



CIUDADANÍA Y VALORES
FUNDACIÓN

**EL “MÍNIMO SUFRIMIENTO
NECESARIO”:
ALTERNATIVAS AL INTERNAMIENTO
DE INMIGRANTES IRREGULARES**

Jose Miguel SÁNCHEZ TOMÁS
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

Septiembre 2012



La Fundación Ciudadanía y Valores como institución independiente, formada por profesionales de diversas áreas y variados planteamientos ideológicos, pretende a través de su actividad crear un ámbito de investigación y diálogo que contribuya a afrontar los problemas de la sociedad desde un marco de cooperación y concordia que ayude positivamente a la mejora de las personas, la convivencia y el progreso social

Las opiniones expresadas en las publicaciones pertenecen a sus autores, no representan el pensamiento corporativo de la Fundación.

Sobre el autor

Jose Miguel SÁNCHEZ TOMÁS es Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid). Ha formado parte de diversos Grupos de Investigación en materia de derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros en situación irregularidad migratoria y ha publicado diversos trabajos sobre el tema.

EL “MÍNIMO SUFRIMIENTO NECESARIO”: ALTERNATIVAS AL INTERNAMIENTO DE INMIGRANTES IRREGULARES*

Jose Miguel SÁNCHEZ TOMÁS

I. INTRODUCCIÓN:

1. Uno de los grandes retos de la globalización es la gestión de los movimientos migratorios. La magnitud del problema se refleja en las cifras que arroja el fenómeno migratorio. La oficina Eurostat señala que a 1 de enero de 2012 la población total de los 27 países integrantes de la UE era de aproximadamente 503,5 millones de habitantes¹. De esa cifra, 20,5 millones eran ciudadanos de países que no pertenecen a la Unión Europea², lo que representa el 4 % de su población. A título comparativo, la Comisión Europea señala que con una población mundial superior ya a los siete mil millones de personas se calcula que la cifra de emigrantes es alrededor de unos 214 millones, lo que representa un 3,1 % de la población mundial y vendría a indicar que el 9,4 % de esos migrantes serían nacionales de terceros países residentes en la UE; correspondiendo a Canadá un 3,4 %, lo que representa un 21,3 % de su población nacional; y a Estados Unidos un 20 %, lo que representa un 13,5 % de su población nacional³.

2. Diversas coyunturas determinan que estos movimientos migratorios se produzcan en muchas ocasiones al margen de las regulaciones legales estatales de estos flujos, dando lugar al fenómeno de la inmigración irregular. La magnitud de este tipo de inmigración en la UE, según el Proyecto Clandestino con datos referidos a 2008,

* Este trabajo ha sido elaborado dentro del marco del Proyecto de investigación I+D+i *Iusmigrante* (DER 2011-26449), a petición de la Fundación Ciudadanía y Valores (FUNCIVA) como documento de reflexión y debate, procediéndose a su entrega en agosto de 2012.

¹<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&language=en&pcode=tps00001&tableSelection=1&footnotes=yes&labeling=labels&plugin=1>

² VALISEVA, Katya, “Population and social conditions”, *Statistic in focus*, núm. 31/2012 (http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-SF-12-031/EN/KS-SF-12-031-EN.PDF)

³ Estos datos han sido hechos públicos por la Comisión europea el 30 de mayo de 2012 en el marco de su III Informe Anual sobre Inmigración y Asilo (2011) (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0250:FIN:ES:PDF>) y se corresponden con estadísticas elaboradas a partir del Anuario sobre Migración Internacional 2009 de Naciones Unidas (http://www.un.org/esa/population/publications/2009Migration_Chart/2009IttMig_chart.htm).

es de entre 1,9 y 3,8 millones de inmigrantes en situación de irregularidad, lo que supone entre un 0,39 y un 0,77 % de la población total de estos países y entre un 7 y un 13 % del número total de ciudadanos nacionales de países ajenos a la UE⁴. Este mismo informe estimaba que a comienzo de 2008 los inmigrantes irregulares en España eran unos 354.000. Estimaciones más recientes correspondientes a datos de 1 de enero de 2012, sin embargo, permiten considerar que el número de personas inmigrantes en situación irregular no pertenecientes a Estados miembros de la UE ni otros países de la AELC sería actualmente y como consecuencia de la crisis bastante más bajo, en torno a unos 88.000⁵.

