**: donde hay poca voluntad y capacidad para aplicar normas legales detalladas y razonamiento en casos individuales, el principio de “último recurso” puede tener poco impacto.

Un **concepto flexible** con espacio para la interpretación, que puede formar la base de la incidencia constructiva y el uso de un lenguaje común. Para los gobiernos: es un estándar legal que afirman que ya están implementando. Para la sociedad civil es un medio para “reducir aún más la detención” y, eventualmente, ponerle fin.

**Utilizarlo para mejorar la incidencia y las narrativas para poner fin a la detención migratoria:** dependiendo del contexto, los dos enfoques no tienen que ser mutuamente excluyentes.

Pedir proactivamente la implementación de la norma de “último recurso” significa **aceptar el uso de la detención, al menos por ahora.**

El uso del principio de “último recurso” puede implicar trabajar dentro del **enfoque actual de gobernanza de la migración**, que en muchos contextos se basa en el control y es restrictivo, y está vinculado a la criminalización de las comunidades de personas migrantes. En algunos contextos, es posible que se tenga que trabajar explícitamente hacia un cambio de paradigma también o en su lugar.

**El uso de ATD como estrategia de cambio sistémico también es** posible con una narrativa que se centra en poner fin a la detención, por ejemplo, en algunas campañas para poner fin a la detención de niñas, niños y adolescentes.

El significado de “último recurso” es **vago y puede estar demasiado abierto a la interpretación** por parte de los gobiernos y los tribunales. Para algunos actores, también podría ser **demasiado legalista**. Los gobiernos tienden a interpretarlo para ampliar el uso de la detención, mientras que los tribunales a menudo sellan las decisiones de las autoridades.

Puede haber **diferencias estratégicas entre los actores de la sociedad civil** sobre el enfoque de “último recurso”, y estas divisiones potenciales pueden afectar su influencia general en un contexto dado

## **Red Europea de Alternativas a la Detención (EATDN)**

La EATDN es un grupo de ONG que tiene como objetivo poner fin a la detención migratoria en Europa.<sup>156</sup> Establecido en 2017, reúne a organizaciones de la sociedad civil que implementan ATD basadas en la gestión de casos en ocho países europeos (Bélgica, Bulgaria, Chipre, Grecia, Italia, Polonia, España y el Reino Unido) en asociación con organizaciones regionales e internacionales.

La Red tiene como objetivo crear un cambio a nivel sistémico de los sistemas de gestión de la migración basados en la aplicación de la ley que dependen de la detención, a la promoción de alternativas basadas en la comunidad. En última instancia, el objetivo de la EATDN es reducir y, finalmente, poner fin al uso de la detención migratoria en Europa. El núcleo de la estrategia de la EATDN es generar evidencia e impulso sobre enfoques basados en los derechos que se sustentan en los principios de gestión de casos en la comunidad, con el fin de demostrar cómo la gestión de la migración sin detención migratoria puede ser efectiva.

En su incidencia, la EATDN hace referencia al hecho de que “la legislación de la UE establece que la detención migratoria solo debe usarse como último recurso y en circunstancias específicas”. Destaca que los gobiernos europeos rara vez realizan evaluaciones individuales y con frecuencia aplican la detención migratoria como primera opción antes de considerar ATD. Cuando los gobiernos utilizan ATD, tienden a centrarse en enfoques “tradicionales” o “de aplicación”, mientras que ATD basadas en la gestión de casos es más efectiva para ayudar a las personas a trabajar hacia la resolución de su caso.

Los miembros de la EATDN implementan y prueban enfoques basados en la gestión de casos destinados a apoyar a las personas en una situación irregular para trabajar hacia una solución duradera mientras viven en la comunidad. También proporcionan ATD no coercitivas y no basadas en la aplicación para apoyar a las personas que de otro modo podrían ser detenidas, y promueven una mayor expansión de este modelo sobre ATD basadas en la aplicación. Los programas piloto se llevan a cabo de acuerdo con los principios del modelo de Evaluación y Colocación Comunitaria (CAP) de IDC, empleando gestores de casos para trabajar con personas en riesgo de detención migratoria para garantizar que se satisfagan sus necesidades holísticas.<sup>157</sup>



### c) Consideraciones contextuales para los actores de la sociedad civil

En la experiencia de IDC, el cambio siempre es específico del contexto y los enfoques de incidencia utilizados dependen de contextos políticos, históricos y migratorios regionales y nacionales específicos, incluidos los contextos de detención obligatoria, tránsito y países de destino, todos los cuales también pueden cambiar con el tiempo. Si y cómo los actores de la sociedad civil utilizan conceptos como “último recurso” en la incidencia dependerá de una estrategia más amplia y la teoría del cambio para poner fin a la detención migratoria; los actores pueden encontrar útil considerar:

- ¿Cuál es nuestra visión, qué queremos lograr al final?
- ¿Cuáles son los pasos provisionales que debemos lograr para llegar allí (nuestros objetivos son SMART)?
- ¿Quién tiene el poder de hacer este cambio (mapa de poder)?
- ¿Quién puede influir efectivamente en estos tomadores de decisiones?
- ¿A quién necesitamos a bordo? ¿Cómo podemos construir el poder?
- ¿Cuáles son las oportunidades actuales y futuras y los puntos de entrada?

Los entornos políticos están cambiando y los actores de la sociedad civil deberán reevaluar con regularidad sus contextos para determinar la mejor estrategia en ese momento. Aquí hay algunas consideraciones contextuales, destacadas por los miembros del equipo de IDC, la membresía y los socios de

IDC, que pueden apoyar a los actores de la sociedad civil que consideran usar el principio de “último recurso” en la incidencia para pensar en posibles cursos de acción.

