



(Directiva 2008/115/CE relativa a las “normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular”)

POSICIÓN DE PICUM SOBRE LA DIRECTIVA DE RETORNO DE LA UE

ABRIL DE 2015

 P I C U M

PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON
UNDOCUMENTED MIGRANTS

La Plataforma para la Cooperación Internacional sobre Migrantes Indocumentados (PICUM), fue fundada en 2001 como una iniciativa de varias organizaciones de base. Actualmente representa una red de más de 160 organizaciones y 190 defensores que trabajan con migrantes irregulares en 38 países, principalmente en Europa, así como en otras regiones del mundo. PICUM ha construido una completa base de experiencias acerca de la brecha entre el derecho internacional de los derechos humanos y las políticas y prácticas existentes en el ámbito nacional. Con más de diez años de experiencia y conocimientos específicos sobre los migrantes irregulares, PICUM promueve el reconocimiento de sus derechos fundamentales proporcionando un vínculo esencial entre las realidades diarias de los migrantes irregulares y los debates a nivel político.

Informe elaborado por Maria Giovanna Manieri y Michele LeVoy (PICUM)

Sinceros agradecimientos al grupo de trabajo de PICUM sobre las políticas migratorias, y a todos los miembros de PICUM que han contribuido a este informe.

Abril 2015

La realización de esta publicación ha sido posible gracias a la generosa ayuda de:



Este proyecto ha recibido financiación del Fondo Europeo de la Comunidad Europea PROGRESS. La información contenida en el informe es responsabilidad exclusiva del autor. La Comisión no se hace responsable de los usos que pudieran hacerse de la información aquí contenida.



SIGRID RAUSING TRUST

PICUM
Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants
Rue du Congres / Congresstraat 37-41, post box 5
1000 Brussels
Belgium
Tel: +32/2/210 17 80
Fax: +32/2/210 17 89
info@picum.org
www.picum.org

FOTO DE PORTADA: Valla del centro de detención 127bis en Steenokkerzeel, Bélgica adornada en ocasión del festival anual "Steenrock" en abril de 2014, en protesta contra las condiciones de detención de los migrantes. Con el eslogan "Hacer música, no centros de detención de inmigrantes", la protesta ha reunido a defensores de los derechos de los migrantes y músicos en frente del centro de detención para mostrar su solidaridad con los migrantes detenidos y para sensibilizar a los visitantes del festival sobre las políticas migratorias y de detención.

Foto: © Elisabeth Schmidt-Hieber

Design: www.beelzepub.com

ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO	2
1. LA DIRECTIVA DE RETORNO: UNA VISIÓN CRÍTICA	4
2. RESPETO DE LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES Y DEL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD EN EL PROCESO DE INTERNAMIENTO (Artículos 15-16).....	8
3. EL INTERNAMIENTO NUNCA ES UNA MEDIDA ACORDE CON EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO (Artículo 17).....	17
4. GARANTIZAR EL ACCESO A LA JUSTICIA Y A LAS VÍAS DE RECURSO PARA INTERPONER RECURSO CONTRA LA DECISIÓN DE RETORNO Y LA ORDEN DE INTERNAMIENTO (Artículos 12-14).....	22
CONCLUSIONES.....	27
RECOMENDACIONES.....	30

RESUMEN EJECUTIVO

En los últimos años, PICUM y sus miembros han mostrado una gran preocupación por los procedimientos de retorno de migrantes irregulares a sus países de origen. Las condiciones de detención de los migrantes, entre ellas el internamiento de menores y sus familias, la violencia, la violación del principio de no devolución durante los procedimientos de expulsión, así como la falta de acceso a los mecanismos de justicia y reparación son numerosos ejemplos de las violaciones de derechos humanos a las que se enfrentan los migrantes en el proceso de retorno.

El presente documento de posición destaca la importancia de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales en los mecanismos de control de la migración y, basándose en las experiencias de distintos Estados miembros, pone de relieve algunas limitaciones en varias prácticas nacionales, como la detención sistemática y prolongada, el internamiento de niños y sus familias, la falta de eficacia de las políticas de retorno y las violaciones de los derechos humanos en el marco de los procedimientos de deportación.

Las normas y los procedimientos aplicables a aquellas personas sometidas a una decisión de retorno están actualmente reguladas por la Directiva de Retorno de la UE, aprobada por la Unión Europea en 2008. Dicha Directiva establece las normas y procedimientos comunes para el retorno de nacionales de terceros países que residen de forma irregular en el territorio de la Unión Europea. La Directiva solicita a los

Estados miembros que dicten una orden de retorno contra los migrantes irregulares, excepto cuando se encuentren en situación regular.

Aunque la Directiva hace referencia formal a la necesidad de respetar los derechos fundamentales en el proceso de retorno de los migrantes a sus países de origen, las limitaciones y las diferentes interpretaciones en su aplicación a nivel nacional están teniendo un impacto negativo en los derechos humanos de los migrantes.

La Directiva de Retorno prevé el internamiento como medida de último recurso, aplicable únicamente cuando exista riesgo de fuga o cuando no sea posible aplicar medidas alternativas. La Directiva también establece un periodo limitado de internamiento de seis meses, prorrogables excepcionalmente a un periodo máximo de 18 meses. La detención de migrantes se ha convertido en gran medida en una parte sistemática de la gestión migratoria en la Unión Europea: en el proceso de transposición de la Directiva de Retorno a sus legislaciones nacionales, once Estados miembros aplicaron el plazo máximo de internamiento de 18 meses y diez Estados miembros ampliaron el límite legal máximo de internamiento que contemplaban sus legislaciones antes de la transposición de la Directiva de Retorno.

En relación con la detención sistemática y prolongada, las recientes evoluciones en las legislaciones de Grecia e Italia ilustran los diferentes enfoques adoptados por los legisladores nacionales

al considerar el uso del internamiento como herramienta para la gestión de la migración.

En Grecia, la detención está permitida por períodos prácticamente indeterminados, más allá de la duración máxima de 18 meses que establece la Directiva de Retorno. Actualmente, el legislador nacional está tratando de utilizar la detención como método disuasorio de la migración irregular. Sin embargo, datos recopilados por los investigadores en el terreno indican que la detención no disuade la migración irregular ni contribuye a una mayor efectividad en los procedimientos de expulsión.

Italia muestra una evolución contraria: el periodo legal de detención fue reducido recientemente de un máximo de 18 meses a un máximo de 90 días. La decisión parece estar basada en las evidencias aportadas a nivel nacional que demuestran el alto coste y la baja eficacia de la detención prolongada como herramienta para la gestión de la migración.

En relación con la detención de menores, la Directiva de Retorno estipula que sólo serán internados como último recurso y durante el menor tiempo posible. Sin embargo, según los informes, 17 Estados miembros de la UE internan a menores no acompañados y 19 Estados miembros internan a familias con menores. Al permitir el internamiento de menores como medida de último recurso, la Directiva de Retorno viola los principios de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, al no reconocer que el internamiento de un menor debido a su situación

migratoria o a la de sus padres constituye en todos los casos una violación de los derechos del niño. Recientemente, tanto el Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño como el Consejo de Europa han aclarado que los menores nunca deberían ser internados por motivos migratorios y que la detención no se puede justificar como medida acorde con el principio del interés superior del niño.

La Directiva de Retorno también establece garantías procedimentales destinadas a respetar los derechos humanos de los migrantes durante el proceso de retorno. Por ejemplo, la Directiva establece que las decisiones de retorno y las prohibiciones de entrada se dictarán por escrito y consignarán los fundamentos de hecho y de derecho. Sin embargo, investigaciones llevadas a cabo en Italia en 2014 muestran que las decisiones de retorno y de detención se fundamentan a menudo únicamente mediante fórmulas estándar y que, en algunos casos, carecen completamente de motivos.

El presente documento de posición ha sido elaborado basándose en el impacto de las disposiciones establecidas en la Directiva de Retorno sobre los migrantes irregulares que han identificado los miembros de PICUM. Su objetivo es arrojar luz al debate sobre la posible evolución de la política de retorno de la UE proporcionando recomendaciones de políticas concretas en relación con la situación a la que se enfrentan los migrantes irregulares durante el proceso de retorno.

1. LA DIRECTIVA DE RETORNO: UNA VISIÓN CRÍTICA

La Directiva 2008/115/CE relativa a las “*normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*” fue adoptada por la Unión Europea en diciembre de 2008.¹ Este texto establece normas y procedimientos comunes para el retorno de migrantes que residen de forma irregular en el territorio de la Unión Europea de conformidad con “*los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos*” (Art. 1).

A pesar de que el artículo 1 hace formalmente referencia a la necesidad de garantizar los derechos fundamentales en el proceso de retorno de los migrantes, la Directiva no establece una política de principios que respete plenamente la dignidad y los derechos humanos de los migrantes. Además, las referencias a los derechos humanos en el texto son vagas y aparecen en gran medida en la introducción.

En la Unión Europea, la gestión de la migración sigue siendo principalmente competencia de los Estados miembros, ya que se sigue considerando como una cuestión de soberanía nacional y con frecuencia se aborda desde una perspectiva de seguridad. A pesar del progreso realizado en los últimos años en lo relativo a la armonización de las normas en la UE, es necesario continuar con los avances hacia una política común dirigida a establecer unos canales estándar así como una gestión de la migración. No obstante, ante la falta de una política integral que rijan la admisión de los migrantes y la gestión de la migración a nivel europeo, la Unión Europea, con la aprobación de la Directiva de Retorno ha tratado de armonizar unas “*normas y procedimientos comunes*” para el retorno de aquellas personas que residan de forma irregular en el territorio de los Estados miembros. Aunque en el contexto de garantizar expulsiones de manera efectiva no se ha demostrado su eficacia, las medidas coercitivas y punitivas establecidas en la Directiva de Retorno, tales como el internamiento prolongado previo a la expulsión y la prohibición de entrada se han convertido actualmente en herramientas comunes utilizadas sistemáticamente por los Estados miembros para la gestión de la migración y del retorno.

- 1 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 16 de diciembre de 2008 sobre las “*normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*”, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:ES:PDF>. Irlanda y el Reino Unido no participan en la adopción de la Directiva de Retorno, por lo que no están obligados por ella en su totalidad ni sujetos a su aplicación. Véase: Considerando n. 26, Directiva 2008/115/CE.
- 2 La sentencia del caso Kadzoev del 30 de noviembre de 2009 dictada por el Tribunal de Justicia puso claramente de manifiesto la obligación de los Estados miembros de no exceder la duración máxima de 18 meses. Caso C-357/09 PPU Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov) v. Bulgaria, disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/09c357_en.pdf. En la sentencia, el Tribunal opinó acerca de las condiciones de internamiento en virtud del artículo 15 de la Directiva de Retorno. En primer lugar, el Tribunal especificó que para saber si la duración máxima del periodo de detención establecida en la Directiva 2008/115/CE ha sido excedida, es necesario calcular cualquier período de internamiento transcurrido antes de la aplicación de la Directiva de Retorno. Por otra parte, la sentencia subraya que el constituir una amenaza para el orden público o la seguridad pública no puede ser invocado como motivo para internar a una persona de conformidad con la Directiva de Retorno si el período de 18 meses ha expirado.

A continuación exponemos algunos aspectos críticos de la Directiva de Retorno:

1.1 Detención administrativa sistemática a efectos de expulsión

Uno de los aspectos más controvertidos de la Directiva de Retorno se refiere al internamiento de nacionales de terceros países en virtud de una orden de repatriación. Es necesario señalar que, mediante las disposiciones introducidas por la Directiva de Retorno, en particular la medida que impone un límite de tiempo de 6 meses al internamiento que podrá prorrogarse excepcionalmente a un máximo de 18 meses², la detención de migrantes se ha convertido en gran medida en una parte sistemática de la gestión de la migración en los Estados miembros de la UE.

Como parte del cumplimiento de las medidas legales previstas en la Directiva, once Estados miembros³ aplicaron el plazo máximo de internamiento de 18 meses y diez Estados miembros⁴ ampliaron el límite legal máximo de internamiento. Como ejemplo de ello, en Francia, la duración máxima del periodo de detención de 32 días que establecía la Ley N° 2003-1119 del 26 de noviembre de 2003, se amplió a un máximo de 45 días como consecuencia de la transposición de la Directiva de Retorno, el 16 de

junio de 2011.⁵ Actualmente, la detención migratoria en Francia “[...] se limita estrictamente al tiempo necesario para organizar la expulsión y, excepto en algunos casos, no puede exceder los 45 días”⁶. El Gobierno italiano también amplió inicialmente el plazo máximo de detención a doce meses, pero la nueva ley aprobada en octubre 2014 establece un límite máximo de 90 días.⁷

La Directiva establece que sólo se recurrirá al internamiento a efectos de expulsión si otras medidas suficientes de carácter menos coercitivas no se pudieran aplicar de manera efectiva en un caso específico, especialmente si hay un riesgo de fuga, o si la persona de que se trate evite o dificulte la preparación del retorno o del proceso de expulsión.