⁴ Este Programa, financiado por la Unión Europea, se desarrolló entre septiembre de 2007 y agosto de 2009 con el objetivo de aportar datos sobre inmigración irregular en la UE. El informe final puede consultarse en <http://cordis.europa.eu/documents/documentlibrary/126625701EN6.pdf>

⁵ El cálculo efectuado es el que aparece en el cuadro adjunto y se basa, al igual que el realizado por el Proyecto Clandestino, en el acceso de cualquier residente al padrón municipal de habitantes con independencia de su situación de irregularidad migratoria. De modo tal que las estimaciones sobre irregularidad se obtienen restando del total de inmigrantes empadronados aquellos que tengan regularizada su situación bien por acogerse el régimen común de permisos de residencia, al régimen de familiares comunitarios o de estancia por estudios. En todo caso, la estimación puede resultar distorsionada bien por desajustes en el número de personas empadronadas por falta de actualización de los datos de inmigrantes que se revisan cada dos años desde la inscripción bien en el número de inmigrantes en situación regular por la excesiva demora en los procesos de renovación que llevan a un importante número de inmigrantes a situaciones transitorias en que carecen de un permiso formal de residencia.

Extranjeros	UE	NO UE			TOTAL
		Países (2)	AELC	Resto	
Empadronados (1)	2.440.852	40.399	3.229.789	3.270.188	5.711.040
Régimen general (3)	-	-	2.696.476	2.696.476	2.696.476
Régimen comunitario (3)	2.134.375	26.918	393.325	420.243	2.554.618
Estancia estudiante (4)	-	-	51.804	51.804	51.804
No regularizados (5)	306.477	13.481	88.184	101.665	408.142

(1) Fuente: datos provisionales del INE a 1 de enero de 2012 publicados el 19 de abril de 2012 como Avance de la explotación estadística (<http://www.ine.es/prensa/np710.pdf>)

(2) Países miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (Islandia: 1.430; Liechtenstein: 52; Noruega: 20.594; y Suiza: 18.323)

(3) Fuente: Datos del Observatorio Permanente de la Inmigración a 31 de diciembre de 2011 publicados el 29 de febrero de 2012 (http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/concertificado/201112/Tablas_PR_31122011.pdf). Para el cómputo del resto se incluyen 114 de apátridas y no consta.

(4) Fuente: datos del Observatorio Permanente de la Inmigración a 31 de diciembre de 2011 publicados el 11 de abril de 2012 (<http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/conautorizacion/index.html>).

(5) Los datos de falta de regularización correspondiente a la UE (306.477) y a países AELC (13.481) pueden considerarse irregularidades voluntarias, toda vez que su regularización no exige ningún acto administrativo de autorización de la residencia, bastando sólo el acto de inscripción en el Registro de Extranjeros. Por su parte, los no regularizados del resto de países (88.184), que si exigirían un acto administrativo de autorización de la residencia o estancia son los que eventualmente estarían incursos en estancia irregular.

3. Las políticas públicas desarrolladas por España en relación con la inmigración irregular están condicionadas por la necesidad de su encuadre dentro del marco armonizador de la Unión Europea. Este marco, en cualquier caso, permite un amplio margen de decisión a los estados en el diseño de los instrumentos de control de la inmigración irregular.

4. La intención del presente documento es aportar elementos de debate y reflexión respecto del modelo de regulación de la privación de libertad de inmigrantes irregulares asumido por España dentro de su política de control de la inmigración irregular y la posibilidad de desarrollo de un modelo alternativo más eficiente y con superiores estándares de respeto al derecho fundamental a la libertad. A esos efectos, tras analizar la política de control de la inmigración irregular tanto en la UE (II) como en España (III), se expondrán los nuevos horizontes que para las alternativas al internamiento de inmigrantes irregulares se están abriendo (IV), finalizándose con una serie de conclusiones (V).

II. LA POLITICA DE LA UE SOBRE EL CONTROL DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR:

5. El Pacto europeo sobre inmigración y asilo⁶, aprobado el 15 de octubre de 2008 por el Consejo de la Unión Europea, adoptó cinco compromisos fundamentales en la materia. El segundo de ellos era el de *“combatir la inmigración irregular, garantizando, entre otras cosas, el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular”*. Este compromiso se vinculaba con tres principios fundamentales, entre ellos, que *“los extranjeros en situación irregular en el territorio de los Estados miembros deben abandonar dicho territorio. Cada Estado miembro se comprometerá a garantizar la aplicación efectiva de este principio, dentro del respeto del Derecho y la dignidad de las personas implicadas, dando preferencia al retorno voluntario, y reconocerá las decisiones de retorno adoptadas por otro Estado miembro”*.