#### ¿Qué es importante para el gobierno?

Al evaluar el contexto, los actores de la sociedad civil pueden preguntarse: ¿cuáles son los impulsores para que el gobierno use la detención migratoria y qué es importante para el gobierno? A menudo, los gobiernos priorizan la seguridad y el control fronterizo, pero ¿hay otros factores que podríamos aprovechar en nuestra incidencia? ¿Hay intereses creados/financieros en la detención? ¿Hay intereses comunes relacionados con la gobernanza de la migración que podríamos utilizar para influir en los responsables de la toma de decisiones? ¿Hay que ejercer presión para el cambio?

#### ¿Qué procesos y actores pueden influir en los tomadores de decisiones?

- Por ejemplo, ¿podrían las acciones legales/los tribunales afectar el uso del gobierno de la detención migratoria? ¿Qué pasa con otros departamentos gubernamentales/autoridades locales? ¿O las organizaciones y mecanismos internacionales, la participación en procesos internacionales y regionales o la influencia de otros gobiernos?
- ¿Podría el principio de “último recurso” o las llamadas para reducir o poner fin a la detención migratoria apoyar lo anterior? ¿Cuáles son las oportunidades y los riesgos?



### ¿Cómo se enmarca la migración por parte del gobierno?

¿El gobierno enmarca la migración (al menos parcialmente) en términos de estándares legales y derechos humanos? En caso afirmativo, ¿podría el principio de “último recurso” ser un estándar útil para aprovechar (por ejemplo, en la Unión Europea)? ¿O se enmarca principalmente como una cuestión de seguridad o humanitaria? En tal caso, ¿podrían los argumentos legales y de derechos humanos no tener tal tracción (por ejemplo, en algunos países de MENA)? ¿O podría haber una oportunidad para influir en el gobierno para comenzar a utilizar los principios de derechos humanos mediante la inserción de conceptos como “último recurso” en la incidencia?

### ¿Es posible construir una coalición multidiversa?

Consideraciones para las coaliciones de la sociedad civil: ¿a quién tenemos a bordo y cuáles son nuestras fortalezas que podemos aprovechar? Por ejemplo: ¿tenemos capacidad en incidencia legal y política? ¿O en la prestación de servicios? ¿O en la organización comunitaria? ¿Quién puede hablar abiertamente y quién requiere una salvaguarda adecuada en su incidencia?

Críticamente, ¿qué diferentes roles y enfoques se complementan entre sí y hacen avanzar las cosas? ¿Cómo podemos asegurarnos de que nuestros enfoques sean complementarios para que podamos construir poder juntos, en lugar de reducir nuestra influencia colectiva al no coordinar estratégicamente?

Las coaliciones también pueden considerar cuánta influencia colectiva tienen

actualmente y quién más necesita tener influencia. ¿Podría el uso de principios como el “último recurso” apoyar la acción colectiva o son otros conceptos y enfoques más útiles?

### **¿Cómo se garantiza que las personas con experiencia propia y las comunidades afectadas se centren en las decisiones estratégicas?**

Las coaliciones deberán considerar cómo pueden centrar a las personas con experiencia propia y a las comunidades afectadas en decisiones estratégicas para garantizar una incidencia más poderosa, basada en principios y ética. Incidir por la detención migratoria como una medida de “último recurso” puede implicar cuestiones de principio y la necesidad de decidir sobre los resultados que tienen un impacto real en las comunidades, incluido lo que las personas están dispuestas a aceptar o no a corto plazo para potencialmente beneficiar a largo plazo. Estas son preguntas y conversaciones críticas, y las coaliciones deben asegurarse de que no están actuando como guardianes del conocimiento y la información que pueden apoyar la toma de decisiones informadas por parte de las personas más afectadas. En resumen, una consideración clave para la coalición es: ¿cómo podemos asociarnos significativamente con líderes con experiencia propia de la detención migratoria en la incidencia?

### **¿Cuáles son las exigencias convincentes en su contexto?**

La selección de exigencias clave convincentes puede ayudar a aumentar el apoyo y hacer que sea más probable que los tomadores de decisiones escuchen. Por ejemplo, grupos en diferentes

contextos han pedido a los gobiernos que cierren los centros de detención, introduzcan límites de tiempo para la detención, dejen de detener a niñas, niños, adolescentes u otras personas en situaciones vulnerables, comiencen a poner a prueba ATD comunitarias, fortalezcan el debido proceso e introduzcan el principio de “último recurso” en la legislación. La poderosa exigencia puede ayudar a sumar a otras personas.

### **¿La legislación nacional ya incluye el principio de “último recurso”?**

En contextos que ya tienen el **principio de “último recurso” en la legislación**, podría ser un estándar clave en el que confiar: para acciones legales en casos individuales, para el desarrollo técnico y de capacidades hacia una mejor implementación e incidencia y la participación del gobierno para un cambio incremental para reducir y potencialmente poner fin a la detención migratoria. Por ejemplo, los grupos de la sociedad civil en la UE a menudo se basan en este principio para la incidencia.

Al mismo tiempo, podría haber riesgos a considerar al aceptar el uso de la detención migratoria por parte del gobierno o el enfoque actual de gobernanza migratoria. Además, podría haber riesgos en términos de creación de coaliciones y divisiones entre la sociedad civil con respecto a este enfoque que vale la pena comprender y/o abordar primero.

Los actores de la sociedad civil que estén valorando **reformar la ley** para introducir o fortalecer el principio de “último recurso” en la ley pueden considerar, junto con las comunidades afectadas:

- ¿Qué impacto potencial podría tener esto? Tanto positivo como negativo, especialmente en las comunidades afectadas.
- ¿Cuáles son las oportunidades y los riesgos?
- ¿Cuál es la cultura jurídica y administrativa en nuestro contexto?
- ¿Tiene el poder judicial la capacidad y la cultura necesarias para aplicar el principio del “último recurso” de manera que se restrinja el uso de la detención? ¿De qué otra manera podría ser útil?
- ¿Hay cambios legales más efectivos que podrían gestionar mejor los riesgos?