De conformidad con la Directiva, el internamiento sólo será ordenado por las autoridades administrativas o judiciales, por escrito, indicando los fundamentos de hecho y de derecho y deben estar sujetos a un control judicial rápido cuando sea requerido. En caso de que el internamiento sea ilegal o cuando no exista una perspectiva razonable de expulsión, el nacional de un tercer país será puesto en libertad inmediatamente (**Art. 15**). El Tribunal de Justicia de la UE ha aclarado que el período de detención administrativa debe limitarse únicamente a aquellos casos en los que los migrantes estén en espera de ser repatriados.⁸

3 Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia. Alemania, Italia, Lituania, Malta, Holanda, Rumanía y Eslovaquia. Véase: Comunicación de la Comisión Europea sobre la Política de Retorno de la UE, 28 de marzo de 2014, COM(2014) 199, p. 17, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282014%290199_/com_com%282014%290199_en.pdf.

4 Francia, Grecia, Hungría, Italia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, Eslovaquia y España. Véase: Comunicación de la Comisión Europea sobre la Política de Retorno de la UE, 28 de marzo de 2014, COM(2014)199, p. 17, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282014%290199_/com_com%282014%290199_en.pdf.

5 Ley 2011-672 del 16 de junio de 2011 sobre Inmigración, Integración y Nacionalidad publicada en el BOE del país el 17 de junio de 2011 (Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité).

6 Véase: Service Public, « *Rétention administrative d'un étranger en instance d'éloignement* », disponible en: <http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F2780.xhtml>. Desde que se promulgó esta ley en Francia, la duración media de la detención ha sido de 11,2 días y de 9,7 durante todo el año 2011. Sin embargo, esta ampliación del plazo legal de espera no ha garantizado la eficacia ni ha ayudado a que las autoridades consulares mejoren las condiciones de reconocimiento de su nacionalidad. Las personas que no podían ser identificadas en el plazo de 32 días no han sido por ello mejor identificadas desde que entrara en vigor la ley de 2011. La única diferencia es que los consulados han ampliado el plazo de presentación de sus respuestas para informar a la administración francesa de si el migrante es o no de su nacionalidad. Véase: Punto de no retorno, “*La inútil detención de los inmigrantes no retornables, Ficha Técnica Detención de Migrantes en Francia*”, enero de 2014, disponible en: http://pointofnoretturn.eu/wp-content/uploads/2013/12/PONR_Factsheet_FR_HR.pdf.

7 Ley del 30 de octubre de 2014, n. 161, “*Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013-bis*”, (14G00174) (GU Serie Generale n.261 del 10-11-2014 - Suppl. Ordinario n. 83), disponible en: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/11/10/14G00174/sq>. Para más información véase el capítulo II.

8 Véase arriba: Caso C-357/09 PPU Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov) v. Bulgaria.

Sin embargo, la ampliación del período de detención en varios Estados miembros se traduce en dificultades cada vez mayores para los migrantes en los centros de internamiento a la espera de ser deportados. El Tribunal de Justicia también aclaró que los Estados miembros no podrán aplicar sanciones penales por incumplimiento de una orden de repatriación tras ser superado el plazo de salida voluntaria, ya que la sanción -incluida la detención- podría poner en peligro la consecución de los objetivos perseguidos por la Directiva, privándola de su eficacia.⁹

En principio, las garantías establecidas en el artículo 15 tienen por objeto limitar la detención sistemática como herramienta para la gestión de la migración. Sin embargo, la vaga redacción de los motivos específicos por los que el internamiento podría estar justificado, tales como el “riesgo de fuga”, deja amplios márgenes de interpretación, haciendo que el requisito de “*salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo*” sea redundante.

1.2 Garantías contra el internamiento arbitrario: justificación legal

En relación con el internamiento, es importante destacar la falta de asistencia legal obligatoria así como la duración y las condiciones de la detención. La Directiva establece que, como norma general, el internamiento se llevará a cabo en centros especializados. Se autorizará a los nacionales de terceros países en régimen de internamiento a que entren en contacto en el momento oportuno con sus representantes legales, los miembros de su familia y las autoridades consulares competentes y se prestará particular atención a la situación de las personas vulnerables. Se les dispensará atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de las enfermedades (**Art. 16**).

A pesar de que la Directiva establece que el internamiento será ordenado por las autoridades administrativas o judiciales indicando los fundamentos de hecho y de derecho, en ocasiones, las órdenes de internamiento y las autorizaciones judiciales para el arresto carecen de fundamento específico y no tienen en cuenta las circunstancias concretas del caso y las posibles necesidades de protección o los factores de vulnerabilidad del migrante de que se trate.

1.3 Internamiento de menores y de sus familias

La Directiva estipula que se debe establecer un límite específico cuando se trate del internamiento de menores y familias, quienes sólo serán internados como último recurso y durante el menor tiempo posible. La Directiva establece que el interés superior del niño deberá ser una consideración de primer orden en el internamiento de los menores en espera de expulsión (**Art. 17**).

Sin embargo, al permitir el internamiento de menores como medida de último recurso, la Directiva de Retorno viola los principios de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, pues no reconoce que el internamiento de un menor debido a su situación migratoria o a la de sus padres constituye en todos los casos una violación de sus derechos y contraviene al principio del interés superior del niño.

9 Véase: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-61/11, *Hassen El Dridi, alias Karim Soufi*, 28 de abril de 2011, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=EN&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=82038&occ=first&dir=&cid=81346>. Véase también: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-329/11, *Alexandre Achughbabian v Préfet du Val-de-Marne*, 6 de diciembre de 2011, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=EN&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=115941&occ=first&dir=&cid=81422>.

1.4 Prohibición de entrada y criminalización de la migración

Otro elemento muy criticado de la Directiva de Retorno es la prohibición de entrada en toda Europa impuesta sobre todos los migrantes irregulares que hayan sido objeto de un procedimiento de retorno forzoso. De conformidad con la Directiva, la duración de la prohibición de entrada se determinará con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto y, en principio, su vigencia no excederá los cinco años a menos que el nacional de un tercer país represente una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. Por otro lado, los Estados miembros considerarán la posibilidad de revocar o suspender la prohibición de entrada cuando el nacional de un tercer país pueda demostrar que ha abandonado el territorio del Estado miembro en pleno cumplimiento de una decisión de retorno (**Art. 11**).

Sin embargo, imponer una duración de prohibición de entrada a los migrantes que han sido objeto de expulsiones forzosas en el pasado constituye una medida punitiva innegable y contribuye a la lógica de criminalización de la migración. Las prohibiciones de entrada cumplen objetivos disuasorios y retributivos y no pueden ser justificados en términos de corrección. La imposición de la prohibición de entrada debería por tanto estar siempre sujeta a revisiones de proporcionalidad caso por caso. El derecho a interponer recurso contra la imposición de la prohibición de entrada debería ser siempre concedido. La prohibición del retorno lícito puede violar el principio de proporcionalidad según el caso, ya que plantea una cuestión de total desproporcionalidad respecto a los derechos a la vida privada y familiar y funcionan como una sentencia administrativa que, en muchos casos, puede tener mayores efectos perjudiciales que la imposición de una sentencia penal.

1.5 Garantías procedimentales y posibilidad de recurrir las órdenes de expulsión y detención

La Directiva de Retorno establece varias garantías procedimentales que se encuentran definidas en el párrafo 11 del preámbulo: “Debe establecerse un conjunto mínimo común de garantías jurídicas respecto de las decisiones relativas al retorno para garantizar una protección eficaz de los intereses de las personas de que se trate.” Sin embargo, en la práctica, en el caso de una decisión de retorno las garantías procedimentales son limitadas. La Directiva establece que las decisiones de retorno, las decisiones de prohibición de entrada y de expulsión se dictarán por escrito y consignarán los fundamentos de hecho y de derecho, así como información sobre las vías de recurso de que se dispone (**Art. 12**).

De conformidad con la Directiva de Retorno, se concederá a los migrantes asistencia lingüística y jurídica para interponer recurso contra las decisiones relativas a la expulsión ante un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa competente e imparcial (**Art. 13**). Sin embargo, a pesar del reconocimiento formal en la legislación nacional del derecho de los migrantes a acceder a la justicia a través de los tribunales, los procedimientos a menudo carecen de efecto suspensivo en contra de la orden de expulsión y, por lo tanto, pueden ser deportados antes de poder acogerse a su derecho de acceso a la justicia.

2. RESPETO DE LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES Y DEL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD EN EL PROCESO DE INTERNAMIENTO (ARTÍCULOS 15-16)

La Directiva 2008/115/CE sobre las “normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular” contiene disposiciones específicas relativas al uso de fuerza coercitiva por los Estados miembros, fuera del sistema de justicia penal y del control del poder judicial para llevar a cabo las expulsiones de nacionales de terceros países.¹⁰ En relación a la detención migratoria, la Directiva de Retorno establece que los migrantes irregulares pueden ser legalmente internados a los efectos de retorno o expulsión cuando no se puedan aplicar otras medidas menos coercitivas.¹¹

De conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, el internamiento debe ser ordenado por ley y necesario, razonable y proporcional a los objetivos perseguidos. A pesar de que la Directiva de Retorno estipula que el internamiento debe ser una medida de último recurso, en la práctica, la Unión Europea y sus Estados miembros han explorado muy pocas alternativas

viabiles al internamiento y la detención administrativa por motivos migratorios se aplica en la actualidad de forma sistemática en toda la Unión Europea.¹²

Un informe publicado en 2014 por Pueblos Unidos destaca que la detención migratoria es utilizada en exceso por las autoridades nacionales. Pueblos Unidos también encontró que, en muchos casos, la detención se aplica incluso cuando no existen perspectivas razonables de deportación. Por ejemplo, según los informes, en Barcelona, en 2013, el 54% de los migrantes internados fueron puestos en libertad mientras que el 46% fueron deportados. El informe también señala que el marco jurídico español ofrece muchas garantías. Sin embargo, éstas no son aplicadas en la práctica. La revisión judicial es a menudo ineficaz y, según los informes, la calidad de la representación legal de los migrantes internados es frecuentemente muy baja.¹³

10 Por ejemplo, el artículo 8(4) de la Directiva 2008/155/CE establece que: «En los casos en que los Estados miembros utilicen, como último recurso, medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión de un nacional de un tercer país que se oponga a su expulsión, tales medidas serán proporcionadas y la fuerza ejercida no irá más allá de lo razonable».

11 Véase Artículo 15(1).

12 Véase: Comunicación de la Comisión Europea sobre la Política de Retorno de la UE, 28 de marzo de 2014, COM(2014) 199, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282014%290199_/com_com%282014%290199_en.pdf Véase también: Agencia Europea de Derechos Fundamentales, “Detention of third-country nationals in return procedures”, Noviembre de 2010, disponible en: <http://www.refworld.org/pdfid/4ecf77402.pdf>.

13 Véase: Pueblos Unidos, “CIE Informe 2013, Criminalizados, Internados, Expulsados”, Marzo 2014, disponible en: http://www.entreculturas.org/files/documentos/estudios_e_informes/InformeCIE2013.pdf?download. En el informe, Pueblos Unidos afirma que no se analizan y evalúan las particularidades de cada caso y que, según consta, la policía solicita automáticamente el ingreso en los centros de internamiento (CIES) atendiendo a la existencia de una orden de expulsión, haciendo caso omiso a las particularidades del caso, tales como que la persona tenga una solicitud de residencia en trámite. Los tribunales tienden a autorizar sin cuestionamientos las solicitudes de internamiento, a pesar de que supuestamente debe ser una medida de último recurso.