6. Por su parte, el Programa de Estocolmo –*“Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”*⁷-, aprobado en diciembre de 2009 por el Consejo de la

Una tabla de datos sobre distribución territorial de la inmigración irregular, utilizando la misma metodología, es la elaborado por la Fundación CeiMigra del Servicio Jesuita de Migraciones, “Consideraciones sobre la restricción de la asistencia sanitaria a la población extranjera residente de facto en España”, pp. 6-9 (<http://www.pueblosunidos.org/cpu/formacion/AsistenciaSanitaria.pdf>).

⁶ <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st13/st13440.es08.pdf>

⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:ES:PDF>

Unión Europea, establece las prioridades para el periodo 2010-2014 respecto de la aplicación de las nuevas disposiciones del Tratado de Lisboa relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia. En materia de inmigración dichas prioridades se concretan, entre otras, en la adopción de *“unas políticas eficaces para luchar contra la inmigración ilegal”*, señalándose que *“Una política de retorno efectiva y sostenible constituye un elemento esencial de un sistema bien gestionado de migración en el marco de la Unión. La Unión y los Estados miembros deberían intensificar sus esfuerzos para repatriar a los nacionales de terceros países que residen ilegalmente. Se deberían asignar los medios financieros necesarios para ello. Una política de este tipo debe ponerse en práctica respetando plenamente el principio de no devolución, así como los derechos y las libertades fundamentales y la dignidad de los repatriados. Debería darse preferencia al retorno voluntario, aunque se reconoce la inevitable necesidad de medios eficaces para ejecutar las repatriaciones cuando sea necesario”* (ap. 6.1.6).

7. La Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular⁸, es el instrumento clave a través del cual la Unión Europea ha intentado armonizar la legislación de los Estados miembros en materia de control de la inmigración irregular. La Directiva recuerda en su Preámbulo que *“En los casos en que no haya razones para creer que con ello se dificulte el objetivo del procedimiento de retorno, debe preferirse el retorno voluntario al forzoso y concederse un plazo para la salida voluntaria”* (ap. 10) y que *“Debe supeditarse expresamente el uso de medidas coercitivas a los principios de proporcionalidad y eficacia por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos”* (ap. 13). En todo caso, el Capítulo IV se dedica al Internamiento a efectos de expulsión, estableciendo el art. 15.1 que *“Salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo, los Estados miembros podrán mantener internados a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, especialmente cuando: a) haya riesgo de fuga, o b) el nacional de un tercer país de que se trate evite o dificulte la preparación del retorno o el proceso de expulsión”*.

8. Estos instrumentos ponen de manifiesto que la política de control de la inmigración irregular de la UE se basa, como objetivo fundamental, en la repatriación de las personas que permanezcan ilegalmente dentro de sus fronteras. De manera subordinada a este objetivo se mueve, por un lado, la preferencia por un sistema de retorno voluntario y, por otro, la admonición al respeto a los derechos fundamentales,

⁸ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:ES:PDF>

pero dejando total libertad a los Estados respecto de la imposición, llegado el caso, de la privación de libertad en el marco de los procedimientos de retorno.

III. LA POLÍTICA ESPAÑOLA DE CONTROL DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR:

9. La legislación española, ya desde lo previsto en el art. 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, ha posibilitado el internamiento de inmigrantes derivado de la mera situación de irregularidad migratoria. Ahora bien, ni la LO 7/1985, ni su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, contuvieron entonces previsión alguna para posibilitar la adopción de otras medidas cautelares que no fuera la privativa de libertad.

10. La posibilidad de acordar el internamiento de inmigrantes como medida cautelar en los procedimientos sancionadores administrativos por estancia irregular se ha mantenido en la actual legislación de extranjería, primero en el art. 58 de la redacción originaria de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y posteriormente, desde la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, en el art. 61, que ha sufrido en su redacción las modificaciones de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, y de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Esta previsión, sin embargo, ya desde la redacción originaria de la LO 4/2000, venía complementada con la posibilidad de adopción de otras medidas como son la presentación periódica ante las autoridades competentes o la retirada de pasaporte. Posteriormente, por LO 11/2003 se posibilitó también acordar la residencia obligatoria en un determinado lugar y, por LO 2/2009, *“cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente”*.

