

LA DETENCIÓN DE EXTRANJEROS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD VS. DERECHOS HUMANOS.

DETENTION OF VULNERABLE ALIENS VS. HUMAN RIGHTS.

Antonio MUÑOZ AUNIÓN
Glorimar Alejandra LEÓN SILVA
Universidad Autónoma de Chile

Resumen: The so-called migratory exceptionalism on which contemporary migratory law is being built is a dangerous political movement: non-citizens have no right to vote, it is a fertile ground for popular anxiety, fearful of the negative consequences of migration, which creates misunderstandings about the level of refugee protection (an entirely different category of persons); also xenophobic positions are reactivated and the need of governments to demonstrate a strong position towards their electorate, leads to different forms of repressive control, which has increased the detention of immigrants with diametrically opposed purpose to the preparation of their expulsion. The review of the reference documents "return directive and reception directive" make evident the presence of great humanitarian principles enshrined in a plethora of international and regional instruments, but their maxims statements are in symbolic places. The analysis of international jurisprudence will finally allow us to make proposals and harmonious approximations according to the international standards of human rights of migrants.

Palabras clave: Detención de migrantes, Directiva retorno, Asilo, Directiva recepción, Derechos humanos de los migrantes.

Key words: Detention of migrants, Return directive, Asylum, Reception Directive, Human rights of migrants.

Sumario: 1. La detención y prohibición de entrada en el marco de la Unión Europea. Una pena aflictiva de facto. 2. Sobre las condiciones de detención. Principios Generales. 3. La respuesta judicial desde el ensamblaje de la Unión Europea – Luces y sombras. 4. Reflexiones finales. 5. Referencias bibliográficas

La "época liberal" de normas de derechos humanos que facilitaba una forma *sui generis* de migración humanitaria cercana a un 'ius migrandi' hoy día se encuentra en recesión y nos lleva a tiempos pretéritos de expulsiones masivas como la de ciudadanos polacos de Alemania a finales del siglo XIX o la prohibición de entrada a Estados Unidos de ciudadanos orientales de la misma fecha ¹ y al trazo figurado de una *frontera adelantada de seguridad* desdeñoso de principios humanitarios. El denominado *excepcionalismo migratorio* sobre el que se está construyendo el derecho migratorio contemporáneo, es un movimiento político peligroso: los no ciudadanos carecen de derecho de sufragio, es un terreno fértil para la ansiedad popular temerosa de las consecuencias negativas de la migración y a que se creen malentendidos en cuanto al nivel de protección a los

¹ El Asunto Chae Chan Ping v. Estados Unidos, 130 U.S. 581, 604 (1889) el Caso de la Exclusión de ciudadanos chinos y el Asunto Fong Yue Ting v. Estados Unidos, 149 U.S. 698, 705 (1893) (ampliando su razonamiento a la deportación de residentes extranjeros de nacionalidad china) señalando que la orden de deportación no representaba el castigo de un delito.

refugiados (una categoría absolutamente distinta de personas); también se reactivan las posiciones xenófobas y la necesidad por parte de los gobiernos de demostrar una posición firme ante su electorado, acciones que crean un vórtice de prácticas represivas y la percepción de la migración irregular como un acto asociado a actividades delictivas² -percepción que empíricamente no ha sido comprobada³- lo que incrementa tensiones sobre la Administración de justicia.

Como indica Macklin, A., "...las leyes que avivan graves temores respecto de las libertades civiles por cuanto a los ciudadanos, se convierten en algo corriente en el contexto migratorio"⁴. Estos procesos trascienden el plano puramente legal, las modificaciones legislativas no evolucionan en campanas de vacío y no pueden ser objeto de estudios aislados del contexto social y político en el que se producen. En definitiva, como apuntara Marcuse, H. se percibe "una ausencia de libertad cómoda, suave, razonable y democrática, señal del progreso técnico que prevalece en la civilización industrial avanzada"⁵. En definitiva, nos encontramos ante una "discreta" victoria de las medidas de seguridad frente a los derechos humanos iniciada tras los dramáticos sucesos del 11 de septiembre de 2001 que han afectado las principales ramas de los ordenamientos jurídicos del Derecho comparado.