### **¿Qué tan políticamente sensible es la detención migratoria como tema?**

¿Es seguro para la sociedad civil criticar la detención migratoria? Si la crítica directa no es viable, ¿podría el uso del principio del “último recurso” abrir la puerta a un diálogo constructivo con las autoridades? ¿O serían más efectivas otras demandas, como garantizar un límite de tiempo para la detención migratoria o centrarse en niñas, niños y adolescentes en detención migratoria?

***Para obtener más recursos y plantillas de talleres sobre la creación de estrategias, mapear el poder, analizar los problemas y planificar las campañas, consultar el Plan de Estudios de Liderazgo Comunitario de IDC.***

### **Incidencia para poner fin a la detención de niñas, niños y adolescentes en Tailandia**

En Tailandia, siete agencias gubernamentales firmaron un Memorando de Entendimiento sobre la Determinación de Medidas y Enfoques Alternativos a la Detención de Niñas, Niños y Adolescentes en Centros de Detención Migratoria (el MOU-ATD) en 2019, con SOP para implementar el MOU en julio de 2020.<sup>158</sup>

El MOU-ATD establece que niñas, niños y adolescentes no deben ser detenidos, a menos que exista una “necesidad absoluta”, y que la detención se utilice como medida de último recurso únicamente y por el menor tiempo posible. El interés superior del niño debe informar la toma de decisiones y debe tenerse en cuenta la opinión del niño. También da prioridad a la atención basada en la familia, con refugios como medida de último recurso y por el menor tiempo posible. Niñas, niños y adolescentes liberados en virtud del Memorando de Entendimiento cuentan con el apoyo de dos ONG, Step Ahead y Host International Thailand, que ayudan a cumplir los requisitos de comparecencia y proporcionan apoyo para la gestión de casos en la comunidad.<sup>159</sup>

“Con otras organizaciones de la sociedad civil, IDC trabajó para apoyar al gobierno a desarrollar una política sobre ATD para niñas, niños, adolescentes y familias. El MOU-ATD utiliza el lenguaje de ‘último recurso’ para los niños y este fue un compromiso importante para poner en práctica la política. Si no hubiera habido flexibilidad para que el gobierno usara la detención, no habría sido posible lograr que ciertos departamentos gubernamentales lo aceptaran. En Tailandia, la política de asilo y migración se basa principalmente en conceptos de seguridad y humanitarios, pero en los últimos diez años estamos viendo un cambio con el gobierno comenzando a usar conceptos de derechos humanos. Hay una serie de brechas clave en el MOU-ATD y sus SOP relacionados, pero marcan pasos importantes para poner fin a la detención de niñas, niños y adolescentes migrantes en Tailandia.” - MicC Chawaratt, Gerente del Programa del Sudeste Asiático, IDC.

“Hicimos mucho trabajo para que el MOU-ATD despegara. Es importante porque las mujeres y las niñas, niños y adolescentes ahora están siendo liberados. Pero no es perfecto, hay muchos problemas en la implementación y no es un santo remedio, lo vemos como un trampolín. Nuestra posición ahora es que todos deben ser liberados y no debe haber detención migratoria en absoluto. Hay argumentos de derecho internacional, pero también muchas otras razones: la detención está destruyendo la salud mental y física de las familias y las personas; la detención le está costando al gobierno enormes cantidades de dinero; y hay muchas otras formas: alternativas a la detención de todo el mundo que permiten a los gobiernos realizar un seguimiento de las personas y para que lleven una vida normal. Es difícil hablar de ‘último recurso’ cuando el abuso es tan atroz y ha llegado a tal nivel, con la extorsión y la corrupción en la detención y el sistema en general.” - Patrick Phongsa-thorn, Especialista en la Incidencia de los Derechos Humanos, Fortify Rights.

## Referencias

1 “El derecho a la libertad está reconocido en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 16 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, el artículo 37 b)-d) de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 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 5 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), el artículo 14 de la Carta Árabe de Derechos Humanos y el artículo 12 de la Declaración sobre los Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN)”, el Comité de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW), *Observación general No. 5 (2021) sobre el derecho de los migrantes a la libertad y a no ser detenidos arbitrariamente*, CMW/C/GC/5.

2 Ver, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 35 (2014) sobre el Artículo 9, Libertad y seguridad personales*, párrafo 3.

3 Comité de las Naciones Unidas para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CMW), *Observación general No. 5 (2021) sobre el derecho de los migrantes a la libertad y a no ser detenidos arbitrariamente*, CMW/C/GC/5, párr. 17.

4 OACNUDH, *Presentación escrita inicial a la Observación general No. 5 del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares sobre el derecho a la libertad y a no ser detenidos arbitrariamente*, abril 2019.

5 Según lo declarado por numerosos organismos de derechos humanos de la ONU.

6 Comité de las Naciones Unidas para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CMW), *Observación general No. 5 (2021) sobre los derechos de los migrantes a la libertad y a no ser detenidos arbitrariamente*, CMW/C/GC/5, párr. 37

7 Ver por ejemplo: Oficina Regional de la OMS para Europa, [Addressing the health challenges in immigration detention, and alternatives to detention: a country implementation guide](#), 2022; Von Werthern M, Robjant K, Chui Z et al., ‘The impact of immigration detention on mental health: a systematic review’, *BMC Psychiatry*, vol. 18, 2018; Mares S, ‘Mental health consequences of detaining children and families who seek asylum: a scoping review’, *Eur Child Adolesc Psychiatry* 30, 2021, pp. 1615-1639; Coalición Internacional contra la Detención, *Existen Alternativas: Un manual para la prevención de la detención migratoria innecesaria*, edición revisada, 2015, página 5

8 Comité de las Naciones Unidas para los trabajadores migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, op. cit. Párr. 1

9 Si bien el marco del derecho internacional de los derechos humanos desarrollado por el Comité de Derechos Humanos se relaciona con todas las formas de privación de libertad, se desarrolló en gran medida en

relación con las formas penales de detención, entrevista con José Antonio Guevara Bermúdez, ex miembro del Grupo de Trabajo de la ONU sobre Detención Arbitraria, en octubre de 2022.