11. Esta concreta previsión legal sobre la adopción de medidas cautelares diferentes al internamiento, sin embargo, no permite afirmar que el ordenamiento español cuente con un sistema de medidas alternativas a la privación de libertad. En primer lugar, la vocación de la legislación española en priorizar el internamiento se evidencia con el contraste de densidad legislativa con la que se regulan las medidas cautelares. De ese modo, alguna de las medidas no privativas de libertad no cuentan con un desarrollo normativa mínimo que posibiliten materialmente su aplicación. En segundo lugar, la propia naturaleza de las medidas no privativas de libertad pone también de manifiesto que no se las pretende dotar de una finalidad propia y autónoma a la de la repatriación forzada, que es a la que está orientada la medida de internamiento. En tercer lugar, el art. 235 del Reglamento de desarrollo de la LO

4/2000, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, también permite concluir que la opción legislativa española por las medidas no privativas de libertad no responde a un modelo alternativo al internamiento sino subsidiario a éste, ya que, el citado art. 235 establece que cuando el instructor del expediente solicite el internamiento y éste sea denegado por la autoridad judicial, dicho instructor podrá adoptar las medidas cautelares no privativas de libertad. Esto es, el actual modelo español de control de la inmigración irregular tiene como único fin la repatriación forzada y, en ese contexto, el sistema legal de medidas cautelares diseñado tiene como único protagonista al internamiento como instrumento para garantizar la disponibilidad del inmigrante para su expulsión, siendo el resto de medidas no privativas de libertad meramente subordinadas a la del internamiento y a la finalidad de la repatriación forzosa.

12. La preferencia por el internamiento del inmigrante irregular en la legislación española, en todo caso, resulta contradictoria con el modelo legislativo asumido por el ordenamiento español de priorizar la sanción económica para los casos de estancia irregular [art. 53.1.a), en relación con el art. 55.1.b) LOEx] y considerar la expulsión como mera medida sustitutiva de la multa (art. 57.1 LOEx) y no como una medida autónoma de restablecimiento de la legalidad migratoria.

13. La ratio entre el número de internamientos y de expulsiones de dichos internados también pone de manifiesto que, al margen de otras consideraciones, esta medida no está cumpliendo de manera óptima su función instrumental de tener como único objetivo legitimador cautelar el posibilitar la ejecución material de la expulsión. Así, por ejemplo, el número total de extranjeros internados en lo CIEs en el periodo entre diciembre de 2011 y marzo de 2012 fue de 3.985 y el de expulsiones en ese mismo periodo de 2.257⁹. Ello determina que en ese periodo sólo se expulsó al 56,5 % de los internos, lo que supone que en casi la mitad de los casos la medida de internamiento ha fracasado en el cumplimiento de la función cautelar para la que legalmente está legitimada. Este porcentaje es muy similar al que se obtiene a partir de la ratio entre personas internadas durante el año 2011, que ascendió a un total de 11.456, y las finalmente repatriadas, que ascendió a 6.825 datos, lo que determina un 59,6 %¹⁰.

⁹ Datos obtenidos de la respuesta dada a las preguntas parlamentarias núm. 184/005387 a 184/005395 y publicada en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados núm. 134 de 25 de julio de 2012, p. 118 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/D_134.PDF).

¹⁰ Datos obtenidos del Informe anual 2011 del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, pp. 110 y 111 (http://mnp.defensordelpueblo.es/informesanuales/informeanual_mnp_2011.pdf).

14. Por otra parte, el costo del sistema de internamiento de extranjeros en España ha supuesto en 2011 un montante total, sin incluir los datos referidos a personal¹¹, de 8.338.262,61 €, lo que determina un coste diario de cada plaza de 17 euros, sin tomar en consideración los gastos de personal¹². En cuanto a la eficiencia del sistema, debe destacarse que a fecha 31 de marzo de 2012 existen operativos nueve centros de internamiento con una capacidad total de 2.548 plazas de las que sólo estaba ocupadas 795¹³ -esto es, el 31,2 % de las plazas-, pero son muy numerosas las quejas sobre las deficiencias de las instalaciones y de atención y respeto a los estándares de los derechos de los internados tanto por parte del Defensor del Pueblo¹⁴ como de la Fiscalía General del Estado¹⁵.

IV. NUEVOS HORIZONTES: LAS ALTERNATIVAS AL INTERNAMIENTO.

15. El internamiento por motivos de irregularidad migratoria, no vinculado a la comisión de ilícitos penal, si bien tiene un cierto marco legitimador en determinadas previsiones de textos internacionales en materia de derechos humanos, está en situación de crisis. Su priorización como medida cautelar en materia migratoria, la excesiva y desproporcionada utilización por algunos países, los altos costos humanitarios y el bajo estándar en la protección de los derechos humanos que supone su uso expansivo y ritualizado, desconectado de las circunstancias concretas del caso, y la ineficacia en el cumplimiento de los fines que le deberían ser propios para ser una medida necesaria en una sociedad democrática han menoscabado sus bases legitimadoras hasta convertirla en una medida sospechosamente sancionatoria. Esta crisis de legitimación y de eficiencia ha sido puesta de manifiesto por diversos estudios

¹¹ El número total del personal policial que presta servicio en los CIE españoles es de 406. Datos obtenidos de la respuesta dada a las preguntas parlamentarias núm. 184/005387 a 184/005395 y publicada en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados núm. 134 de 25 de julio de 2012, pp. 122 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/D_134.PDF).