1. LA DETENCIÓN Y PROHIBICIÓN DE ENTRADA EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA. UNA PENA AFLICTIVA DE FACTO

En las últimas décadas, organizaciones internacionales como el ACNUR y ONGs han mostrado su preocupación por el incremento en la utilización de la detención de inmigrantes con fines diametralmente opuestos a la preparación de su expulsión, pasando a ser una medida de seguridad, forma de pena⁶ o mecanismo de disciplina⁷ que se extiende también a los solicitantes de asilo mientras se analiza su petición⁸. Si sobre la primera categoría se plantean interrogantes sobre la moralidad de su retención, sobre la segunda aún es más difícil de justificar

² Mitsilegas, V. (2015): *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Springer.

³ Rebatiendo el argumento, véase, Belli, R., Parkin, W. (2012): "Immigration and homicide in contemporary Europe". In Liem, W. and Pridemore, A. (Eds) *Immigration and homicide in contemporary Europe*. New York. Springer, pp. 247-260; Poissonnier, G. Un étranger en situation irrégulière n'est pas un délinquant " Recueil Dalloz, v. 27 pp. 1880-1883.

⁴ ---: "Borderline Security". Public Law and Legal Theory Research Paper No. 02-03 p. 393, https://www.academia.edu/24317281/Borderline_Security (última consulta, 20 de abril 2017)

⁵ (1968): *El Hombre Unidimensional*. p. 1. Editorial Seix Barral. En el mismo sentido, Brotons, A. (2010): "Crisis global y respuesta mundial". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. 1(4), 23-40; ---(1996): *Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*, McGraw- Hill.

⁶ Hernández, C. 2014: "Immigration Detention as Punishment". *UCLA Law Review* 61, 1348-1414.

⁷ "UNHCR Concerned at detention of asylum-seekers, releases new guidelines". UNHCR Press Release. <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/search?page=search&docid=505c33199&query=detention>

y la Coalición Internacional sobre Detención (IDC) una red global que agrupa a más de 300 organizaciones de la sociedad civil, <http://idcoalition.org>. (última consulta 21 de septiembre de 2012).

⁸ El Informe JRS Devas Becoming Vulnerable in Detention, indica que los solicitantes de asilo son retenidos en promedio 1 mes más que los inmigrantes irregulares y que del total de detenidos por más de 5-6 meses, el 80% de ellos son solicitantes de asilo con peticiones en estudio.

debido a su *aproximación criminalizante* que resulta contraria al propio artículo 31 del Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados⁹. Esta preocupación por la nueva vía de utilización asimétrica o *interesada* de mecanismos propios del Derecho penal para controlar la inmigración irregular presenta graves riesgos -desde la perspectiva de los derechos humanos- al carecer de las garantías de éste.

La figura de la detención previa a la deportación, es un ejemplo de “mecanismo adaptativo” que se sitúa en un estado fluctuante entre la adherencia a los derechos humanos universales y su revocación, requiriendo una supervisión continúa¹⁰, algo que los mecanismos de protección de derechos humanos existentes no realizan en forma óptima. En opinión de, De Lucas, J. “...estas medidas llevan a un claro retroceso de estándares de derechos humanos, especialmente en lo relativo a la expulsión del país, la cuestión de la privación de libertad, la detención de menores o las garantías del debido proceso”¹¹. Mientras, como ejemplo de la magnitud del asunto, en el estado norteamericano de Tejas se acaba de inaugurar un centro de detención de inmigrantes irregulares con un sector aislado para la población transgénero garantizando que no serán objeto de acoso y violencia contra sus personas, lo que refleja una óptica legislativa que se ofusca en ofrecer soluciones a los problemas menores, por su cuantía u ocurrencia, a modo de un trampantojo o *trompe de oeil*¹² frente a las violaciones masivas de los derechos de migrantes irregulares en todo el proceso migratorio, la opacidad e inimputabilidad del proceso gestionado por *agencias especializadas privadas*¹³ y con limitado acceso a la revisión del poder judicial que los sitúa muy por debajo de las garantías, tanto nacionales como internacionales, de los presuntos delincuentes¹⁴. Para la Unión Europea resulta ineludible disponer de un