10 Comité de las Naciones Unidas para los trabajadores migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, op. cit. párr. 47.

11 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, A/HRC/13/30, 15 de enero de 2010, párr. 58

12 OACNUDH, *Presentación inicial por escrito a la Observación General N° 5 del CMW*, abril de 2019, párr. 12

13 Red de las Naciones Unidas sobre la Migración, *Informe de políticas: COVID-19 y detención de migrantes: ¿Qué pueden hacer los gobiernos y otras partes interesadas?*, 2020

14 Principio 68, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019

15 Durante la última década, ha habido progreso en el derecho internacional con orientaciones autorizadas que ahora afirman que niñas, niños y adolescentes nunca deben ser detenidos por motivos relacionados con su situación migratoria porque nunca corresponde a su interés superior. En su Observación general conjunta de 2017, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y el Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares declararon que la detención de niñas, niños y adolescentes debido a su situación migratoria o la de sus padres constituye una violación de los derechos del niño y siempre contraviene el principio del interés superior del niño. La Observación general conjunta aclaró que el principio de "último recurso" no se aplica a la detención migratoria de niñas, niños y adolescentes por motivos migratorios y pidió a los Estados que pongan fin a la práctica y permitan que los niños "permanezcan con su familia y/o tutores en contextos comunitarios sin privación de la libertad mientras se resuelve su situación migratoria". Véase la *Observación general conjunta N° 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional*, 16 de noviembre de 2017, CMW/C/CG/3-CRC/C/GC/22. Véase también el Informe Anual de la Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños (A/76/224), 2021, en el que se afirma que la detención migratoria es una forma de violencia contra los niños; y la *Joint Statement by the United Nations Network on Migration on Child Immigration Detention (16 September 2019)* en la que se afirma: "Hoy, la Red de las Naciones Unidas sobre Migración reitera enérgicamente su posición de que la detención de niñas, niños y adolescentes migrantes debe terminar en todas las regiones del mundo". La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció el principio de no privación de libertad de niñas, niños y adolescentes debido a su situación migratoria irregular en su Opinión Consultiva OC-21/14 sobre "Derechos y garantías de niñas y niños la migración y/o en necesidad de protección internacional", 2014. Según Pablo Ceriani Cernadas, "En la Opinión Consultiva, la Corte Interamericana concluye que no hay fundamento suficiente para privar de la libertad a niñas, niños o adolescentes por motivos migratorios, ni siquiera como medida de último recurso. Esta prohibición de la detención se aplica no solo a los niños no acompañados y separados, sino también a las familias", ver Pablo Ceriani Cernadas, *Immigration Detention Through the Lens of International Human Rights: Lessons from South America, Global Detention Project Working Paper No. 23*, 2017.

16 Artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Las Directrices de detención del ACNUR de 2012 reafirman que la detención como pena por entrada ilegal y/o como elemento disuasorio para solicitar asilo sería arbitraria, véase la Directriz 4.1.4. El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria considera que la privación de libertad es arbitraria cuando resulta del ejercicio de los derechos en virtud de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incluido el artículo 14: el derecho a solicitar asilo y a gozar de asilo, ver *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal*, 6 de julio de 2015, párr. 10(b). Los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de Todas las Personas Migrantes establecen que las personas migrantes en necesidad de protección internacional nunca deben ser detenidas (Principio 69 (f)).

17 El Comité de Trabajadores Migratorios ha afirmado un "principio de no detención de personas en situaciones vulnerables", lo que significa que los estados deben "evitar detener a las personas migrantes que

tienen necesidades específicas o que corren un riesgo particular de explotación, abuso, violencia de género, incluida la violencia sexual, y otras violaciones de los derechos humanos en los contextos de detención”, Comité de Trabajadores Migratorios de la ONU (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, op. cit, párrafos 52 y 53. Los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de Todas las Personas Migrantes (op.cit) establecen que “las personas migrantes con necesidades de protección internacional y los migrantes en situación de vulnerabilidad, incluidas las mujeres embarazadas, las mujeres lactantes y las víctimas de la trata, nunca deben ser detenidos” (Principio 69 (f)).

18 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, *Deliberación revisada No. 5 sobre la privación de libertad de las personas migrantes*, 7 de febrero de 2018, párr. 41: “La detención de personas migrantes en otras situaciones de vulnerabilidad o de riesgo... no debe ocurrir”.

19 Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria*, mayo de 2022, página 23; Pablo Ceriani Cernadas, *Immigration Detention Through the Lens of International Human Rights: Lessons from South America*, *Global Detention Project Working Paper No. 23*, 2017, página 16

20 Red de las Naciones Unidas sobre Migración, *Temporary regularisation programmes - Snapshot*, mayo de 2022.

21 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares de la ONU (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, párrs. 44 y 45

22 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Detenciones Arbitrarias, *Deliberación Revisada No. 5 sobre la privación de libertad de las personas migrantes*, 7 de febrero de 2018, párr. 12.

23 Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2012, párr. 68.

24 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas*, Resolución 04/19; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de la trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 4 6 /15; véase también Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria*, mayo de 2022, página 12.