¹² Datos obtenidos de la respuesta dada el 31 de marzo de 2012 por el Gobierno a la solicitud de informe núm. 186/000005 cursada el 11 de enero de 2012 por el Diputado Sr. Llamazares Trigo.

¹³ Datos obtenidos de la respuesta dada a las preguntas parlamentarias núm. 184/005387 a 184/005395 y publicada en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados núm. 134 de 25 de julio de 2012, pp. 119 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/D_134.PDF).

¹⁴ Informe anual de 2010 del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (aps. 250-284), http://mnp.defensordelpueblo.es/InformesAnuales/InformeAnual_MNP_2010.pdf; e Informe anual de 2011 (aps. 75-106) http://mnp.defensordelpueblo.es/informesanuales/informeannual_mnp_2011.pdf.

¹⁵ Memoria de 2009, pp. 753-759, (http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1242052134611&language=es&pagename=PFiscal%2FPa ge%2FFGE_memorias&selAnio=2009); Memoria de 2010, pp. 889-892 (http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1242052134611&language=es&pagename=PFiscal%2FPa ge%2FFGE_memorias&selAnio=2010) y Memoria de 2011, pp. 1008-1011 (http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1242052134611&language=es&pagename=PFiscal%2FPa ge%2FFGE_memorias&selAnio=2011).

y análisis teóricos (A) y ha provocado el desarrollo de un movimiento de apoyo institucional en favor de un redimensionamiento de la medida cautelar de internamiento y la preferencia por la implantación de modelos alternativos no privativos de libertad que prioricen el retorno voluntario (B).

A) Estudios y marco teórico sobre las alternativas:

16. En el primer lustro del siglo XXI aparecen una serie de estudios de reflexión sobre la necesidad de la adopción de medidas alternativas al internamiento referidas a los solicitantes de asilo y protección internacional. El pionero fue el informe *“Alternative approaches to asylum seekers: Reception and Transitional Processing System”*, elaborado por la *“Justice for Asylum Seekers (JAS) Alliance”* y publicado en junio de 2002¹⁶. Después apareció el informe *“Survey on Alternatives to Detention of Asylum Seekers in EU Member States”* elaborado en el marco de un proyecto financiado por la Unión Europea y publicado en 2006¹⁷. El último de los pioneros fue el extenso trabajo *“Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees”*, elaborado por Ophelia Field en su condición de consultora externa del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y publicado en abril de 2006¹⁸.

17. Las reflexiones y argumentos derivados de estos informes -entonces limitados a los solicitantes de asilo y protección internacional- se ampliaron al internamiento de inmigrantes en situación irregular por la semejanza de contextos. Así, Amnistía Internacional publicó en 2009 un breve trabajo titulado *“Migrantes y solicitantes de asilo irregulares: Alternativas a la detención relacionada con la inmigración”*¹⁹, en que se incluyen como ejemplos de medidas alternativas la obligación de entrega de documentación, la libertad bajo garantías, la libertad bajo supervisión de una ONG, la obligación de personación ante las autoridades o la residencia en centros de régimen abierto. Sin embargo, será el extenso Informe *“Becoming vulnerable in detention”*²⁰, publicado en junio de 2010 y elaborado bajo la coordinación de la Oficina europea del Servicio Jesuita a Refugiados como resultado del Proyecto Devas cofinanciado por la UE, el que tras un estudio de campo sobre los principales problemas con que se enfrentan los extranjeros internados en los diversos

¹⁶ <http://www.safecom.org.au/pdfs/rtpscanberra1.pdf>

¹⁷ http://idcoalition.org/wpcontent/uploads/2009/06/survey_on_alternatives_to_detention_of_asylum_seekers_in_eu_member_states1.pdf.