⁹ Art. 31.1. “Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales”. Ginebra, 28 de julio de 1951.

¹⁰ Por ejemplo, las recientes recomendaciones del Comité Europeo para la prevención de la tortura y tratos o penas degradantes o inhumanas, marzo 2017 Consejo De Europa, CPT/In f(2017).

¹¹ ...: Ceriani, P. (2009): “La UE ante la inmigración: balance de una esquizofrenia jurídica y política”. In Fava, R.; (Eds.) *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*, Universidad de Lanus.

¹² Considerar el *Asunto O.M.c. Hungría*, No. Appl. 9912/15, sentencia de 5 de julio de 2016 donde el Tribunal señaló que la detención de las personas LGBTI conllevaba el riesgo de reproducir las sevicias que las habían llevado en su momento a abandonar sus países de origen.

¹³ Como apuntara, Prera, A. “...el hecho de que el Estado, en nuestros días, no sea el ‘benefactor’ que conocimos durante décadas no puede implicar que desaparezca totalmente su responsabilidad ante los ciudadanos y que aquella se transfiera al sector privado. De esta manera, se corre el riesgo de conformar una sociedad todavía más asimétrica, carente de solidaridad, donde se privilegie el individualismo y el ser humano se encuentre relegado a un segundo plano frente a la lógica del máximo beneficio “...”. (1999): “El poder sin rostro. Los efectos de las privatizaciones y los Derechos Humanos”. In Karel A. (Eds.) *Human Rights at the Dawn of the Twenty-first century*, Bruylant, Bruselas. pp. 754; Menz, G. (2011): “Neoliberalism, Privatization and the Outsourcing of Migration Management: A five country comparison”. *Competition and Change*, 15(2) p.117.

¹⁴ Es llamativo que en determinados países el número de no ciudadanos bajo detención administrativa supere el número de reclusos con pena firme de prisión o en prisión preventiva. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Detenciones arbitrarias, A/HRC/7/4 de 10 de enero de 2008, para. 45. Sobre su composición, véase, Ochoa, N. and Salamanca, E. (2006): “El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Un análisis preliminar”. *REEI*, 1-27

conjunto de buenas prácticas para impedir la violación de los derechos humanos de los migrantes en el territorio comunitario, en terceros estados vinculados con la acción exterior de la Unión Europea¹⁵ o en países que buscan modelos de gestión migratoria¹⁶ y la sujeción de los centros de procesamiento o de tránsito, a estándares comparables de respeto de los derechos humanos¹⁷.

Desde la década de los noventa¹⁸ y con mayor claridad tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, se ha trabajado este asunto que debe alcanzar próximamente un grado de madurez contrastado como *corpus iuris* para su ensamblaje con las normas de Derecho Internacional¹⁹ y que será una hoja de ruta que garantizará una *apropiada* regulación de los flujos migratorios en cualquier

¹⁵ Weinzierl, R. (2007): *The Demands of Human and EU fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*. Berlin: German Institute for Human Rights; también, Human Rights Watch, Ukraine: On the Margins- Rights Violations against Migrants and Asylum Seekers at the new Eastern Border of the European Union, noviembre 2005.