25 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) “Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados, OEA/Ser.L/V/II.155, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/refugiados-migrantes-eeuu.pdf> (último acceso el 20 de abril de 2022). Ver también Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, OEA/Ser.L/V/II, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/informe-migrantes-mexico-2013.pdf> (último acceso el 20 de abril de 2022).

26 Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH), *Legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration*, 2018, página 8, disponible en: <https://rm.coe.int/legal-and-practical-aspectsof-effective-alternatives-to-detentionin-th/16809e358b> (último acceso el 16 de noviembre de 2022).

27 El Objetivo 13 del Pacto Mundial sobre Migración se titula “Utilizar la detención de migrantes solo como último recurso y buscar otras alternativas”, véase Asamblea General de las Naciones Unidas (2018) ‘Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular’, A/RES/73/195.

28 Objetivo 13(h) del *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular* (2018).

29 Comité de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, párr. 44.

30 Comité de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, párrs. 21 y 45.



- 31** Comité de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, párr. 21; Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Detenciones Arbitrarias, *Deliberación revisada núm. 5 sobre la privación de libertad de las personas migrantes*, 7 de febrero de 2018, párr. 19 “La detención tiene que cumplir con el principio de proporcionalidad y, como tal, la detención automática u obligatoria en el contexto de la migración es arbitraria.”
- 32** El artículo 35 de la NML también establece que se puede ordenar a las personas que “permanezcan en las instalaciones en el punto de entrada” en relación con la presunta entrada ilegal, Global Detention Project, *Country Report: Immigration Detention in Argentina: A Paradigm Shift?*, 2020.
- 33** Ley de Enmienda de Refugiados (11 de 2017).
- 34** Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria, Anexo: Perfiles de País*, mayo 2022, página 72.
- 35** Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria, Anexo: Perfiles de País*, mayo 2022, página 80.
- 36** Migrantes Refugiados, *Perfil del país - Tayikistán*, 2020.
- 37** Comité de las Naciones Unidas para los Trabajadores Migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, párr. 23.
- 38** ACNUR, *Directrices sobre la detención*, 2012, Directriz 4.1.
- 39** Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2012,
- 40** Ibidem.
- 41** ACNUR, *Directrices sobre la detención*, 2012, Directriz 4.2.
- 42** OACNUDH, *Presentación inicial por escrito a la Observación general N° 5 del CMW*, abril de 2019, párr. 26.
- 43** Comité de las Naciones Unidas para los Trabajadores Migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, párr. 41
- 44** Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2012, párr. 13.
- 45** Comité de las Naciones Unidas para los Trabajadores Migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, párr. 41
- 46** Comité de las Naciones Unidas para los Trabajadores Migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, párr. 17.
- 47** Artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951
- 48** Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2012, párr. 13.
- 49** Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2012, párr. 10.
- 50** Comité de las Naciones Unidas para los Trabajadores Migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, párr. 25.

- 51 Comité de las Naciones Unidas para los Trabajadores Migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, párr. 25
- 52 Ibidem.
- 53 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, OEA/Ser.L/V/II, 2013.
- 54 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, OEA/Ser.L/V/II, 2013, párr. 437.
- 55 Artículo 70 del NML modificado por el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017, ver Global Detention Project, *Country Report: Immigration Detention in Argentina: A Paradigm Shift?*, 2020, pág. 10.
- 56 Global Detention Project, *Country Report: [Immigration Detention in Argentina: A Paradigm Shift?](#)*, 2020, página 10.
- 57 Global Detention Project, *Country Report: [Immigration Detention in Argentina: A Paradigm Shift?](#)*, 2020, página 11.
- 58 Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2010, pp. 16 - 19.
- 59 Ver Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2010, pág. 16.
- 60 Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2010, pág. 17.
- 61 Comité de las Naciones Unidas para los Trabajadores Migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, op. cit., párr. 27.
- 62 Comité de Derechos Humanos, *Observación general N° 35 (2014) sobre el artículo 9, Libertad y seguridad de la persona*, párr. 12.
- 63 Comité de las Naciones Unidas para los Trabajadores Migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, op. cit., párr. 22.
- 64 Comité de las Naciones Unidas para los Trabajadores Migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, op. cit., párr. 28.
- 65 Comité de Derechos Humanos, *Observación general N° 35 (2014) sobre el artículo 9, Libertad y seguridad de la persona*, párr. 18.
- 66 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, *Deliberación revisada No. 5 sobre la privación de libertad de los migrantes*, 7 de febrero de 2018, párr. 23; Comité de las Naciones Unidas para los Trabajadores Migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, párr. 2.
- 67 Saadi c. el Reino Unido [GC], 2008, §74 ; A. y otros c. el Reino Unido, 2009, § 164; Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica, 2011,
- 68 Artículo 9 de la Ley de Migración de 2008 (Ley N° 18.250).
- 69 Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno, Anexo: Perfiles de Países*, 2022, página 94.
- 70 Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria*, mayo de 2022, página 23.