En España, por ejemplo, las autoridades nacionales generalmente utilizan más la detención migratoria que otras posibles alternativas. Las organizaciones de la sociedad civil encargadas de dar seguimiento al uso de la detención administrativa en España han encontrado que, aunque el marco legal español prevé diversas garantías, incluida la alternativa al internamiento, en el contexto de la gestión de la migración, las autoridades judiciales competentes a menudo no realizan una evaluación individual de cada caso y, como consecuencia, las alternativas a la detención no se aplican en la práctica.¹⁴

PICUM muestra especial preocupación por el hecho de que la práctica de la detención administrativa por motivos migratorios no viene acompañada sistemáticamente de garantías legales y de una protección de los derechos humanos de los migrantes internados. A pesar de que la Directiva de Retorno establece garantías para el cumplimiento de los derechos fundamentales de los migrantes durante el proceso de retorno (artículos 14 a 18), a menudo, estos principios no se aplican en la mayoría de países de la UE.¹⁵

En la actualidad, varios Estados miembros de la UE pueden detener a migrantes irregulares por entrada o permanencia irregular, más allá de lo que establece la Directiva de Retorno, ya que tales actos se consideran objeto de sanciones penales de conformidad con la legislación nacional.¹⁶ Aunque en principio el derecho penal no es competencia de la UE, la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) aclaró que “los Estados miembros no podrán aplicar normas de derecho penal que puedan perjudicar a la aplicación de las normas y procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115 y por lo tanto privarla de su eficacia”.¹⁷ Además, el TJUE aclaró que la detención por infracción de estancia irregular antes de llevar a cabo la expulsión retrasa innecesariamente el proceso de expulsión¹⁸ y que por tanto, de conformidad con la legislación comunitaria, no está permitido procesar a un migrante en situación irregular bajo el derecho penal previa adopción e implementación de la decisión de retorno.¹⁹

En particular, los miembros de PICUM detectaron las siguientes deficiencias en la aplicación práctica de los estándares de referencia establecidos por la Directiva de Retorno a nivel nacional:

14 Ibid.

15 Por ejemplo, durante sus visitas de país a Italia, Grecia, Túnez y Turquía en 2012 y 2013, el Relator Especial de la ONU sobre los Derechos Humanos de los Migrantes fue testigo en repetidas ocasiones de la aplicación de procedimientos de detención inapropiados, incluida la ausencia de representación legal adecuada, la falta de acceso de los internados a servicios consulares y de traducción o interpretación, la falta de procedimientos apropiados para la identificación de personas vulnerables y la ausencia de vías de recurso efectivas. Véase: Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau, 24 de abril de 2013, A / HRC / 23/46, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.46_en.pdf

16 Actualmente, la legislación penal de 17 Estados miembros de la UE tipifica como delito el cruce irregular de fronteras o la estancia irregular. En otros Estados miembros de la UE, la entrada o estancia irregular constituye una infracción administrativa y no un delito (como por ejemplo en la República Checa, según la Ley sobre la estancia de extranjeros en el territorio de la República Checa y en Eslovaquia, véase el artículo 76 de la Ley 48/2002 Coll. sobre la residencia de extranjeros). En 12 Estados miembros, la entrada o estancia irregular puede ser castigada con penas de prisión, que, en el caso de Bulgaria pueden ser de hasta 5 años. Para más información véase: Agencia Europea de Derechos Fundamentales, “Los derechos fundamentales de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea”, 2001, disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1827-FRA_2011_Migrants_in_an_irregular_situation_EN.pdf. Para una información más detallada consulte también: Red Europea de Migración, “Medidas prácticas para la reducción de la inmigración irregular”, Informe de Síntesis de la UE, Octubre 2012, disponible en: http://www.emnbelgium.be/sites/default/files/publications/Oa_emn_synthesis_report_irregular_migration_publication_april_20131.pdf, para más información sobre la criminalización de la migración irregular en Europa véase en concreto el Anexo V.

17 TJEU, C-61/11, *El Dridi*, 28 de abril de 2011, párrafos 55-59; CJEU, C-329/11 [2011] *Alexandre Achoughbabian v. Préfet du Val-de-Marne*, 6 de diciembre de 2011, párrafos 39 y 43; CJEU, C-430/11, *Sagor*, 6 de diciembre de 2012 (relativo a la imposición de una multa), párrafo 32.

18 TJEU, C-329/11 [2011] *Alexandre Achoughbabian v. Préfet du Val-de-Marne*, 6 de diciembre de 2011, párrafo 40.

19 Ibid., párrafo 45.

2.1 Límite del plazo legal de detención: análisis comparativo de la evolución legal en Grecia e Italia

A pesar de que podría argumentarse que la Directiva de Retorno ha contribuido a una convergencia - y en general a la reducción - de los períodos máximos de internamiento en la Unión Europea,²⁰ la aplicación de las medidas legales previstas en la Directiva ha tenido un impacto considerable en la prórroga del periodo de internamiento más allá de los seis meses dando lugar a la ampliación de los plazos máximos de detención en diez Estados miembros, en comparación con la legislación en vigor antes de la transposición de la Directiva de Retorno.²¹

La evolución de la legislación en Italia y en Grecia ilustra los diferentes enfoques adoptados por los legisladores nacionales al considerar el uso de la detención como herramienta para la gestión de la migración. Por un lado, en Grecia, mediante el establecimiento de periodos prácticamente indeterminados de detención más allá del límite máximo de 18 meses establecido en la Directiva de Retorno, el legislador nacional está tratando de utilizar la detención como método disuasorio de la migración irregular. Sin embargo, las evidencias recopiladas por los investigadores en el terreno muestran que la detención no disuade la migración irregular ni contribuye a una mayor efectividad de los procedimientos de expulsión.²²

Por otro lado, en Italia, el legislador nacional ha decidido recientemente reducir los plazos legales de internamiento de un máximo de 18 meses a un máximo de 90 días. La decisión parece estar basada en las evidencias aportadas a nivel nacional que demuestran el alto coste y la baja eficacia del internamiento prolongado como herramienta para la gestión de la migración.²³

20 Véase: Comunicación de la Comisión Europea sobre la Política de Retorno de la UE, 28 de marzo de 2014, COM(2014) 199, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com_com%282014%290199_/com_com%282014%290199_en.pdf.

21 Ibid., párrafo 17. En particular, los siguientes Estados miembros han aumentado la duración máxima del periodo de internamiento como resultado de la aplicación de la Directiva de Retorno: Francia, Grecia, Hungría, Italia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, Eslovaquia y España.

22 Véase por ejemplo: Midas Report, "Assessing the Cost-effectiveness of Irregular Migration Control Policies in Greece", octubre de 2014, disponible en: <http://www.eliamap.gr/wp-content/uploads/2014/11/MIDAS-REPORT.pdf>. Véase también: Midas Report, "Is the indiscriminate detention of irregular migrants a cost-effective policy tool? A case-study of the Amygdaleza Pre-Removal Center", mayo de 2014, disponible en: http://www.eliamap.gr/wp-content/uploads/2014/05/Policy-brief_the-case-study-of-Amygdaleza-1.pdf.

23 Véase por ejemplo: Lunaria, "Costi disumani. La spesa pubblica per il 'contrasto dell'immigrazione irregolare'", 30 de mayo de 2013, disponible en: <http://www.lunaria.org/2013/05/30/rifiutare-costa/>. Véase también: A. Di Martino, F. Biondi Dal Monte, I. Boiano, R. Raffaelli, "The Criminalization of irregular immigration: law and practice in Italy", Pisa University Press, mayo de 2013, disponible en: <http://www.wiss-lab.dirpolis.sssup.it/files/2013/05/Libro-dirpolis-1.pdf>.

GRECIA

Ampliación del límite legal de detención de migrantes más allá de los 18 meses

El 20 de marzo de 2014, el Consejo Jurídico del Estado Griego emitió el Dictamen 44/2014 que afecta a aquellas personas que se encuentran en situación de detención por motivos de una orden de retorno y cuyo traslado no puede efectuarse por falta de cooperación.

El Dictamen permite la autorización de órdenes de detención indefinidas más allá del límite inicial de 18 meses establecido en la Directiva de Retorno en el caso de migrantes irregulares que no cooperen con el proceso de retorno. De este modo, el Dictamen contraviene de manera flagrante las garantías establecidas en el artículo 15 de la Directiva de Retorno, permitiendo privaciones de libertad prolongadas e indeterminadas. Esta práctica constituye una clara violación del artículo 15(6) de la Directiva de Retorno de acuerdo con la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.²⁴ Es importante destacar que en su sentencia, el Tribunal no contempló ninguna excepción a la duración máxima de la detención a efectos de expulsión.

A nivel nacional ya se han adoptado más de un centenar de decisiones individuales que permiten un período de detención más allá del límite inicial de 18 meses.²⁵ Por ejemplo, en una decisión emitida el 13 de abril de 2014 contra una persona que había estado internada desde el 13 de octubre de 2012 (por un período total de 18 meses), las autoridades nacionales establecieron, de conformidad con el Dictamen 44/2014 que, en caso de una continua falta de cooperación, podrían llevarse a cabo medidas que establezcan una *“estancia obligatoria en el centro de detención donde ya estaba internado”*

El Tribunal Administrativo de Primera Instancia de Atenas interpuso una primera demanda contra el Dictamen 44/2014 el 23 de mayo de 2014. El Tribunal falló en contra de la detención indefinida de migrantes y halló que las medidas establecidas en el Dictamen 44/2014 no se basaban en ninguna disposición legal oficial y que efectivamente constituían una prolongación de la detención más allá del plazo de 18 meses establecido por la Directiva de Retorno. El migrante afgano afectado en el caso ya había sido internado por el período máximo de 18 meses y por tanto, debería haber sido puesto en libertad.

A raíz de este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictaminó el 26 de junio de 2014 que las condiciones en los centros de detención en Salónica y en Atenas constituían trato inhumano o degradante, y violaban el Convenio Europeo de Derechos Humanos.²⁶

Hay que destacar que la aplicación sistemática de una política que permite la detención ilimitada y prolongada podría afectar a cientos de personas que actualmente están detenidas por motivos migratorios en Grecia. De acuerdo con el Dictamen 44/2014, alrededor de 7.500 migrantes están internados en centros de detención a efectos de expulsión y en otros centros de detención, de los cuales aproximadamente 300 ya han alcanzado el período máximo de 18 meses. Esta evolución muestra claramente que actualmente, Grecia viola las garantías establecidas en la Directiva de Retorno y está sometiendo a los migrantes a períodos de detención extremadamente largos y sistemáticos.²⁷ El 9 de febrero de 2015, el Viceministro griego de Orden Público se dirigió al Parlamento griego en su primer discurso sobre política y se comprometió a garantizar el fin de la detención indefinida de migrantes bajo los procedimientos de retorno.²⁸

24 TJUE, C-357/09, PPU Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov). Véase en concreto: párrafo 69: *“Es necesario señalar que, tal y como se desprende de los párrafos 37, 54 y 61 supra, el artículo 15 (6) de la Directiva 2008/115 en ningún caso autoriza que pueda excederse el período máximo establecido en dicha disposición”,* incluso cuando *“la persona de que se trate... no posea los documentos válidos, presente una conducta agresiva y no tenga medios económicos para mantenerse ni alojamiento o medios suministrados por el Estado para ello”.*

- 25 En un documento dirigido al Grupo de Abogados por los Derechos de los Inmigrantes y Refugiados en Grecia, el Tribunal Administrativo de Atenas confirmó que, a partir de principios de noviembre de 2014, el Tribunal había analizado 150 casos de detención prolongada: en 127 casos, el Tribunal halló una violación y estableció que los migrantes debían ser puestos en libertad, mientras que 23 casos fueron rechazados. Para más información véase: Grupo de Abogados por los Derechos de los Inmigrantes y Refugiados, en <http://omadadikigorwnenglish.blogspot.be/>. Durante el 2014, el Consejo Griego para los Refugiados prestó asistencia legal a diez migrantes para impugnar ante el Tribunal Administrativo de Primera Instancia de Atenas la legalidad de su detención más allá de los 18 meses. En los diez casos, las autoridades griegas habían impuesto órdenes de facto de detención indefinida después de que los nacionales de los terceros países en cuestión habían estado internados por el periodo máximo 18 meses previstos en la legislación griega y de la UE. Los casos afectaban a nacionales de Irán, Bangladesh, Pakistán, Costa de Marfil, Nigeria, Túnez y Egipto, quienes estuvieron internados entre 19 y 23 meses en total. En todos estos casos, los jueces competentes encontraron que la detención prolongada no estaba de acuerdo con la legislación vigente. Para más información véase: Declaración conjunta de Amnistía Internacional y el Consejo Griego para los Refugiados, 11 de Febrero de 2015, disponible en: <http://www.gcr.gr/index.php/en/news/press-releases-announcements/item/445-deltio-typou-11-2-2015>.
- 26 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *De los Santos and de la Cruz v. Grecia*, Solicitudes 2134/12 y 2161/12, 26 de junio de 2014, disponible en: <http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/AFFAIRE%20DE%20LOS%20SANTOS%20ET%20DE%20LA%20CRUZ%20c.%20GRECE.pdf>.
- 27 Además, la medida se suma a las pésimas condiciones en los centros de detención en Grecia que ya han sido suficientemente documentadas. En abril de 2014, Médicos Sin Fronteras (MSF) publicó un informe sobre el sufrimiento invisible de los migrantes detenidos en Grecia, concluyendo que la detención tiene consecuencias devastadoras en la salud y la dignidad humana de estas personas. Véase: Médicos Sin Fronteras, “*El sufrimiento invisible*”, abril de 2014, disponible en: http://www.doctorswithoutborders.org/sites/usa/files/attachments/invisible_suffering.pdf. El informe detalla que los migrantes y los solicitantes de asilo sufren una amplia gama de enfermedades tales como ansiedad, depresión y llevan a cabo acciones extremas como huelgas de hambre, autolesiones e intentos de suicidio como resultado de las pésimas condiciones y de la falta de asistencia médica adecuada.
- 28 Véase: Declaración conjunta de Amnistía Internacional y el Consejo Griego para los Refugiados, 11 de Febrero de 2015, disponible en: <http://www.gcr.gr/index.php/en/news/press-releases-announcements/item/445-deltio-typou-11-2-2015>.