¹⁸ <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4472e8b84.pdf>

¹⁹ <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/MIGRANTES> Y SOLICITANTES DE ASILO IRREGULARES: ALTERNATIVAS A LA DETENCIÓN RELACIONADA CON LA INMIGRACIÓN?CMD=VEROBJ&MLKOB=27571894040

²⁰ http://www.jrseurope.org/publications/JRS-Europe_Becoming_Vulnerable_In_Detention_June_2010_FULL_REPORT.pdf

países de la UE y confrontar las situaciones de vulnerabilidad con que se enfrentan establezca una serie de conclusiones y recomendaciones en la materia basado en datos empíricos. Así, su principal conclusión es que *“La investigación revela que el coste humano del internamiento es demasiado alto, independientemente de las consecución de sus fines, porque sus negativas consecuencias y sus efectos nocivos para las personas son desproporcionadas a un situación en que ellos no han cometido ningún delito y están sólo sujetos a un procedimientos administrativos, y resulta innecesario detener a las personas y hacerlas vulnerables a los efectos nocivos de detención al existir alternativas no privativas de libertad a la detención”*. De ello extrae como recomendaciones a los países de la UE, entre otras, que la detención de inmigrantes irregulares debe ser sólo usada como último recurso (ap. 18) y que deberían establecerse medidas alternativas al internamiento (19).

18. En el año 2011 se publican tres extensos informes en que, superada la necesidad de argumentar a favor del desarrollo de alternativas menos lesivas que el internamiento de extranjeros, se analizan y describen detalladamente las experiencias internacionales de diversos modelos de medidas alternativas. Los dos primeros informes son documentos preparatorios de referencia para la *“Mesa Redonda Global sobre Alternativas a la detención de solicitantes de asilo, refugiados migrantes y apátridas”*, celebrada los días 11 y 12 de agosto de 2011 bajo los auspicios de los Altos Comisionados de Naciones Unidas para los Refugiados y para los Derechos Humanos. Por un lado, está el titulado *“Volver a lo esencial: El derecho a la libertad y seguridad de la persona y las `alternativas a la detención` de refugiados, solicitantes de asilo, apátridas y otros migrantes”*²¹, elaborado por la consultora experta del ACNUR Alice Edwards. Y, por otro, el titulado *“Existen Alternativas: Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes”*²², elaborado por Sampson, Mitchell y Bowring para la Coalición Internacional contra la Detención y el Centro de Investigación sobre Refugiados de la Universidad de La Trobe (Melbourne-Australia). El tercer trabajo es un nuevo estudio de la Oficina europea del Servicio Jesuita a Refugiados titulado *“From Deprivation to Liberty. Alternatives to detention in Belgium, Germany and the United Kingdom”*²³, publicado en diciembre de 2011.

19. Las principales conclusiones de estos trabajos aparecen recogidas en el documento *“Resumen de conclusiones”*²⁴ de la ya citada Mesa Redonda Global sobre alternativas de mayo de 2011. Entre sus principales mensaje caben destacar los tres siguientes: a) *“Las consecuencias para los derechos humanos, así como los costos*

²¹ <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7533>

²² <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8861.pdf?view=1>

²³ <http://www.jrseurope.org/JRSEuropeFromDeprivationToLiberty20122011.pdf>

²⁴ <http://www.acnur.es/pdf-reunionexpertos/2011-5-11.12-Resumen.pdf>

sociales y económicos de la detención migratoria, demandan la investigación, el estudio y la aplicación de alternativas a la detención”; b) “Las alternativas a la detención (...) son parte de toda evolución de la necesidad y la proporcionalidad de la detención” y c) “Las alternativas a la detención no deben utilizarse como formas alternativas de detención, ni deben convertirse en alternativas a la liberación”. En concreto, algunas de las conclusiones destacadas son el carácter documentado de los drásticos impactos causados por el internamiento en los derechos humanos de los individuos y la eventual causación de consecuencias físicas, emocionales y psicológicas (aps. 9 y 10); la mayor eficiencia de las medidas alternativas que permiten alcanzar más del 90 % de índice de cumplimiento o de cooperación cuando las personas son puestas en libertad bajo supervisión adecuada y la correlación entre determinadas alternativas y los índices de retorno voluntario (ap. 16); y el menor coste económico de las alternativas (ap. 17).

B) El apoyo institucional a las alternativas:

20. Simultáneamente al desarrollo de estos estudios, desde diversas organizaciones internacional se ha mostrado un decidido apoyo a la implantación del modelo de alternativas al internamiento, principalmente en el marco de Naciones Unidas y de la Unión Europea.