¹⁶ El artículo 1 de la directiva 2008/115 indica a priori que no se trata de establecer procedimientos ni estándares comunes sino mínimos y los Estados pueden mejorar las condiciones, como se indica en art. 4.3 "...será sin perjuicio del derecho de los Estados miembros de adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a las que se aplican siempre que dichas disposiciones sean compatibles con la directiva".

¹⁷ Al permitir un período prolongado de detención previa a la expulsión, "...la Unión Europea (...) ha dado un ejemplo especialmente inadecuado al resto del mundo" Baldaccini, A. (2009), p. 137. Véase, Baldaccini, A. "The EU directive on return: Principles and Protest". *Refugee Survey Quarterly*, 28 (4), 114-138.

¹⁸ Por cuanto a la expulsión, con antecedentes en el pilar de la cooperación política europea de la década de los noventa sin un grado de obligatoriedad, a) Recomendación de 30 de noviembre de 1992 relativa a las prácticas seguidas por los Estados miembros en la Expulsión b) Recomendación de 30 de noviembre de 1992 relativa al tránsito con el fin de la expulsión. c) Recomendación de 1 de junio de 1993 relativa a los controles y la expulsión de nacionales de terceros Estados residiendo o trabajando sin autorización. d) Conclusiones del Consejo de 30 de noviembre de 1994 sobre la organización y desarrollo de un Centro de Información, Decisión e Intercambio sobre el cruce de fronteras e Inmigración (CIREFI). e) Recomendación de 30 de noviembre de 1994 relativa a la adopción de un documento de viaje estándar para el traslado / expulsión de los nacionales de terceros países. f) Recomendación de 30 de noviembre de 1994 relativa a un modelo de acuerdo de readmisión entre un Estado miembro de la Unión Europea y un tercer Estado. g) Recomendación de 24 de julio de 1995 sobre principios orientadores a seguir en la redacción de protocolos para la implementación de acuerdos de readmisión. h) Recomendación de 22 de diciembre de 1995 sobre mecanismos de armonización para combatir la inmigración ilegal y el empleo ilegal y mejora de los mecanismos de control. i) Recomendación de 22 de diciembre de 1995 sobre una acción concertada y cooperación para llevar a cabo medidas de expulsión. j) Conclusiones del Consejo de 4 de abril de 1996 relativa a cláusulas de readmisión a insertar en futuros acuerdos mixtos. k) Decisión de 16 de diciembre de 1996 sobre la monitorización de la implementación de instrumentos adoptados por el Consejo relativa a la inmigración ilegal, readmisión, empleo ilegal de nacionales de terceros Estados, y la cooperación en la implementación de órdenes de expulsión. De carácter obligatorio, la Directiva del Consejo de 26 de mayo de 1997 sobre el intercambio de información relativa a la asistencia para la repatriación voluntaria de nacionales de terceros Estados.

¹⁹ La Comisión de Derecho Internacional (CDI) se ocupa del tema de la expulsión desde 1998 y ha convertido el tema en un asunto de codificación, véanse, los Informes de la CDI adoptados desde entonces y la Resolución de la Asamblea General 59/41 en la que se invita a los Estados a proporcionar información a la CDI sobre la expulsión de extranjeros de 2 de diciembre de 2004, OFGA, 59 sesión, suplemento n. 10 (A/55/10) para. 364. En la doctrina, Wouters, J. (2010): "The tormented relationship between international law and EU law". In Bekker, D. and Waibel, M. (Eds) *Making transnational law work in the global economy. Essays in honour of Detlev Vagts*, Cambridge University Press. Cambridge, pp. 198-221.

lugar del mundo²⁰ como consecuencia de la visión de la Unión Europea en el escenario internacional como una potencia normativa y su magnético “valor añadido europeo” que lleva a muchos Estados en diversos terrenos a vincularse a las políticas europeas²¹.