ITALIA

La detención prolongada no aumenta la efectividad de la expulsión

En Italia, la detención obligatoria de migrantes que residen de manera irregular en el país fue introducida por primera vez en 1998 por la Ley Turco-Napolitano.²⁹

En mayo de 2008, el recién electo gobierno de Berlusconi, alegando la necesidad urgente de abordar la “*afluencia persistente e insólita de ciudadanos no comunitarios*”, declaró un “estado de emergencia”, que condujo a la adopción de un nuevo “Paquete de Seguridad” (Pacchetto Sicurezza)³⁰ destinado a facilitar las expulsiones y a abordar la migración irregular.

En julio de 2009, como parte del “Paquete de Seguridad”, el legislador nacional adoptó “*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*” (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), que modificaban la Ley Consolidada sobre Inmigración de 1998.³¹ El artículo 6 de la Ley de Inmigración fue modificado para introducir por primera vez en la legislación italiana el delito de estancia irregular en Italia, punible con pena de cárcel de hasta un año y una multa de hasta 2.000 euros. Dicha modificación también amplió la duración máxima del periodo de detención de los migrantes indocumentados de 60 a 180 días.³²

El Paquete de Seguridad también incluía disposiciones que permitían la pena de prisión de hasta cuatro años para aquellos migrantes que hubiesen sido hallados en el país en violación del período de salida voluntaria. En su sentencia del caso *El Dridi*,³³ el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando se le solicitó evaluar si dicha privación de libertad era compatible con la Directiva de Retorno de la UE, determinó que, si bien la legislación penal es competencia nacional, la legislación nacional no puede privar a la legislación de la UE - y en este caso a la Directiva de Retorno - de su eficacia. El Tribunal destacó que una sanción penal de prisión podría poner en peligro la consecución de un objetivo clave de la Directiva de Retorno, es decir, el establecimiento de procedimientos de expulsión efectivos.³⁴

Al transponer la Directiva de Retorno a la legislación nacional en agosto de 2011, el legislador italiano decidió aumentar el periodo máximo de detención argumentando que un aumento del límite máximo establecido a 18 meses permitiría una mejor gestión de los retornos forzados en el país. En agosto de 2011, la Ley Consolidada sobre Inmigración fue modificada mediante la Ley 129/2011,³⁵ que, al transponer la Directiva de Retorno a la legislación italiana, amplió además el límite legal máximo de detención de 180 días a 18 meses.

A pesar de que la lógica de la ampliación del periodo máximo de detención en Italia era dar más tiempo a la administración para la identificación de los nacionales de terceros países afectados, en la práctica esto no tuvo los resultados esperados ya que ha sido comprobado que a menudo la identificación es muy difícil o imposible de realizar incluso después de los seis meses de detención, límite tras el cual los migrantes son normalmente puestos en libertad. El Tribunal de Cuentas italiano examinó en su auditoría anual de 2004 el gasto total en la gestión de la migración y halló que la ampliación del periodo máximo de detención tiene un uso limitado como medida de aumento de las expulsiones.³⁶

Con el objetivo de adoptar un enfoque más realista basado en las evidencias sobre la gestión de la migración, Italia modificó su legislación migratoria mediante la ley 161/2014³⁷ adoptada el 30 de octubre de 2014 y entrada en vigor el 25 de noviembre de 2014. Como parte de la nueva legislación, el límite de tiempo máximo de detención se redujo de 18 a 90 días.³⁸

29 Legge 6 marzo 1998, n. 40, “*Disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*”, Gazzetta Ufficiale n. 59 del 12 marzo 1998 - Supplemento Ordinario n. 40, disponible en: <http://www.camera.it/parlam/leggi/98040l.htm>. Como consecuencia de la adopción de la nueva ley, el Decreto Legislativo N° 286/1998 (Ley Consolidada sobre Inmigración) fue adoptado en agosto de 1998. Véase: Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, “*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*”, Gazzetta Ufficiale n. 191 del 18 agosto 1998 - Supplemento Ordinario n. 139, disponible en: <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/98286dl.htm>.

- 30 Legge 24 luglio 2008, n.125 (G.U. n. 173 del 25/07/2008), “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*”, disponible en: http://www.difesa.it/Legislazione/Norme_in_rete/Pagine/urn_nir_parlamento_legge_2008-07-24_125_05_08_200801_06_2011_15_08_39.aspx.
- 31 Legge 15 luglio 2009, n. 94, “*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*”, Gazzetta Ufficiale n. 170 del 24 luglio 2009 - Supplemento ordinario n. 128, disponible en: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090941.htm>.
- 32 Véase el art. 14(5) de la Ley de Inmigración 286/1998.
- 33 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-61/11, *Hassen El Dridi, alias Karim Soufi*, 28 de abril de 2011, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=EN&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=82038&occ=first&dir=&cid=81346>.
- 34 Un asunto similar sobre la compatibilidad de una pena privativa de libertad de migrantes que han vuelto a entrar en el país en violación de la prohibición de reingreso está siendo actualmente estudiada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Tribunal de Florencia (Tribunale di Firenze) solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que aclarase si la imposición de una sanción de privación de libertad en caso de incumplimiento de una prohibición de entrada sería contraria al objetivo principal de la Directiva de Retorno de lograr un procedimiento efectivo de expulsión. El Tribunal de Florencia presentó una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 12 de junio de 2014. La cuestión prejudicial fue la siguiente: ¿Se oponen las disposiciones de la Directiva 2008/115/CE (1) a la existencia de normas nacionales de los Estados miembros que establecen una pena de privación de libertad de hasta cuatro años de un nacional de un tercer país [Or.10] que, tras haber sido objeto de una medida de retorno, no como sanción penal ni a consecuencia de una sanción penal, ha vuelto a entrar en el territorio de un Estado miembro vulnerando una prohibición legítima de entrada, sin que dicho nacional haya sido sometido previamente a las medidas coercitivas previstas en el artículo 8 de la Directiva 2008/115 a efectos de su salida rápida y eficaz? Véase: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Procedimiento penal contra Skerdjan Celaj, caso C-290/14,4, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=156225&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=35968>. Para más información véase: L. Masera, “*Approda alla Corte di giustizia UE la controversa questione della compatibilità con la cd. direttiva rimpatri del delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato (art. 13 co. 13 T.U. imm.)*”, Diritto Penale Contemporaneo, 2 de julio de 2014, disponible en: <http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/26-/3165-approda-alla-corte-di-giustizia-ue-la-controversa-questione-della-compatibilita-con-la-cd-direttiva-rimpatri-del-delitto-di-illecito-reingresso-nel-territorio-dello-stato-art-13-co-13-t-u-imm-/>.
- 35 Legge 2 marzo 2011, n. 129, “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 giugno 2011, n. 89, recante disposizioni urgenti per il completamento dell’attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari*”, disponible en: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=53430>.
- 36 Los datos analizados por el Tribunal de Cuentas para el periodo 2003-2004 muestran que la gran mayoría de las expulsiones (70-80%) se produjeron durante los primeros 30 días de detención. Véase: Italian Court of Auditors, Deliberazione n. 10/2004/G, 24 March 2004, pp. 59-60 and 72-74, disponible en: http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/documenti/controllo/sez_centrale_controllo_amm_stato/2004/Delibera_n.10_2004_G_e_relazione.pdf.
- 37 Law 30 ottobre 2014, n. 161, “*Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea - Legge europea 2013-bis*”, (14G00174) (GU Serie Generale n.261 del 10-11-2014 - Suppl. Ordinario n. 83), disponible en: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/11/10/14G00174/sg>.
- 38 De acuerdo con la nueva legislación, se puede ordenar la detención por un periodo inicial máximo de 60 días, que puede además ser ampliado por un plazo de 30 días por orden de un juez, siendo el periodo máximo total de 90 días. Para un análisis más detallado de la legislación, véase: ASGI, “*Le modifiche al D.Lgs 286/98 in materia di espulsioni e trattenimenti degli stranieri apportate dalla legge 30.10.2014, n. 161 (Legge Europea 2013 bis)*”, disponible en: <http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2014/11/ASGI-Commento-modifiche-legge-n.161-2014-22.11.2014.pdf>

2.2 Motivos para ordenar la detención e importancia de una definición más precisa del concepto “riesgo de fuga”

De acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad y con la naturaleza preventiva de la detención administrativa establecida en la Directiva de Retorno, la detención administrativa previa a la expulsión podría justificarse únicamente cuando exista un riesgo de fuga bien fundado o cuando la persona represente una amenaza para el orden público.

Sin embargo, para prevenir la detención sistemática, los sistemas nacionales deberían contar con garantías claras contra la presunción de riesgo de fuga o de amenaza para el orden público sobre la única base de encontrarse en situación irregular. El preámbulo de la Directiva de Retorno consagra con vaguedad tal presunción, recordando que *“las decisiones que se tomen en el marco de la presente Directiva deben adoptarse de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos, lo que implica que se deben tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular”*. Sin embargo, es importante recordar que el preámbulo es de naturaleza no vinculante y por lo tanto, más que la imposición a las autoridades nacionales de un requisito claro se trata simplemente de una recomendación. En este contexto, las autoridades de inmigración pueden y, a menudo se basan en los amplios términos utilizados en la Directiva de Retorno para detener sistemáticamente a migrantes por supuesto riesgo de fuga.

A pesar de que el riesgo de fuga es uno de los dos motivos enumerados explícitamente en la Directiva de Retorno para otorgar a los Estados la capacidad de imponer periodos de detención superiores a los 6 meses (artículo 15(1)(a)), la Directiva carece de garantías claras para impedir que las autoridades se basen en dicho supuesto riesgo de fuga para internar sistemáticamente a migrantes durante los procesos de retorno. La Directiva define con vaguedad el riesgo de fuga como *“la existencia de motivos en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos por ley y que hagan suponer que un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno pueda fugarse”* (artículo 3(7)). Por lo tanto, delega en el legislador nacional la tarea de definir mejor los “criterios objetivos” que indiquen el riesgo potencial de fuga. Esto provoca cierta controversia debido a que los “criterios objetivos” existentes identificados por los legisladores nacionales difieren significativamente en Europa, y la legislación nacional de varios Estados miembros enumera entre sus “criterios objetivos” la simple falta de documentos de identidad o una instancia por entrada o estancia irregular estableciendo por tanto una presunción *de facto* de riesgo de fuga sobre todos los migrantes indocumentados contra los que se haya emitido una orden de retorno.³⁹ En este contexto, las autoridades nacionales, violando las garantías establecidas en la Directiva de Retorno, no tienen la debida consideración de las circunstancias individuales a la hora de identificar el riesgo de fuga para justificar la detención.

39 En 13 Estados miembros, la «falta de documentación» es el principal motivo para evaluar el riesgo de fuga. Véase: Comunicación de la Comisión Europea sobre la Política de Retorno de la UE, 28 de marzo de 2014, COM(2014) 199, p. 15, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282014%290199_/com_com%282014%290199_en.pdf.