21. La Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución núm. 63/184 sobre *“protección de los migrantes”*, aprobada el 18 de diciembre de 2008, *“exhorta a todos los Estados a que respeten los derechos humanos y la dignidad intrínseca de los migrantes y pongan fin a los arrestos y detenciones de carácter arbitrario y a que, en caso necesario, examinen los períodos de detención con el fin de evitar la detención de migrantes irregulares durante períodos excesivamente largos y a que, cuando proceda, adopten medidas sustitutorias de la detención”* (ap. 9) y destaca que *“Toma nota con reconocimiento del éxito logrado por algunos Estados en la aplicación de medidas sustitutorias de la detención en casos de migrantes indocumentados, práctica que merece la consideración de todos los Estados”* (ap. 13)²⁵. Esta misma exhortación y reconocimiento se han reiterado desde ese momento en las sucesivas Resoluciones núm. 64/166²⁶, 65/212²⁷ y 66/172²⁸, sobre *“protección de los migrantes”*, aprobadas el 18 de diciembre de 2009, 21 de diciembre de 2010 y 19 de diciembre de 2011 [aps. 4.a) y d)].

²⁵ <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/481/86/PDF/N0848186.pdf>

²⁶ <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/471/82/PDF/N0947182.pdf>

²⁷ <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/525/29/PDF/N1052529.pdf>

²⁸ <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/469/17/PDF/N1146917.pdf>

22. Por su parte, en el reciente *“Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau”* (A/HRC/20/24)²⁹, distribuido el 2 de abril de 2012 y presentado de conformidad con la resolución 17/12 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se analiza el marco jurídico internacional y regional en materia de derechos humanos (aps. 5-47) y las alternativas a la detención administrativa de los migrantes (aps. 48-67), entre ellas, el registro de migrantes y depósito de documentos, libertad bajo garantía, comparecencias periódicas, libertad vigilada, obligación de residir en un determinado lugar, etc. Entre sus conclusiones y recomendaciones deben destacarse las relativas a que el internamiento nunca debe ser obligatorio ni automático, sino una medida de último recurso cuando no exista otra menos restrictiva, por lo que *“los gobiernos están obligados a establecer en su legislación nacional una presunción en favor de la libertad, considerar primero medidas alternativas no privativas de la libertad, evaluar cada caso y elegir la medida menos rigurosa o restrictiva”* (ap. 68). Igualmente recuerda a los gobiernos *“que las alternativas a la privación de libertad no deben convertirse en alternativas a la puesta en libertad incondicional cuando esta sea posible. Los gobiernos deben establecer salvaguardias para que las personas que tienen derecho a ser puestas en libertad sin condiciones no sean objeto de medidas alternativas”* (ap. 73) y *“exhorta a los Estados a que consideren la posibilidad de abolir progresivamente la detención administrativa de los migrantes”* (ap. 72).

23. La Comisión de la UE, ante ciertas reticencias de los Estados miembros en el cumplimiento de las condiciones subordinadas al objetivo de la repatriación de que se priorice el retorno voluntario y se respeten en los derechos fundamentales en las políticas de control de la inmigración irregular, ha reiterado la necesidad de reconducir las prácticas imperantes en los países miembros. Así, en el Primer informe anual sobre inmigración y asilo (2009) –COM(2010) 214 final, publicado el 6 de mayo de 2010³⁰- la Comisión estableció como recomendaciones tanto que *“Los Estados miembros deberían utilizar la oportunidad que ofrece la Directiva de retorno para estimular el retorno voluntario”*, como que *“La UE y los Estados miembros deberían asegurarse de que las medidas destinadas a mejorar el control de la inmigración tengan plenamente en cuenta los derechos fundamentales (...), de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE”* (ap. 2.2). En el segundo informe anual sobre inmigración y asilo (2010) –COM (2011) 291 final, publicado el 24 de mayo de 2011³¹- la Comisión volvía a poner de manifiesto que *“las medidas eficaces destinadas a prevenir la inmigración irregular y garantizar la seguridad de las fronteras son un*

²⁹http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24_sp.pdf

³⁰<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2010:0535:FIN:EN:PDF>

³¹<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0291:FIN:ES:PDF>

componente esencial de una política de inmigración coherente y creíble de la UE, pero esta política debe ser justa y deben respetarse los derechos humanos”, insistiendo en que “La Directiva de retorno debe ser plenamente incorporada y aplicada por los Estados miembros, quienes deberán continuar aprovechando la oportunidad que ofrece la misma para fomentar la partida voluntaria como opción preferida de retorno” (ap. III). Por último, en el reciente III Informe Anual sobre Inmigración y asilo (2011) – COM(2012) 250 final, publicado el 30 de mayo de 2012³²- también se recuerda que la Comisión ha establecido como prioridad “una trasposición y utilización completa del acervo vigente, especialmente de la Directiva de Retorno, con un acento constante en la marcha voluntaria, en la reinserción y en el control de las garantías de los derechos fundamentales” [ap. IV.6 (5)].