- 71 Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2010.
- 72 Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno, Anexo: Perfiles de Países*, 2022, página 51.
- 73 Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2010.
- 74 Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Guía sobre el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Derecho a la libertad y la seguridad, actualizada el 31 de agosto de 2022, en la que se hace referencia a: *Khlaifia y otros contra Italia* [GC], 2016, § 90; *A. y otros contra el Reino Unido* [GC], 2009, § 164; *Amie y otros contra Bulgaria*, 2013, § 72; *Shikhsaitov contra Eslovaquia*, 2020, § 56, con ejemplos de casos que revelan una violación de esa disposición; *Sy contra Italia (dec.)*, 2022, § 79, relativo a la detención en ejecución de una orden de detención europea”, disponible en: [https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_5\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_5_eng.pdf) (acceso por última vez el 14 de noviembre de 2022).
- 75 Global Detention Project, *Country Report: Immigration Detention in Argentina: A Paradigm Shift?*, 2020.
- 76 Ibidem.
- 77 Reglamento de Migración, 2014 en GNR.413 GG 37679 de 22 de mayo de 2014.
- 78 Lawyers for Human Rights, *Monitoring Policy, Litigious and Legislative Shifts in Immigration Detention in South Africa*, 2020, página 20.
- 79 Comité de las Naciones Unidas para los Trabajadores Migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, párr. 29.
- 80 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, *Deliberación revisada No. 5 sobre la privación de libertad de los migrantes*, 7 de febrero de 2018, párr. 24, Comité de las Naciones Unidas para los Trabajadores Migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, párr. 29.
- 81 En virtud de los párrafos 57 y 62 de la Ley de residencia (Aufenthaltsgesetz)
- 82 Véase Collection of Decisions of the Federal Constitutional Court (BVerfGE), vol. 23, pág. 127 (págs. 133 y ss.); vol. 48, pág. 396 (pág. 402); vol. 83, pág. 1 (pág. 19); vol. 107, pág. 299; vol. 109, pág. 279 (págs. 335 y ss.)
- 83 Tribunal Superior de Düsseldorf, Decisión de 13 de junio de 2006 I-3 Wx 140/06
- 84 Véase Tribunal Supremo de Alemania, Decisión de 26 de junio de 2017 V ZB 7/17
- 85 OACNUDH, *Presentación inicial por escrito a la Observación general N° 5 del CMW*, abril de 2019, párr. 53.
- 86 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, *Deliberación revisada No. 5 sobre la privación de libertad de los migrantes*, 7 de febrero de 2018, párr. 16.
- 87 Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2012, párr. 50.
- 88 OACNUDH, *Presentación inicial por escrito a la Observación general N° 5 del CMW*, abril de 2019, párr. 54; Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura, *Observaciones finales: Chipre 2014*, CAT/C/CYP/CO/4, párr. 16, encontrando que las alternativas a la detención deben haber “sido debidamente examinadas y agotadas”.
- 89 Comité de las Naciones Unidas para los Trabajadores Migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, párr. 55.

- 90 Comité de las Naciones Unidas para los Trabajadores Migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, párr. 48.
- 91 Véase Comité de las Naciones Unidas para los Trabajadores Migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, op. cit, párrs. 54 - 62 sobre la "Obligación de aplicar medidas alternativas a la detención" y "Alternativas a la detención que respeten los derechos humanos".
- 92 Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, A/RES/73/195, 2018, Objetivo 13.
- 93 *Ibidem*.
- 94 Naciones Unidas, Pacto Mundial sobre los Refugiados, 2018, párr. 60.
- 95 Ver Red de las Naciones Unidas sobre Migración, Alternativas a la detención (consultado el 3 de enero de 2023)
- 96 Red de las Naciones Unidas sobre Migración, *Resumen de Políticas - COVID-19 y Detención de Inmigración: ¿Qué pueden hacer los gobiernos y otras partes interesadas?*, 2020.
- 97 Véase, por ejemplo, "Instantáneas" de la Red de las Naciones Unidas sobre Migración sobre: [Ending child immigration detention](#), 2022; [Scaling-up community-based ATD](#), 2022; [Temporary regularisation programmes](#), 2022; y [Whole-of-Government Whole-of Society approaches](#), 2022.
- 98 Entre los patrocinadores gubernamentales figuran Colombia, Ghana, Nigeria y Portugal y Tailandia; véase, por ejemplo, [Report of the Third Global Online Peer Learning Exchange: Highlighting alternatives to detention in the International Migration Review Forum, coorganizado por el Grupo de Trabajo sobre Alternativas a la Detención de la Red de las Naciones Unidas sobre Migración y las Misiones Permanentes de Colombia, Nigeria, Portugal y Tailandia en Ginebra, 27 de enero de 2022](#).
- 99 Principio 69
- 100 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velez Loo c. Panamá*, sentencia de noviembre de 2010.
- 101 Instrumentos regionales para los refugiados y relacionados (2014), *Declaración y Plan de Acción de Brasil*, 3 de diciembre de 2014, disponible en: [www.refworld.org/docid/5487065b4.html](http://www.refworld.org/docid/5487065b4.html) [consultado el 16 de noviembre de 2022],
- 102 Ver Instrumentos regionales para los refugiados y relacionados (2014), *Declaración y Plan de Acción de Brasil*, 3 de diciembre de 2014, disponible en: [www.refworld.org/docid/5487065b4.html](http://www.refworld.org/docid/5487065b4.html) [consultado el 16 de noviembre de 2022], El Programa "Fronteras de solidaridad y seguridad" (c).
- 103 Ver OIM, [Diálogo sobre Migración para África Meridional \(MIDSA\)](#), consultado el 3 de enero de 2023.
- 104 Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria*, mayo de 2022, página 11.
- 105 Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH), *Aspectos legales y prácticos de alternativas efectivas a la detención en el contexto de la migración*, 2018, véase, por ejemplo, ECtHR, *Nikoghosyan y otros v. Polonia*, no. 14743/17 (2022); ECtHR, *Thimothawes v. Bélgica*, no. 39061/11 (2017); ECtHR, *S.K. v. Rusia*, no. 52722/15 (2017).
- 106 Incluyendo la Asamblea Parlamentaria y el Comisionado de Derechos Humanos, ver Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH), *Aspectos legales y prácticos de alternativas efectivas a la detención en el contexto de la migración*, 2018, párrs. 47 y 48; véase también Comité de Ministros, *Directrices sobre la protección de los derechos humanos en el contexto de los procedimientos acelerados de asilo*, párr. XI. 4; Comité de Ministros, *Recomendación Rec(2003)5*, §§ 4 y 6. Comité de Ministros, *Veinte Directrices sobre el retorno forzoso*, Directriz 6 § 1; Asamblea Parlamentaria, *Resolución 1707 (2010) sobre la detención de solicitantes de asilo y migrantes irregulares en Europa*, §§ 9.1.1 - 9.1.7.