De hecho, en varios Estados miembros (incluido Eslovenia, Bélgica e Italia), las circunstancias individuales no parecen tener un papel importante en la evaluación de riesgo de fuga. Por ejemplo, en Bélgica, la evaluación de las circunstancias individuales es mayormente “formal” y el riesgo de fuga es a menudo falso, motivado porque los migrantes no dan a las autoridades una dirección oficial en Bélgica.⁴⁰ Del mismo modo, en Italia, cuando se solicita a los Jueces de Paz y a las autoridades administrativas competentes⁴¹ que evalúen las circunstancias individuales del caso, parecen dar cuenta únicamente de consideraciones superficiales de las circunstancias individuales y hacen frecuentemente uso de fórmulas judiciales repetitivas y estandarizadas en sus conclusiones oficiales y autorizaciones de arresto.⁴²

Las cuestiones relativas a la detención prolongada e indeterminada, junto con la falta de una definición clara del riesgo de fuga como motivo para justificar la detención administrativa de los migrantes que se enfrentan a procedimientos de expulsión forzosa, crean condiciones para su uso sistemático como herramienta para la gestión de la migración en el marco de la expulsión. Esto contraviene claramente los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, por lo que no garantiza la protección contra la arbitrariedad de la detención de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

40 La Ley de Inmigración Belga (artículo 1, 11º) define el concepto de riesgo de fuga como «*un riesgo real de que el nacional de un tercer país sujeto a una orden de expulsión pueda fugarse de las autoridades*». La Ley afirma que la Oficina de Inmigración debería decidir sobre la base de elementos objetivos y serios. Sin embargo, la legislación no enumera criterios objetivos para medir el riesgo de fuga. Una exposición de motivos de la Ley de Inmigración enumera algunos ejemplos de los elementos que pueden constituir indicios de riesgo de fuga, tales como: el cambio de lugar de residencia durante el período de validez de la decisión de retorno sin informar a la Oficina de Inmigración, la permanencia en el territorio después del período previsto en la decisión de retorno o la entrada de forma irregular en el territorio Schengen sin haber solicitado la protección internacional o un permiso de residencia. La Oficina de Inmigración también cuenta con un servicio de aviso interno que contiene una lista no exhaustiva que incluye los casos los que la dirección del migrante es desconocida. Véase: EMN Focused Study 2014, “*Detention and alternatives to detention in Belgium*”, junio de 2014, p. 20, disponible en: http://www.emnbelgium.be/sites/default/files/publications/be_report_emn_study_detention_and_alternatives_to_detention_2014_-_final_0.pdf.

41 El Juez de Paz, en italiano «*giudice di pace*» es un puesto honorario, no un juez profesional, nombrado sobre la base de unos requisitos fijos. El puesto se ocupa durante un periodo de cuatro años que puede ser renovado una vez. Existen aproximadamente unos 4.700 «*Jueces de Paz*» en Italia, distribuidos en 848 oficinas en todo el territorio nacional (a fecha de enero de 2003). Son remunerados mediante un pago por el trabajo realizado. El Parlamento italiano adoptó la ley n. 271 el 12 de noviembre de 2004, convirtiendo así en Ley el Decreto-Ley de emergencia n. 241/2004 del 14 de septiembre de 2004. Esta Ley asignaba al Juez de Paz la tarea de la supervisión judicial relativa a la expulsión, el acompañamiento forzoso y la detención, quitando tal potestad a los jueces en los tribunales. Para más información véase: Comisión Internacional de Juristas (CIJ), “*Undocumented’ Justice for Migrants in Italy*”, octubre de 2014, pp. 9-15, disponible en: <http://www.refworld.org/pdfid/5452554a4.pdf>. Véase también: Comisión Europea, Red Judicial Europea, “*Organisation of Justice in Italy*”, disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/org_justice/org_justice_ita_en.htm.

42 Para más información véase: Osservatorio sulla Giurisprudenza del Giudice di pace in Materia di Immigrazione, Universidad de Roma Tre, disponible en: http://giudicedipace.giur.uniroma3.it/wp-content/uploads/2014/05/RapportoGdPconvalide_prorogheNovembre2014.pdf. Véase también: E. Rigo, L. Gennari, Osservatorio sulla giurisprudenza del Giudice di Pace in materia di immigrazione, “*Rapporto preliminare sullo stato della ricerca*”, mayo de 2014, p. 10, disponible en: <http://clinicalegale.giur.uniroma3.it/wp-content/uploads/2014/10/Rapporto-gdpMaggio2014.pdf>.

3. EL INTERNAMIENTO NUNCA ES UNA MEDIDA ACORDE CON EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO (ARTÍCULO 17)

A pesar de que el derecho internacional de los derechos humanos establece que un menor nunca debería ser internado, la Directiva de Retorno estipula que sólo serán internados como último recurso y durante el menor tiempo posible. La Directiva también subraya que el interés superior del niño deberá ser una consideración de primer orden en el internamiento de los menores en espera de expulsión. Sin embargo, no reconoce expresamente que el internamiento o la separación de sus padres o cuidadores como consecuencia de la detención de éstos nunca constituye una medida acorde con el principio del interés superior del niño.⁴³

A pesar de las estrictas limitaciones que establece la Directiva de Retorno al uso del internamiento de menores y familias y de que muchas legislaciones de los Estados miembros de la UE prohíben el internamiento de personas vulnerables o limitan su detención a “circunstancias excepcionales”, la

evaluación financiada por la UE de la aplicación de la Directiva de Retorno⁴⁴ encontró que, 17 Estados miembros de la UE detienen a menores no acompañados.⁴⁵ Las evidencias recogidas en el informe de evaluación sugieren que 19 países detienen a familias con menores. Ocho declararon que no detienen a familias con niños.⁴⁶ Algunos países, como por ejemplo Suecia, permiten la detención de menores no acompañados sólo en “circunstancias excepcionales”. Sin embargo, debemos señalar que, en el caso de Suecia, tales “circunstancias excepcionales” fueron identificadas en 14 ocasiones a lo largo de 2013, siendo 99 niños detenidos, de los cuales 14 eran menores no acompañados.⁴⁷ La jurisprudencia reciente a nivel nacional también impugna la legitimidad de las prácticas de los Estados miembros de detener a familias con niños, haciendo referencia al derecho a la vida familiar contemplado en la Directiva de Retorno.⁴⁸

43 Arts. 5, 10 y 17 de la Directiva 2008/155/CE.

44 Matrix, “*Evaluation on the application of the Return Directive (2008/115/EC)*”, 22 de octubre de 2013, disponible en: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/evaluation/search/download.do?documentId=10737855>.

45 Ibid., p. 11.

46 Ibid.

47 Véase: EMN Suecia, “*The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies in Sweden*”, 2014, disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/27a-sweden_detention_study_august2014_en.pdf.

48 En un fallo emitido el 28 de enero de 2015, el Tribunal Supremo español estableció que la separación de las familias en los centros de internamiento establecida en los artículos 7.3 (2) y 16.2 (K) del Real Decreto 162/2014 del 14 de marzo de 2014, viola el artículo 17.2 de la Directiva de Retorno que reconoce el derecho a la vida familiar. El Tribunal Superior aclaró que las familias sólo pueden ser internadas si su unidad familiar y su derecho a la privacidad pueden ser garantizados en un alojamiento separado. El fallo es el resultado de una demanda presentada por Andalucía Acoge, SOS Racismo y la APDH, disponible en: <http://acoge.org/wp-content/uploads/2015/01/La-demanda-punto-por-punto.pdf>.

El internamiento de menores por motivos migratorios es una violación directa de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño (CDN), instrumento de derechos humanos de las Naciones Unidas más ampliamente ratificado.⁴⁹ Inicialmente, cuando la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño fue adoptada en noviembre de 1989, el texto establecía claramente en el artículo 37(b) que ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La CDN también establece que, cuando un niño sea privado de su libertad, la detención, el encarcelamiento o la prisión se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

Recientemente, el Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño, órgano rector de la CDN, ha aclarado que los menores nunca deberían ser internados por motivos migratorios, y que el internamiento no se puede justificar como medida acorde con el interés superior del niño.⁵⁰ En su Observación General n. 6 adoptada en 2005, y más recientemente en febrero de 2013,⁵¹ el Comité establece claramente que la detención de un menor no acompañado, separado de su familia o con ella u otros cuidadores por motivos de su situación migratoria o la de sus padres constituye en todos los casos una violación de los derechos del niño.

Del mismo modo, varios organismos regionales en los últimos meses han intervenido en el asunto reafirmando que esta actuación nunca puede justificarse sobre la base de su estatus migratorio o del de sus familiares. Por ejemplo, al ser consultada sobre la interpretación del principio de “último recurso”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró recientemente en una Opinión Consultiva que los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de los niños como medida cautelar para proteger los objetivos de los procedimientos de inmigración.⁵² Asimismo, la Corte precisó que los Estados no pueden internar a un niño sobre la base de un incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país y exhortó a los Estados a adoptar otras alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, a proteger de forma prioritaria e integral sus derechos. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa también ha adoptado recientemente la Resolución 2056 (2014), que insta a los Estados miembros a introducir y a hacer cumplir las leyes que prohíben la detención de niños por motivos migratorios.⁵³

49 Únicamente dos países no han ratificado la CDN de la ONU: Sudán del Sur y Estados Unidos de América. Véase: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Mapa Interactivo de la situación de ratificación, disponible en: <http://indicators.ohchr.org/>. Véase también: UN News Centre, 20 de enero de 2015, disponible en: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=49845#VRPaqOH8iQk>.

50 Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 6 (2005), sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párrafo 61.

51 Véase: Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño *«Informe del día de debate general sobre los derechos del niño en el contexto de la migración internacional de 2012»*, párrafo 32, disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2012/DGD2012ReportAndRecommendations.pdf>.

52 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_eng.pdf.

53 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 2056 (2014), versión provisional, disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=21296&lang=en>.

BÉLGICA

El internamiento nunca es una medida acorde con el principio del interés superior del niño: evolución de la legislación y la práctica

Tras la condena de las prácticas de detención infantil en Bélgica mediante dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las autoridades belgas tomaron medidas para limitar la detención administrativa tanto de familias con niños como de menores no acompañados.

En un caso de 2006 presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el Tribunal condenó a Bélgica por la violación de los artículos 3 (prohibición de tratos inhumanos), el artículo 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) y artículo 8 (derecho al respeto de la privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁵⁴ El caso se refería a la decisión de las autoridades belgas de internar a Tabitha, una niña congoleña de 5 años de edad que estaba tratando de reunirse con su madre en Canadá. La niña fue llevada a un centro durante dos meses sin la asignación de ningún tutor y luego deportada sola a su país de origen.⁵⁵

En enero de 2010, el TEDH se pronunció sobre un segundo caso relacionado con la detención de niños en Bélgica. En el caso de *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, cuatro niños chechenos fueron internados con su madre en un centro⁵⁶ con el fin de ser devueltos a Polonia en virtud del Convenio de Dublín II de la UE.⁵⁷ El Tribunal dictaminó que, aunque la madre fue internada legalmente, el ingreso de sus hijos era ilegal y declaró que Bélgica había violado el artículo 3 y 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁵⁸

A raíz de las decisiones negativas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la preocupación pública en torno a este tema, las autoridades belgas tomaron medidas para limitar el internamiento de las familias con menores, así como de los niños no acompañados. Las resoluciones establecidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hicieron que Bélgica avanzase hacia un mejor sistema para garantizar la protección de los derechos fundamentales de los menores migrantes en materia de internamiento.⁵⁹

El 1 de octubre de 2008, el Secretario de Estado de Asilo y Migración creó viviendas especializadas, llamadas “*unidades familiares abiertas*”, para familias en espera de ser expulsadas.⁶⁰ Inicialmente, las familias internadas en la frontera continuaron en el centro de internamiento cerrado “Centro de Tránsito 127 bis”. Sin embargo, en octubre de 2009, el Secretario de Estado de Asilo y Migración se comprometió a poner fin de manera efectiva a esta práctica en Bélgica.⁶¹

Las “unidades familiares abiertas” son residencias para familias indocumentadas detenidas, casas individuales y apartamentos en la comunidad. Los miembros de la familia tienen permiso para salir de la casa, siempre que un miembro adulto de la familia esté presente en la unidad en todo momento. También pueden recibir visitas. Se les proporciona asistencia educativa, médica, logística y administrativa.

La Oficina de Inmigración asigna un mentor a cada familia, quién actúa como intermediario oficial entre las autoridades belgas y todas las demás partes interesadas (por ejemplo, los costos médicos sólo se reembolsarán si la cita con el médico fue realizada por el mentor). La duración máxima de la estancia es de 2 meses, que puede ampliarse hasta un máximo de 5 meses en total. Durante ese tiempo, las familias reciben asesoramiento de un “mentor de retorno” para fomentar la cooperación en el proceso de retorno. No obstante el objetivo principal es el retorno, el mentor de retorno también debería considerar las posibilidades de regularización, ofreciendo un enfoque de resolución de casos.