24. En todo caso, otras instituciones comunitarias han resultado más incisivas en esta materia. Así, el Comité Económico y Social Europeo, en su dictamen sobre *“el respeto de los derechos fundamentales de las políticas y la legislación europeas en materia de inmigración”* publicado el 18 de mayo de 2010³³, *“propone que la política europea de retorno fomente el carácter voluntario y la más alta consideración hacia los valores humanitarios”* (ap. 4.6.3) y, en ese marco, haciendo ya una especial incidencia en el concreto aspecto del derecho a la libertad y la grave limitación que supone el internamiento de los inmigrantes irregulares, *“reafirma su posición contraria al mantenimiento en condiciones de detención de los solicitantes de asilo y de los inmigrantes irregulares, ya que su internamiento en centros de detención debe ser una medida en todo caso excepcional”* (ap. 4.7.1).

25. La institución comunitaria más combativa en esta materia es la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales. Entre sus informes destacan el dedicado globalmente a los derechos fundamentales de los inmigrantes en situación irregular, publicado en el 2011 con el título *“Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union –Comparative report-”*³⁴ y, más específicamente, ya en relación con la privación de libertad de los inmigrantes en situación irregular, el titulado *“Detention of third-country national in return procedures”*³⁵, publicado en septiembre de 2010. En este último informe se abordan, entre otras, las cuestiones relativas al respeto al principio de necesidad y proporcionalidad (pp. 21-29) y a las alternativas al internamiento (pp. 49-54). En el resumen ejecutivo se recuerda que el internamiento puede llegar a ser arbitrario si el

³² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0250:FIN:ES:PDF>

³³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:128:0029:0035:ES:PDF>

³⁴ http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA_2011_Migrants_in_an_irregular_situation_EN.pdf

³⁵ http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA-report-detention-december-2010_EN.pdf

propósito perseguido puede alcanzarse con medidas menos restrictivas -como son la personación regular ante la policía o restricciones de residencia- y que aunque muchos países miembros de la UE prevén la posibilidad de aplicar alternativas al internamiento, éstas a menudo sólo se aplican de modo excepcional y principalmente para grupos especialmente vulnerables (p. 7). Igualmente, la Agencia destaca que el análisis de los datos sugiere que las alternativas no son usadas frecuentemente y que la principal razón para priorizar la privación de libertad frente a otras medidas es el riesgo de incomparecencia, a pesar de que hay una notable escasez de fugas entre los individuos a quienes se aplicaron alternativas y de que las estadísticas indican que la aplicación de alternativas puede llegar a incrementar el retorno voluntario (p. 52). De ese modo, esta Agencia incluye como recomendaciones en esta materia, por un lado, que los países que no lo hayan hecho, establezcan legislativamente la posibilidad de estas medidas alternativas y, por otro, que se garantice que en la práctica se aplicarán las medidas menos coercitivas antes de optar por el internamiento (p. 10).

V. CONCLUSIONES FINALES:

26. La política de la UE para el control de la inmigración irregular se fundamenta en la repatriación, con preferencia por el retorno voluntario, dentro de un marco de respeto a los derechos fundamentales, dejando total libertad a los Estados para la imposición, llegado el caso, de la privación de libertad para garantizar el objetivo de la repatriación.

27. La política española de control de la inmigración irregular, a pesar de hacer preferente la sanción económica frente a la expulsión, prioriza el sistema de repatriación forzosa y el internamiento como medida cautelar protagónica. Las medidas cautelares no privativas de libertad resultan excepcionales y subordinadas al internamiento.

28. La ratio internamiento-expulsión de internados –entre un 55 y un 60 %- evidencia un elevado incumplimiento de los fines cautelares de esta medida y la ineficiencia del sistema de repatriación forzada. Además, las infraestructuras de internamiento, a pesar de estar sobredimensionadas -31,2 % de ocupación- y tener un alto coste económico, resultan deficientes y con necesidad de una mejor atención y respeto a los estándares de los derechos de los internados.

29. Diversos estudios internacionales y las experiencias de derecho comparado ponen de manifiesto que el internamiento causa drásticos impactos en los derechos humanos de individuos que no han cometido ningún ilícito penal. Igualmente,

acreditan la mayor eficiencia de determinadas medidas alternativas en el índice de retorno voluntario y su menor coste económico.

30. Diversas instancias internacionales, incluyendo Agencias de Naciones Unidas y de la propia UE, preconizan la abolición progresiva del internamiento de inmigrantes irregulares, que debe ser absolutamente excepcional, y la necesidad de que se establezcan medidas alternativas, y de que, sólo en el caso en que no proceda la completa libertad, se garantice su aplicación en la práctica antes de optar por el internamiento.