- 107 Comisión Directiva de Derechos Humanos (CDDH), *Aspectos legales y prácticos de alternativas a la detención efectivas en el contexto de la migración*, 2018.
- 108 Consejo de Europa, *Alternatives to Immigration Detention: Fostering Effective Results*, Guía práctica, adoptada en la 91ª reunión del CDDH (18–21 de junio de 2019).
- 109 Declaración de la ASEAN sobre los Derechos de la Infancia en el Contexto de la Migración, 2019.
- 110 Plan de Acción Regional para la Aplicación de la Declaración de la ASEAN sobre los Derechos de la Infancia en el Contexto de la Migración.
- 111 La legislación podría utilizar el término “alternativas a la detención” u otros términos como “medidas menos coercitivas” o referirse a medidas específicas de ATD por sí mismas.
- 112 Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria*, mayo de 2022, página 32; Red de las Naciones Unidas sobre Migración, *Detención migratoria y Alternativas a la Detención en la Región de Asia y el Pacífico*, 2022, página 78
- 113 Directiva de Retorno de la UE 2008/115/CE, Artículo 15(1), y Directiva de Condiciones de Recepción de la UE 2013/33/UE Artículo 8(2).
- 114 Red Europea de Migración, *Detention and alternatives to detention in international protection and return procedures*, 2022, página 15; Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2010.
- 115 Ver, por ejemplo, Casos conjuntos C924/19 PPU y C925/19 PPU Országos Idegenrendészeti F igazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság, Sentencia de 14 de mayo de 2020 (Gran Sala); en el asunto C-61/11 PPU El Dridi, Sentencia de 28 de abril de 2011, el Tribunal de Justicia declaró que «los Estados miembros deben llevar a cabo la expulsión utilizando las medidas menos coercitivas posibles. Sólo cuando, a la luz de una evaluación de cada situación específica, la ejecución de la decisión de retorno en forma de expulsión corre el riesgo de verse comprometida por el comportamiento de la persona de que se trate, los Estados miembros pueden privar a esa persona de su libertad y detenerla. Dentro del procedimiento de retorno, existe «una gradación de las medidas que deben adoptarse para hacer cumplir la decisión de retorno, una gradación que va desde la medida que permite al interesado la mayor libertad, es decir, la concesión de un período para su salida voluntaria, hasta las medidas que restringen más esa libertad, es decir, la detención en un centro especializado; el principio de proporcionalidad debe ser observadas en todas estas fases.» (apartados 39 y 41); y Caso C-528/15, Al Chodor y otros, Sentencia de 15 de marzo de 2017 relativa al Reglamento Dublín III de la UE.
- 116 Asuntos conjuntos C924/19 PPU y C925/19 PPU Országos Idegenrendészeti F igazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság, Sentencia de 14 de mayo de 2020 (Gran Sala).
- 117 Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno, Anexo: Perfiles de Países*, 2022, página 68.
- 118 Red de las Naciones Unidas sobre Migración, *Detención Migratoria y Alternativas a la Detención en la Región de Asia y el Pacífico*, 2022, página 25.
- 119 “Las ATD basadas en la participación generan confianza, apoyan el empoderamiento y promueven la agencia y el bienestar para que las personas puedan participar activamente en procesos que afectan sus derechos y sus futuros.” ver Coalición Internacional contra la Detención, *Las Alternativas a la Detención (ATD) Como Estrategia Para Cambio Sistémico Hacia el Fin de la Detención Migratoria*, 2022, p. 19.
- 120 Coalición Internacional contra la Detención, *Las Alternativas a la Detención (ATD) Como Estrategia Para Cambio Sistémico Hacia el Fin de la Detención Migratoria*, 2022, p. 19.
- 121 Comité de las Naciones Unidas para los Trabajadores Migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, párr. 59.

- 122 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, *Deliberación revisada No. 5 sobre la privación de libertad de los migrantes*, 7 de febrero de 2018, párrs. 25 y 26.
- 123 Comité de las Naciones Unidas para los Trabajadores Migratorios (CMW), *Observación general No. 5*, 2021, párr. 52.
- 124 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, *Deliberación revisada No. 5 sobre la privación de libertad de los migrantes*, 7 de febrero de 2018, párr. 27.
- 125 Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2012, párr. 24.
- 126 Traducción no oficial
- 127 Pablo Ceriani Cernadas, *Immigration Detention Through the Lens of International Human Rights: Lessons from South America*, *Global Detention Project Working Paper No. 23*, 2017.
- 128 Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria*, mayo de 2022, página 23; Pablo Ceriani Cernadas, *Immigration Detention Through the Lens of International Human Rights: Lessons from South America*, *Global Detention Project Working Paper No. 23*, 2017.
- 129 Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria*, mayo de 2022, p15.
- 130 Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria*, mayo de 2022, página 14; Red de las Naciones Unidas sobre Migración, *Detención migratoria y Alternativas a la Detención en la Región de Asia y el Pacífico*, 2022
- 131 Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria*, mayo de 2022, página 16.
- 132 Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria*, mayo de 2022, página 11.
- 133 Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria*, mayo de 2022, página 13.
- 134 Pablo Ceriani Cernadas, *Immigration Detention Through the Lens of International Human Rights: Lessons from South America*, *Global Detention Project Working Paper No. 23*, 2017. (La ley en Argentina no establece que las alternativas a la detención deben ser consideradas y descartadas).
- 135 Global Detention Project, *Country Report: [Immigration Detention in Argentina: A Paradigm Shift?](#)*, 2020, página 6.
- 136 Departamento de Ejecución de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos DG1, *[Thematic Factsheet, Migration and Asylum](#)*, noviembre de 2021
- 137 Pablo Ceriani Cernadas, *Immigration Detention Through the Lens of International Human Rights: Lessons from South America*, *Global Detention Project Working Paper No. 23*, 2017.
- 138 Pablo Ceriani Cernadas, *Immigration Detention Through the Lens of International Human Rights: Lessons from South America*, *Global Detention Project Working Paper No. 23*, 2017, página 6.
- 139 Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria*, mayo de 2022, página 18.
- 140 Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria*, mayo de 2022, página 18; Coalición Internacional contra la Deten-