Las autoridades de inmigración pueden decidir ingresar a la familia en un centro cerrado en caso de que no se respeten las normas de las unidades familiares, por ejemplo, si la familia se niega a cooperar con el retorno y no existe otra alternativa viable al final del procedimiento de acompañamiento o si la familia se fuga.





Mientras que Bélgica ha sido elogiada por su práctica prometedora en el desarrollo de alternativas a la detención, sin embargo, aún existen preocupaciones en torno a estas “unidades familiares abiertas”. Cada vez es más común separar a las familias y que uno de los padres u otros miembros de la familia sea internado en un centro cerrado mientras los niños y su madre permanecen en la unidad familiar abierta. Además, la colocación en una unidad familiar abierta no constituye una alternativa a la detención necesaria en algunos casos.

Una nueva ley,⁶² que introduce la posibilidad para algunas familias indocumentadas de residir en sus propias casas durante el procedimiento de retorno y que aborda algunas de estas preocupaciones, ha sido adoptada. Las familias que cumplan con las condiciones no serán desplazadas de sus hogares. Esto también evita impactos negativos en el acceso de los niños a la educación, ya que en la práctica, la estancia en las “unidades familiares abiertas” dificulta el acceso a la educación debido a la falta de espacio disponible en las escuelas, a los breves periodos de estancia antes de la expulsión, etc. Las condiciones incluyen ser propietario del hogar o tener un contrato de alquiler oficial o un acuerdo con el propietario, que la familia se reúna regularmente y coopere con el oficial que lleva su caso y que puedan proveer autónomamente a su subsistencia. Sin embargo, esta alternativa a la detención no contempla orientación y requiere directa cooperación con el retorno.

Además, a pesar de que se están considerando las “unidades familiares abiertas” como una alternativa exitosa y de que existe el compromiso ministerial de poner fin al internamiento de menores en octubre de 2009, el marco legal todavía permite que éstos sean internados en centros de internamiento cerrados.⁶³ Una enmienda de la ley que entró en vigor el 27 de febrero de 2012 establece que “normalmente” no se colocaría a una familia en un centro cerrado, “a menos que este centro estuviese adaptado a las necesidades de las familias con hijos menores de edad”, y que “una familia (...) puede ser internada a fin de proceder a la deportación (...) en un centro adaptado a las necesidades (...) durante el menor tiempo posible”. El acuerdo del nuevo gobierno federal publicado el 10 de octubre 2014 reitera la existencia de planes para establecer unidades familiares cerradas dentro del centro de internamiento 127bis, para algunos casos fronterizos y para las familias que no cooperen con los procedimientos de las “unidades familiares abiertas”. Las unidades familiares se encuentran en proceso de construcción. El fracaso del gobierno de establecer la prohibición a la detención de familias con niños dentro del marco legal ha sido criticado por las organizaciones de la sociedad civil belgas. Las mismas argumentan que aquella medida lo que hace en realidad es permitir una vuelta a la práctica de detención de los niños.⁶⁴

- 54 Affaire Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique 2006, Para. 58-9,82, 87, 90-1, 103-5, 113-4, disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-77445#{"itemid":\["001-77445"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-77445#{).
- 55 Ibid, para.8-37.
- 56 Los niños junto con su madre fueron internados en el centro 127 bis. Fotos y más información sobre el centro están disponibles en: http://www.cire.be/sensibilisation/photos/centres-fermes-reportage-au-127bis-et-a-vottem#!reportage_centre_ferme_8.
- 57 Affaire Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique 2010, Párrafo 6-23, disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96774#{"itemid":\["001-96774"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96774#{).
- 58 Ibid, Párrafo 63, 74-5.
- 59 Véase: Jacqueline Bhabha, "Child Migration & Human Rights in a Global Age", Princeton University Press, pp. 264-266. Para más información véase también: Punto de no retorno. «*La inútil detención de los inmigrantes no retornables* Ficha técnica: *La detención de los migrantes en Bélgica*», enero de 2014, disponible en: http://pointofnoreturn.eu/wp-content/uploads/2013/12/PONR_Factsheet_BE_HR.pdf.
- 60 Para más información véase: Liesbeth Schockaert, "Alternatives to detention: open family units in Belgium", septiembre de 2013, disponible en: <http://www.fmreview.org/en/detention/schockaert.pdf>.
- 61 En octubre de 2008 se puso en marcha un proyecto piloto de «unidades familiares abiertas». El programa incluyó a familias con niños que ya estaban en el territorio y que habían recibido una orden de expulsión. En octubre de 2009 el programa se amplió a familias solicitantes de asilo a quienes se les había negado la entrada en Bélgica pero que debían permanecer más de 48 horas antes de poder ser devueltas.
- 62 Real Decreto del 17 de septiembre de 2014.
- 63 Véase: Artículo 74/9 §1 de la Ley de Inmigración (incluido mediante la Ley del 16 de noviembre de 2011), Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.
- 64 Véase por ejemplo: Plateforme Mineurs en Exil, Press Release, 21 de marzo de 2012, disponible en: <http://www.mineursenexil.be/files/Image/Communiqu-s-de-presse/Communique-detention-def.pdf>; Ligue des droits de l'homme, 15 de diciembre de 2011, disponible en: <http://www.liguedh.be/espace-presse/116-communiqués-de-presse-2011/1321-condamnation-de-la-belgique-pour-traitement-inhumain-a-des-enfants-migrants--tris-repetitae>; CIRE, Diciembre de 2014, disponible en: <http://www.cire.be/presse/communiqués-de-presse/1385-asile-et-migration-un-accord-de-gouvernement-inquietant>. En un documento político sobre la detención de niños en Bélgica, UNICEF también señala la falta de garantías en el marco legal belga, véase: UNICEF Bélgica, "Documento Político, *La Detention des Enfants Migrants en Centres Fermes*", mayo de 2011, disponible en: http://www.lacode.be/IMG/pdf/Policy_paper_UNICEF_Belgique_detention2011.pdf.

4. GARANTIZAR EL ACCESO A LA JUSTICIA Y A LAS VÍAS DE RECURSO PARA INTERPONER RECURSO CONTRA LA DECISIÓN DE RETORNO Y LA ORDEN DE INTERNAMIENTO (ARTÍCULOS 12-14)

La Directiva de Retorno establece garantías procedimentales destinadas a garantizar el acceso a la justicia a migrantes en el proceso de retorno y a aquellos internados a la espera de ser expulsados. El artículo 12 de la Directiva de Retorno establece que las decisiones de retorno y las prohibiciones de entrada deberán ser motivadas claramente en la ley y en los hechos y deben ser emitidas por escrito. De acuerdo con el artículo 13 de la Directiva, se concederá al

migrante el derecho efectivo a interponer recurso contra las decisiones relativas al retorno o pidiendo que se revisen éstas ante una autoridad jurisdiccional o administrativa competente. La Directiva de Retorno también ofrece a las autoridades competentes la posibilidad de suspender temporalmente la aplicación de la expulsión que esté pendiente de una decisión de retorno.

Varias organizaciones de la sociedad civil encargadas de dar seguimiento a la situación a lo largo de las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla denuncian expulsiones sumarias de personas en suelo español así como una gran variedad de violaciones de los derechos fundamentales por parte de las autoridades fronterizas y de las fuerzas de seguridad.⁶⁵

Un video grabado el 13 de agosto de 2014 por la ONG Prodein en un campamento en el monte Gurugú en Marruecos muestra la violencia utilizada en respuesta a los intentos de entrada de los migrantes en el territorio español así como la muerte de un migrante.⁶⁶ Tras subrayar que esto no es un incidente aislado, miembros del Parlamento Europeo presentaron una cuestión formal a la Comisión Europea para pedir que se iniciara una investigación en relación con esta situación.⁶⁷

En su respuesta emitida el 20 de octubre de 2014 a los miembros del Parlamento Europeo, la Comisión Europea clarificó que España había decidido no aplicar la Directiva de Retorno a los migrantes interceptados en la frontera. Aunque el artículo 2.2 (a)⁶⁸ de la Directiva ofrece a los Estados miembros la prerrogativa de no aplicarla, la Comisión insiste en que incluso si deciden no hacerlo, los Estados miembros deben cumplir con el mínimo de garantías que establece la Directiva, así como garantizar el respeto del principio de no devolución y el acceso efectivo a los procedimientos de demanda de asilo.⁶⁹

65 Véase por ejemplo: APDHA, “Los Derechos Humanos en la Frontera Sur 2014”, marzo de 2014, disponible en: http://www.apdha.org/media/frontera_sur_2014_web.pdf. Véase también: Human Rights Watch, “España: El uso excesivo de la fuerza en Melilla», 21 de octubre de 2014, disponible en: <http://www.hrw.org/news/2014/10/21/spain-excessive-force-melilla>.

Sin embargo, en muchos casos, los procedimientos para minimizar la falta de acceso a recursos y a la reparación del daño en el caso de migrantes irregulares internados no están garantizados en la práctica. En particular, la falta de acceso a la justicia se debe a numerosas dificultades en el acceso a su derecho a obtener información y asistencia legal. Para los migrantes detenidos, el acceso a un representante y a asistencia legal son a menudo la única oportunidad segura para denunciar abusos o la violencia ejercida dentro de los centros de internamiento o durante los procesos de detención o expulsión. Los migrantes que no tienen acceso a representación legal se enfrentan a grandes obstáculos a la hora de defender de forma efectiva sus propios derechos humanos, sus necesidades médicas y la seguridad durante su detención.

En aquellos casos en los que la Directiva obligue a los Estados a posponer la expulsión, como por ejemplo cuando se viole el principio de no devolución, el artículo 14(2) de la Directiva de Retorno obliga a los Estados a proporcionar a las personas de que se trate confirmación escrita de que la decisión de retorno no se ejecutará temporalmente. A pesar de que tal confirmación no ofrece a los migrantes no retornables un permiso de residencia, constituye una prueba escrita de la imposibilidad de retorno ante las fuerzas de seguridad del estado para evitar detenciones ilegales.

En octubre de 2014, la Defensora Europea del Pueblo Emily O'Reilly, anunció que su institución había abierto una investigación sobre cómo Frontex garantizaba el respeto de los derechos fundamentales en el contexto de los retornos forzados de los operativos conjuntos de retorno (JRO) de la agencia. La Defensora Europea del Pueblo envió una lista de preguntas a Frontex, donde incluyó la pregunta sobre cómo se puede garantizar la independencia del seguimiento durante los JRO. La investigación también analizaba la cooperación de Frontex con los órganos nacionales de control tal y como establece el artículo 9(1b) del reglamento de Frontex y el artículo 8(6) de la Directiva de Retorno. En su carta a Frontex, O'Reilly subrayó que *“por su naturaleza, los operativos de retorno forzoso tienen el potencial de implicar serias violaciones de derechos fundamentales. A través de esta investigación, quiero descubrir cuál es la preparación que tiene Frontex para lidiar con las posibles violaciones de derechos y cómo minimiza dicho riesgo.”*

66 El video está disponible en: <http://vimeo.com/103407413>.

67 Pregunta parlamentaria con solicitud de respuesta escrita a la Comisión, Iosu Juaristi Abaunz MEP (GUE/NGL), 16 de septiembre de 2014, E-006912-14, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2014-006912+0+DOC+XML+VO//EN>.

68 El artículo 2.2 (a) de la Directiva de Retorno establece: *«Los Estados miembros podrán decidir no aplicar la presente Directiva a los nacionales de terceros países: a) a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro y no hayan obtenido anteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro».*

69 Hay que señalar que España no ha afirmado de manera explícita su intención de aplicar la excepción contemplada en el artículo 2.2 (a) de la Directiva de Retorno. El marco legal español no menciona la posibilidad de que las autoridades nacionales no apliquen las garantías -incluida la obligación de los Estados miembros de emitir una orden de expulsión- establecidas en la Directiva de Retorno de conformidad con el artículo 2.2 (a) de la Directiva de Retorno. La ausencia de disposiciones legales explícitas relativas a esto impide a los migrantes el acceso a un recurso efectivo contra su expulsión, debido a que se llevan a cabo expulsiones sumarias en la frontera hispano-marroquí en ausencia de la emisión formal de decisiones de retorno a los migrantes. Esta situación está causando serias preocupaciones en lo relativo al cumplimiento del principio del Estado de Derecho.