En lo relativo al diseño, actualización o gestión de estas normas, la Unión Europea no puede convertirse en *deus et machina* mediante la creación de agencias regulatorias o de monitorización²², la externalización, o una tutela *ex post*²³, al margen de los principios generales del Derecho Internacional, sus costumbres y convenios, para crear una costumbre salvaje y contraria al propio germen del *Derecho Internacional onusiano*, por lo que el Consejo de Europa se ha transformado en el *control de la consciencia democrática* de la Unión Europea,

²⁰ Estas normas fueron duramente criticadas por países y organizaciones regionales latinoamericanas, Mercosur, OEA, UNASUR, Comunidad Andina que hoy día son espacios de atracción migratoria y que no deben mirar a los principios que en su origen criticaron, especialmente por cuanto al derecho a la libertad personal, derecho de menores, y el principio de *non refoulement*; Sobre la primera, vid, Declaración de los países del MERCOSUR ante la “Directiva de retorno de la Unión Europea”, Tucumán, 01/07/2008; sobre la segunda, Consejo Permanente de la OEA, Acción de la OEA sobre la Directiva de Retorno de la UE en materia migratoria, 26/06/2008, CP/RES.938; respecto de UNASUR, Declaración de la Unión de Naciones Suramericanas sobre la “directiva de retorno” de la Unión Europea”, 04/07/2008; y por último, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Carta al Presidente del TSJCE, Ref. 042-P-TJCA-2008, 25/06/2008. En más detalle, véase, Arcarazo, D.: “Latin American Reactions to the Adoption of the Returns Directive”. *CEPS Liberty and Security in Europe publication series*, en www.ceps.eu/ceps/download/2665; Acosta, D. (2009): “The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament becoming bad and ugly?. (The adoption of Directive 2008/15: The Return Directive)”. *European Journal of Migration and Law* 11, 19-39; también, en <http://www.euractiv.com/en/socialeurope/spain-explains-directive-shame-latin-america/article-173727>; Ceriani P. (2011): “Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana”. *Nueva Sociedad* 233, 68-86; Gianelli, L. (2008): *Análisis de la Directiva de Retorno de la Unión Europea. VIII Conferencia Sudamericana sobre Migraciones*, Montevideo.

²¹ En considerando n. 19 de la Directiva Retorno. En más detalle sobre este argumento de espacio modelo, véase, Candas U. (2012): *Relations extérieures et influence normative de l’Union Européenne*. EUE, Paris.

²² Por ejemplo, **la Agencia Europea de Gestión de Fronteras Exteriores**, Cfr. Human Rights Watch (2011) *The EU’s Dirty Hands: Frontex Involvement in Ill-treatment of migrants detainees in Greece*, Nueva York. Por ejemplo, con competencias extendidas previstas en su Reglamento (CE) 2007/ 2004 constitutivo de FRONTEX y que le otorga a la agencia la posibilidad de cooperar con terceros países “en el marco de acuerdos de trabajo “...que han sido entendidos de forma amplia como acuerdos internacionales, o las operaciones conjuntas de expulsión de ahí que su presupuesto se haya incrementado sustancialmente, pasando de 6 millones de euros en 2005 a 86 millones en 2011”. http://frontex.europa.eu/budget_and_finance/ o el *Agente de derechos humanos* que depende de la Agencia, y por tanto no independiente. <http://www.frontex.europa.eu/news/management-board-designates-fundamental-rights-officer-zqofRR>; **la Agencia Europea de Derechos Fundamentales** que ha aclarado sin mucha convicción que “...el mero hecho de que un inmigrante se halle en situación irregular no debe considerarse nunca causa suficiente para el internamiento.” Véase *Detention of third country nationals in return procedures, Informe de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 2011, p. 19. <http://www.fra.europa.eu>; Sobre esta, véase, Pérez, C. (2015): “La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus sinergias con el Consejo de Europa”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 51 (19); o la agencia europea de policía, Europol, <https://www.europol.europa.eu>.