ción, *Las Alternativas a la Detención (ATD) Como Estrategia Para Cambio Sistémico Hacia el Fin de la Detención Migratoria*, 2022, página 20.

141 Sobre las ATD basadas en los derechos, el compromiso y el apoyo holístico, consultar Coalición Internacional contra la Detención, *Las Alternativas a la Detención (ATD) Como Estrategia Para Cambio Sistémico Hacia el Fin de la Detención Migratoria*, 2022, páginas 18 - 20.

142 Véase también el Modelo de Evaluación y Colocación Comunitaria (CAP) de IDC, que proporciona los componentes básicos para desarrollar ATD que puede conducir a sistemas de gobernanza migratoria que no dependen de la detención migratoria en: Coalición Internacional contra la Detención, *Existen alternativas: un manual para prevenir la detención innecesaria*, edición revisada, 2015; y Coalición Internacional contra la Detención, *Las Alternativas a la Detención (ATD) Como Estrategia Para Cambio Sistémico Hacia el Fin de la Detención Migratoria*, 2022, páginas 21 - 23.

143 Ver Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria*, mayo de 2022, página 18; Red de las Naciones Unidas sobre Migración, Programas de Regularización Temporal, 2022; Pablo Ceriani Cernadas, *Immigration Detention Through the Lens of International Human Rights: Lessons from South America*, *Global Detention Project Working Paper No. 23*, 2017.

144 Coalición Internacional contra la Detención, *La Manera en que el Reino Unido se Alejó de la Detención Migratoria*, 2020.

145 Ver el documento de posición firmado por organizaciones de la sociedad civil alemana: *Introduction of the mandatory assignment of lawyers in detention pending deportation*, 2022.

146 Basado en la herramienta para identificar la vulnerabilidad desarrollada entre el ACNUR y la IDC, ver ACNUR e IDC, *Herramienta para Identificar la Vulnerabilidad. Identificar y abordar la vulnerabilidad: una herramienta para sistemas de asilo y migración*, 2016.

147 Coalición Internacional contra la Detención, *Las Alternativas a la Detención (ATD) Como Estrategia Para Cambio Sistémico Hacia el Fin de la Detención Migratoria*, 2022.

148 Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria*, mayo de 2022, página 40.

149 3 Estados Mexicanos Intercambian Prácticas Prometedoras en la Implementación de la Ruta de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en Situación de Migración. Noviembre de 2022, blog de la Coalición Internacional contra la Detención, accesible aquí: [www.idcoalition.org/es/news/tres-estados-mexicanos-intercambian-practicas-prometedoras-en-la-implementacion-de-la-ruta-de-proteccion-integral-de-derechos-de-las-ninas-ninos-y-adolescentes-en-situacion-de-migracion/](http://www.idcoalition.org/es/news/tres-estados-mexicanos-intercambian-practicas-prometedoras-en-la-implementacion-de-la-ruta-de-proteccion-integral-de-derechos-de-las-ninas-ninos-y-adolescentes-en-situacion-de-migracion/)

150 El actual gobierno belga (a partir de noviembre de 2022) se ha comprometido a no detener a niñas, niños y adolescentes por razones relacionadas con la migración, pero no existe una prohibición legal de la detención de niñas, niños y adolescentes migrantes, ver Amnistía Internacional, *La Belgique Comdamnée pour avoir détenu des enfants migrants*, 7 de marzo de 2022,

151 PICUM, *Fighting against the detention of children in Belgium*, 24 de mayo de 2019.

152 Ver [Campaign to Close Campsfield and End All Immigration Detention](#).

153 Border Criminologies, *It is time to stand up against migrant detention*, publicación invitada de Yasmine Accardo y Stefano Galieni, 28 de febrero de 2020.

154 Socios anónimos entrevistados el 6 de octubre de 2022.

155 Coalición Internacional contra la Detención, *Las Alternativas a la Detención (ATD) Como Estrategia Para Cambio Sistémico Hacia el Fin de la Detención Migratoria*, 2022.

156 Ver [European Alternatives To Detention Network](#).

157 European Alternatives to Detention Network, *From enforcement to engagement: Scaling up case management as an alternative to immigration detention in Europe Two-year Implementation Plan, 2022-23*.

158 Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria*, mayo de 2022, página 40; Red de las Naciones Unidas sobre Migración, *Detención de Inmigrantes y Alternativas a la Detención en la Región de Asia y el Pacífico, Anexo: Perfiles de Países*, páginas 49 - 50.

159 Coalición Internacional contra la Detención, *Avanzando en el Terreno: Prácticas Prometedoras para Reducir y Poner Fin a la Detención Migratoria*, mayo de 2022, página 40.



Se permite la reproducción parcial o total de este documento, así como la difusión de su contenido por cualquier medio impreso o electrónico, siempre y cuando se cite la fuente.

México, 2023.

[www.idcoalition.org](http://www.idcoalition.org)