Es importante señalar que el principio de no devolución prohíbe el retorno de una persona a un país en el que se enfrente a un riesgo real de maltrato, como tortura y tratos inhumanos o degradantes, o donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.⁹ El principio de no devolución es un principio *ius cogens*, o un principio fundamental de derecho internacional y su definición puede aplicarse a una persona a quién se le haya rechazado el acceso a un tratamiento médico vital, ya que tal impedimento constituye una persecución.

De acuerdo con el artículo 15(4) de la Directiva de Retorno, “*Cuando parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión, bien por motivos jurídicos o por otras consideraciones, o que hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, dejará de estar justificado el internamiento y la persona de que se trate será puesta en libertad inmediatamente.*” Sin embargo, la Directiva no incluye ninguna obligación para los Estados miembros de emitir un permiso de residencia temporal cuando el retorno de un nacional de un tercer país residiendo de manera irregular haya sido imposible, dejando por tanto al migrante no

retornable en un “limbo legal” a menudo incapaz de acceder a sus derechos fundamentales tales como el acceso a la salud, vivienda, educación y justicia.⁷⁰

Más específicamente, la falta de acceso a la justicia de migrantes irregulares en proceso de detención y de expulsión también se debe al hecho de que los procedimientos ante los tribunales contra una medida de privación de libertad generalmente no otorga un efecto suspensivo de la orden de expulsión. Por lo tanto, los migrantes son deportados antes de tener la oportunidad de acceder a la justicia para solicitar un recurso justo e indemnización.

El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Detenciones Arbitrarias (WGAD) ha informado de que, a pesar del reconocimiento en la legislación nacional y regional del derecho de los migrantes internados a acceder a la justicia a través de los tribunales, los migrantes son a menudo deportados antes de poder ejercer su derecho de acceso a la justicia.⁷¹ Además, el WGAD ha señalado que raramente se compensa esta situación debido a que la expulsión del territorio tiene lugar antes de que los procedimientos sean iniciados o finalizados.⁷²

El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT) ha llevado a cabo su primera misión de seguimiento de una operación conjunta de retorno Frontex por aire en un vuelo charter desde Rotterdam, Países Bajos, a Lagos, Nigeria.⁷³ Los países que participaban en la operación conjunta fueron: Bulgaria, Alemania, Países Bajos, Eslovenia y España. La misión de seguimiento se llevó a cabo del 16 al 18 de octubre de 2013. En su informe final sobre la misión de observación, emitida el 5 de febrero de 2015, el CPT hace hincapié en que el retorno de los migrantes por vía aérea se está convirtiendo en una práctica generalizada en toda Europa y subraya que estas operaciones “conllevan un riesgo manifiesto de tratos inhumanos y degradantes (durante la preparación de retorno, el vuelo en sí o cuando el retorno llega a su fin)”. El CPT señaló en algunas etapas del procedimiento de retorno, un uso excesivo de la fuerza y pone de relieve que uno de los repatriados fue *body-cuffed* (sistema de esposamiento integral que incluye manos, abdomen y pies) de 6:10am a 3:45pm, a pesar de estar bajo vigilancia constante y estrecha por escoltas. Entre sus recomendaciones, el CPT destacó que una evaluación del riesgo individual debe llevarse a cabo para justificar el uso de la fuerza y recomienda que los profesionales de la salud que se encuentran en los vuelos de retorno deben estar equipados con herramientas de emergencia. El CPT también subrayó que los repatriados siempre deben estar preparados e informados sobre el procedimiento de retorno con mucha antelación.

70 Para más información véase: Proyecto Ponerle cara a la historia, “*Punto de no retorno. La inútil detención de los inmigrantes no retornables*”, enero de 2014, disponible en: http://pointofnoreturn.eu/wp-content/uploads/2014/01/PONR_report.pdf.

71 Véase: Consulta del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Detenciones Arbitrarias con las partes interesadas, Ginebra 1 y 2 de septiembre de 2014, “*The right of anyone deprived of his or her liberty to bring proceedings before court, in order that the court may decide without delay on the lawfulness of his or her detention*”, Background Paper on “*State Practice on Implementation of the Right*”, disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/BPConsultation2014.pdf>.

72 Ibid., para. 57.

73 Véase: Consejo de Europa, “*Informe al Gobierno de los Países Bajos sobre la visita a los Países Bajos llevada a cabo por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) de 16 al 18 de octubre de 2013*”, Estrasburgo 5 de febrero de 2015, disponible en: <http://www.cpt.coe.int/documents/nld/2015-14-inf-eng.pdf>

ITALIA

Respeto de las garantías procedimentales: el caso de la falta de protección

El derecho a presentar recurso contra la detención ante un órgano judicial es aplicable a toda persona sometida a cualquier forma de privación de libertad. Es necesario que tengan acceso efectivo a una corte o tribunal independiente para impugnar la legalidad de su detención y que ella o su representante tenga la oportunidad de ser escuchado ante el tribunal. La revisión judicial de estos actos debe proporcionar medios prácticos, efectivos y accesibles para impugnar la detención.

La Directiva de Retorno establece que, cuando se ordena el internamiento, la orden de ingreso debe ser “*por escrito indicando los fundamentos de hecho y de derecho*”.⁷⁴ Según la legislación italiana, ésta es emitida inicialmente por la autoridad administrativa competente (*Questore*), y tiene que ser autorizada en el plazo de las 48 horas siguientes a la notificación de la decisión, por un Juez de Paz, que tiene competencia jurisdiccional en esta área. Como parte de la audiencia, que se celebrará con la presencia obligatoria de un abogado defensor y, en caso necesario, de un intérprete, el Juez de Paz debe verificar que los plazos y las garantías procedimentales previstas en los artículos 13 y 14 de la Ley de Inmigración italiana sean respetados.⁷⁵

La investigación llevada a cabo en Italia en 2014 muestra que el sistema judicial actualmente en vigor no garantiza una protección adecuada de los derechos fundamentales de los migrantes indocumentados, especialmente en relación con su derecho al acceso a un debido proceso y a un juicio justo. Como parte del estudio, el Observatorio sobre la Jurisprudencia del Juez de Paz en Materia de Inmigración (*Osservatorio sulla Giurisprudenza del Giudice di pace in Materia di Immigrazione*)⁷⁶ recopiló y analizó sistemáticamente las decisiones adoptadas en 2013 y el primer trimestre de 2014 por los Jueces de Paz en Roma, Bolonia, Bari, Florencia y Nápoles, en relación con 639 casos relativos a la autorización o prórroga del internamiento de migrantes indocumentados a efectos de identificación y expulsión. La investigación pone de relieve que las decisiones carecen generalmente de motivos suficientes que justifiquen estos actos. Por ejemplo, los investigadores encontraron que, en el caso del Juez de Paz en Roma, de un total de 67 decisiones analizadas, 35 fueron fundamentadas únicamente a través de fórmulas estándar (i.e. “se aprueba el internamiento”, en italiano: “*Nulla Osta al Trattenimento*”) y que 10 decisiones carecían por completo de motivos.⁷⁷ La investigación también pone de manifiesto que generalmente no se ofrecen alternativas, a excepción de los Jueces de Paz en Florencia y en Bolonia, quienes aplicaron alternativas al internamiento en cuatro casos entre enero y marzo de 2014.

El informe preliminar de la investigación revela además que, incluso en un caso en el que el migrante ya estaba en posesión de los billetes para salir del país, el Juez de Paz consideró que había motivos para justificar la detención, autorizándola posteriormente aun reconociendo la voluntad del migrante de abandonar el país.⁷⁸

La investigación revela graves lagunas en el conocimiento y la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho de la UE en los procesos de autorización de las órdenes de detención y de las audiencias de prórroga.⁷⁹ La situación que destacan los investigadores y los profesionales del derecho en Italia asciende al riesgo de violación del derecho a presentar recurso ante un órgano judicial, contemplado en los artículos 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 6 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE por falta de motivos suficientes.

74 Artículo 15.2 de la Directiva de Retorno de la UE.

75 Artículo 14.4 de la Ley de Inmigración italiana.

76 Para más información véase: Osservatorio sulla Giurisprudenza del Giudice di pace in Materia di Immigrazione <http://giudicedipace.giur.uniroma3.it/>.

- 77 Véase: Osservatorio sulla Giurisprudenza del Giudice di pace in Materia di Immigrazione, Universidad de Roma Tre, disponible en: http://giudicedipace.giur.uniroma3.it/wp-content/uploads/2014/05/RapportoGdPconvalide_prorogheNovembre2014.pdf.
- 78 Véase: E. Rigo, L. Gennari, Osservatorio sulla giurisprudenza del Giudice di Pace in materia di immigrazione, “*Rapporto preliminare sullo stato della ricerca*”, mayo de 2014, p. 10, disponible en: <http://clinicalegale.giur.uniroma3.it/wp-content/uploads/2014/10/Rapporto-gdpMaggio2014.pdf>.
- 79 Para más información véase: Comisión Internacional de Juristas (CIJ), “‘*Undocumented*’ Justice for Migrants in Italy”, octubre de 2014, disponible en: <http://www.refworld.org/pdfid/5452554a4.pdf>.

CONCLUSIONES

PICUM muestra especial preocupación por el hecho de que el internamiento en centros administrativos por motivos migratorios, una práctica cada vez más utilizada, no viene sistemáticamente acompañada de las garantías legales ni de la protección de los derechos humanos de los migrantes. A pesar de que la Directiva de Retorno establece garantías para el cumplimiento de los derechos fundamentales de los migrantes durante el proceso de retorno (artículos 14 a 18), a menudo, estos principios no se aplican en la mayoría de países de la UE.⁸⁰

PICUM también muestra preocupación por el hecho de que las prácticas de detención y las medidas que criminalizan la entrada y la estancia irregular interfieren de forma desproporcionada con los derechos fundamentales de los migrantes irregulares. En Europa, es especialmente sorprendente presenciar detenciones de migrantes irregulares cerca de lugares en los que se prestan servicios tales como escuelas públicas u hospitales, ya que estas prácticas perjudican seriamente a los derechos fundamentales de acceso a los servicios de salud, educación y de seguridad e integridad física de los migrantes irregulares.⁸¹ Además, la legislación nacional puede a menudo solicitar a las autoridades públicas y a los

establecimientos de prestación de servicios que informen de la entrada o la estancia irregular a las autoridades de inmigración. La promoción y aplicación de un correcto seguimiento de las prácticas llevadas a cabo por las autoridades estatales para detectar, detener y deportar a los migrantes irregulares garantizaría finalmente una mejor protección de los derechos fundamentales de los migrantes.

La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) ha informado de que, si bien los Estados tienen derecho a controlar la inmigración, ciertas medidas de aplicación, tales como la obligación de denunciar, de intercambiar datos, o de detener a migrantes delante de las escuelas, tienen un impacto negativo y a menudo desproporcionado en el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de los migrantes irregulares.⁸² En colaboración con los Estados miembros y la sociedad civil, la FRA ha elaborado unas directrices para los funcionarios de inmigración.⁸³ Estos principios y directrices comunes han sido incluidos en las actas del Comité de Contacto creado en virtud de la Directiva de Retorno para apoyar a los Estados miembros en la aplicación de los derechos fundamentales de conformidad con el artículo 6 (1).⁸⁴

80 Por ejemplo, durante sus visitas de país a Italia, Grecia, Túnez y Turquía en 2012 y 2013, el Relator Especial de la ONU sobre los Derechos Humanos de los Migrantes fue testigo en repetidas ocasiones de la aplicación de procedimientos de detención inapropiados, incluida la ausencia de representación legal adecuada, la falta de acceso de los internados a servicios consulares y de traducción o interpretación, la falta de procedimientos apropiados para la identificación de personas vulnerables y la ausencia de vías de recurso efectivas. Véase: Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau, 24 de abril de 2013, A / HRC / 23/46, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.46_en.pdf.

81 En la recién concluida Operación Policial Conjunta “Mos maiorum” puesta en marcha por la Presidencia italiana de la Unión Europea en octubre de 2014, un total de 19.234 migrantes indocumentados fueron detenidos (9.890 en las fronteras exteriores de la UE y 9.344 dentro del territorio de la UE). La operación se realizó del 13 al 26 de octubre de 2014 y se llevó a cabo de manera conjunta por todos los Estados miembros de la UE excepto Croacia, Grecia e Irlanda, con el apoyo técnico y analítico de Frontex y Europol. El número de detenciones en el marco de la operación Mos maiorum es significativamente mayor que el total reportado como parte de la operación anterior “Perkunas”, que dio lugar a la detención de un total de 10.459 migrantes durante el mismo periodo de dos semanas en septiembre-octubre de 2013. Para más información véase: Statewatch, 23 de enero de 2014, disponible en:

82 Agencia Europea de los Derechos Fundamentales, “*Los derechos fundamentales de los migrantes en situación irregular en la Unión Europea*”, 2011, disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1827-FRA_2011_Migrants_in_an_irregular_situation_EN.pdf.

83 Agencia Europea de Derechos Fundamentales, “*Detención de los inmigrantes en situación irregular: consideraciones sobre los derechos fundamentales*”, disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2013-apprehension-migrants-irregular-situation_en.pdf.

84 Véase: Agencia Europea de Derechos Fundamentales, “*Practical guidance*”, disponible en: <http://fra.europa.eu/en/node/6041>.

En los discursos políticos y de los medios de comunicación, la migración irregular es a menudo descrita como una amenaza para la soberanía y la seguridad del Estado. Sin embargo, tal afirmación es a menudo una percepción errónea y debe ser corregida mediante análisis detallados y objetivos así como a través de la contextualización de los datos disponibles y del uso de una terminología correcta.⁸⁵ Por ejemplo, a pesar de que la detención es utilizada por los Estados como mecanismo de control de la migración, varias investigaciones han encontrado que no es un medio disuasorio eficaz de los migrantes irregulares y solicitantes de asilo ni en los contextos de destino ni en los de tránsito.⁸⁶

Un estudio elaborado por la Coalición Internacional contra la Detención en 2011 destaca que esta práctica no influye en la elección del país de destino y que no reduce el número de llegadas irregulares, ya que los migrantes indocumentados no suelen ser conscientes de las políticas de internamiento en centros en el país de destino y no transmiten el mensaje de disuasión en sus países de origen.⁸⁷ El estudio también destacó que, los migrantes, en su elección del país de destino, más que estar influenciados por políticas de inmigración, suelen elegir destinos en los que se reunirán con familiares o amigos; donde crean

que van a estar en una sociedad segura, tolerante y democrática; lugares que tengan vínculos históricos con su país o en los que se hable un idioma que ya conozcan. En mayo de 2011, una Mesa Redonda Global organizada por el OACDH y el ACNUR sobre las alternativas al internamiento en centros por motivos migratorios llegó a la conclusión de que no existen evidencias empíricas de que ello disuada la migración irregular, a pesar del costo a menudo considerable que supone a los Estados mantener tal infraestructura de los centros de internamiento.⁸⁸

El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha expresado específicamente su opinión sobre la importancia de no promover medidas que criminalicen la migración irregular, afirmando que “*tipificar como delito la entrada por vías irregulares en el territorio de un Estado trasciende el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración ilegal y da lugar a detenciones innecesarias*”.⁸⁹ La sensibilidad política hacia el tema de la migración irregular sobrepasa generalmente su importancia numérica⁹⁰ y la creciente securitización y criminalización de los movimientos transfronterizos de personas. La migración irregular se da en grandes cifras, pero representa una proporción bastante pequeña de la migración total⁹¹. Por tanto, deberían

85 Véase por ejemplo: F. Crépeau, D. Nakache, “*Controlling Irregular Migration in Canada. Reconciling Security Concerns with Human Rights Protection*”, 1 febrero de 2006, pp. 3-6, disponible en: <http://irpp.org/wp-content/uploads/assets/research/diversity-immigration-and-integration/new-research-article-4/vol12no1.pdf>. En su investigación, Crépeau y Nakache subrayaron que “[...] recientemente, aquellos Estados cuya soberanía se ha visto afectada por la globalización en los ámbitos económico y social, han intentado recuperar el terreno político haciendo hincapié en su misión tradicional de salvaguardar la seguridad nacional. En las últimas dos décadas, ha aparecido de nuevo el fenómeno de «securitización» de la esfera pública. Este fenómeno se define como el proceso global de convertir un asunto político (como el tráfico de drogas o la migración internacional) en un asunto de seguridad».

86 Véase: Asamblea General de la ONU, «*Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau*», 2 de abril de 2012, A / HRC / 23/46, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24_en.pdf. Véase también: Observaciones Finales por el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau, FRA-ECTHR Seminario sobre la legislación europea de asilo, fronteras e inmigración, 11 de junio de 2013, disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/echr-fra-handbook-seminar-crepeau_en.pdf.

87 Véase: “*There are alternatives. A handbook for preventing unnecessary immigration detention*”, Coalición Internacional contra la Detención, 2011, disponible en: <http://idcoalition.org/cap/handbook/>.

88 Véase: OACDH-ACNUR Mesa Redonda Global sobre alternativas a la detención, 11-12 de mayo de 2011, disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Migration/Pages/Roundtable.aspx>.

89 Véase: Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales incluido el Derecho al Desarrollo, UN Doc. A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008, párrafo 53.

90 Podría destacarse por ejemplo el hecho de que para el año 2013, el número total de visas emitidas a nivel de la UE (13,8 millones) sumado al número de nuevos permisos de residencia emitidos en el mismo periodo (2,5 millones) supone un índice estadístico muy bajo si lo comparamos con el total de 115.305 rechazos en las fronteras externas de la UE según datos de Frontex. (i.e. 0,7%). Véanse los datos de Eurostat sobre los permisos de residencia: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Residence_permits_statistics. Las cifras sobre los visados emitidos a nivel de la UE están disponibles en: Análisis de Riesgo Anual de Frontex 2013, p. 16: http://www.frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2013.pdf.

adoptarse políticas coherentes e inclusivas que eviten una mayor categorización de los grupos vulnerables y que promuevan la inclusión social. El énfasis actual en el control de fronteras en Europa eclipsa significativamente la necesidad de abordar otras causas de irregularidad, tales como las políticas inadecuadas para otorgar visados y permisos de residencia, fallos administrativos y dificultades para comprender los complejos procedimientos necesarios para la obtención de permisos de residencia y trabajo.⁹²

Por último, es importante destacar que en el proceso de retorno forzoso deberían tratarse cuestiones relativas a la reintegración de los migrantes en la sociedad local, el acceso a los mecanismos de justicia y reparación para aquellos migrantes que hayan sufrido violaciones durante su proceso de migración o su procedimiento de retorno, incluidas las experiencias de violencia así como violaciones de derechos en materia laboral. Las políticas dirigidas a la reintegración sostenible y segura y al acceso a la justicia para los migrantes retornados deberían incluir el acceso a la asistencia legal y a las políticas activas del mercado laboral, teniendo en cuenta las necesidades específicas del mercado de trabajo nacional e internacional.

91 En 2009, el proyecto Clandestino elaboró unas estimaciones mínimas y máximas del total de población migrante irregular para el 2008. Las estimaciones total presentadas por Proyecto Clandestino para los 27 Estados miembros de la UE varían entre 1,9 a 3,8 millones de migrantes irregulares. Véase: Proyecto Clandestino «*Inmigración irregular: Contando lo incontable. Datos y tendencias en Europa*», Comisión Europea, Dirección General de Investigación, Sexto Programa Marco, Prioridad 8. Apoyo científico a las políticas. Los resultados del Proyecto Clandestina son ahora citados, entre otras instituciones, por Eurostat, la Comisión Europea y la FRA. Véase por ejemplo: Agencia Europea de Derechos Fundamentales, “*Los derechos fundamentales de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*”, 2011, disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1827-FRA_2011_Migrants_in_an_irregular_situation_EN.pdf.

92 Para más información véase: M. LeVoy y K. Soova, “*How Relevant, Effective and Humane is the EU Border Control Regime?*”, Government Gazette, Marzo de 2013.

RECOMENDACIONES

El presente documento de posición ha sido elaborado basándose en el impacto de las disposiciones establecidas en la Directiva de Retorno sobre los migrantes irregulares que han identificado los miembros de PICUM. Su objetivo es arrojar luz al debate sobre la posible evolución de la política de retorno de la UE proporcionando recomendaciones de políticas concretas en relación con la situación a la que se enfrentan los migrantes irregulares durante el proceso de retorno.

A la luz de los motivos detallados anteriormente, PICUM solicita a la UE y a los políticos nacionales que tengan en cuenta y otorguen una consideración especial a las siguientes recomendaciones:

1. Las políticas de retorno deberían centrarse en garantizar los derechos fundamentales de los migrantes mediante un control independiente y sistemático de los procedimientos de retorno.

El respeto de los derechos humanos debería estar siempre en el centro de las políticas de migración y retorno de la UE. Se debería explorar más en profundidad la cooperación entre organizaciones de la sociedad civil e instituciones del Estado para el control de los retornos. Debería establecerse en Europa un control efectivo, independiente y sistemático externo de los procedimientos de retorno.

2. Se deberían promover alternativas viables a la detención.

Se deberían promover y adoptar alternativas viables a la detención de acuerdo con los requisitos de la Directiva de Retorno. El uso de esta práctica migratoria implica la privación de libertad por conveniencia administrativa de los Estados y su impacto va en detrimento de los derechos humanos de los migrantes, particularmente de los niños y sus familias.

3. Los niños nunca deberían ser internados.

El Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño ha afirmado que el internamiento de un menor debido a su situación migratoria o a la de sus padres constituye en todos los casos una violación de los derechos del niño y contraviene el principio del interés superior del niño. Los marcos legislativos nacionales y regionales pertinentes y las políticas migratorias deberían adaptarse como corresponde.

4. Se debe conceder a todos los migrantes internados o en proceso de retorno su derecho a las garantías procedimentales y al acceso a la justicia.

Debería garantizarse la aplicación efectiva a nivel nacional de las garantías procedimentales y de las normas mínimas establecidas en la Directiva de Retorno. Se deberían llevar a cabo acciones por violación o aplicación inefectiva de las medidas que establece la Directiva. Se deberá conceder a todos los migrantes en proceso de retorno el acceso a la justicia, incluido el acceso a: representación y asistencia legal, acceso a la justicia y mecanismos de resarcimiento laboral, servicios de interpretación y traducción, autoridades consulares y ONGs y a procedimientos de solicitud de asilo.

5. Los migrantes no retornables no deberían ser internados y se les debería conceder un permiso de permanencia.

Cuando el retorno no sea posible por razones técnicas o de otra índole, o cuando pudiera ser inhumano, las personas no deberían ser internadas en los centros y se les debería conceder un permiso de permanencia. Al momento de ser puestos en libertad, los migrantes no retornados deberían recibir documentos que prueben su antigua estancia en el centro de detención, incluida la razón por la que fueron puestos en libertad y la prohibición de nuevo ingreso. Deberían investigarse soluciones a largo plazo para aquellos migrantes no retornables y se les debería conceder acceso a un estatus de residencia regular y a los servicios sociales, incluido el alojamiento y los servicios de salud y educación.

6. Se debería establecer un cortafuego en el proceso de detección e internamiento de los migrantes irregulares.

De acuerdo con las directrices elaboradas por la Agencia Europea de Derechos Humanos sobre el internamiento de migrantes irregulares⁹³, esta práctica no debería implicar una violación de los derechos fundamentales de estas personas. Como subraya la Agencia Europea de Derechos Humanos, *“los objetivos de la política de retorno pueden cumplirse eficazmente, sin tener que recurrir a medidas de internamiento que pueden afectar desproporcionadamente a los derechos fundamentales”* de los migrantes irregulares. Los funcionarios públicos y los lugares dedicados a la prestación de servicios no deberían estar obligados a denunciar a los migrantes irregulares ante las autoridades de inmigración ni a compartir información con ellas. Las acciones de aplicación de las políticas migratorias no deberían llevarse a cabo en estos establecimientos ni cerca de ellos ya que estas prácticas podrían disuadir a las familias migrantes indocumentadas del acceso a los servicios básicos.

7. Garantizar el efecto suspensivo de la expulsión de las demandas que impugnen la decisión de detención.

Se recomienda que los procedimientos para impugnar decisiones de detención por motivos migratorios sean suspensivos para evitar la expulsión previa a la evaluación individualizada de los migrantes en situación de detención administrativa. Por último, la formación y el fortalecimiento de capacidades de las autoridades responsables de establecer y hacer cumplir los procedimientos pertinentes, así como del órgano judicial ha sido identificada como crucial para garantizar que los procedimientos existen y que son aplicados incluso para los no nacionales.

93 Agencia Europea de Derechos Fundamentales, *“Detención de los inmigrantes en situación irregular: consideraciones sobre los derechos fundamentales”*, disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2013-apprehension-migrants-irregular-situation_en.pdf.



PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON
UNDOCUMENTED MIGRANTS

www.picum.org