²³ Por ejemplo, la obligación de reportar la implementación de las normas a la Comisión Europea por parte de los Estados miembros que sólo será eficaz si ésta la considera en conjunto con las recomendaciones y buenas prácticas provenientes de los organismos especializados y ONG’S de protección de los derechos humanos que lleve a un código de conductas mínimas.

hasta que esta solvente su crisis que Habermas ha caracterizado como de legitimidad, solidaridad y confianza ²⁴.

Del análisis de los documentos de referencia "directiva retorno y directiva recepción" ciertamente se aprecia la mención a grandes principios humanitarios consagrados en una pléyade de instrumentos internacionales y regionales. Sin embargo, sus máximas declaratorias se encuentran en lugares simbólicos -como el *memorándum* o *preámbulo*-cuyo articulado no las formula *a posteriori*.

Así por ejemplo, en la primera, *Directiva 2008/115 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*, la aplicación automática de prohibiciones de regreso asociada a todo procedimiento de expulsión es contraria a sus principios, cuyos puntos 6 y 14 del Preámbulo y su artículo 11 (2) estipulan que dicha prohibiciones se basaran en datos objetivos y que su duración será determinada tomando en consideración todas las circunstancias relevantes del caso individual.

Y la segunda, la *directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros*²⁵, refundida por la reciente *directiva 2013/33/UE*²⁶ del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional ²⁷ -tras resultados de la evaluación negativa que hiciera la Comisión Europea de su implementación en 2007- en la que se señaló que los Estados miembros permitían la detención de solicitantes de asilo por distintos motivos y con duración variable entre los mismos, quebrantando con ello la aspiración armonizadora. Así, se incluyeron salvaguardias en el Derecho de la Unión para impedir que los solicitantes de asilo fueran detenidos en forma arbitraria y que la detención fuera utilizada como último recurso, garantizando una expulsión acorde al imperio de la ley y el respeto de los derechos humanos.

Pero pese a sus buenas intenciones, ambos instrumentos son ejemplos de criminalización de la migración agregada al conjunto de sistemas nacionales de extranjería que ya estaban influidos por una fuerte regulación penal sustantiva, materia que, si bien queda fuera de las competencias europeas, confluye con estas a modo de competencias compartidas y la teoría de la preemption, (en su acepción conflictual) del Derecho de la Unión por encima de normas nacionales²⁸, siendo este un terreno común donde el Tribunal de Justicia de Luxemburgo se ha debido

²⁴ ---.(2012): "The Crisis of the European Union. A Response". Cambridge, Polity Press vii-xi.

²⁵ DOCE L 31 de 6 de febrero de 2003, p. 18. Véase, Górtazar, C.(2003): "Comentario a la directiva 2003/9/CE". *Revista General de Derecho Europeo*. www. Iustel.com

²⁶ DOCE L 180/96 de 29/06/2013.

²⁷ Se entiende por protección internacional o subsidiaria, según la Directiva 2011/95/UE "...persona con derecho a protección subsidiaria": un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y al que no se aplica el artículo 17, apartados 1 y 2, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país.

²⁸ Sobre este concepto y su nebulosa aplicación a la cuestión migratoria, véase, Arena, A. (2010): "The doctrine of Union Preemption in the EU single market: Between Sein and Sollen". *Jean Monnet Working Paper 03/10*, 31

pronunciar en su papel de impulsor de integración²⁹ en lo que en Estados Unidos la doctrina ya denominara como federalismo de la inmigración, otro ejemplo más de la excepcionalidad de este derecho³⁰. Por otra parte, estos instrumentos se enmarcan en la solución de ingeniería diplomática conocida como de geometría variable (opt in- opt out), esto es, un espacio flexible que permite que miembros de la Unión Europea se mantengan al margen de su aplicación -por ejemplo el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, en razón de la sensibilidad de la cuestión migratoria para su electorado- y que otros - Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein- que no son miembros de pleno derecho de la Unión pero unidos a ésta por una fuerte sinergia y dependencia, participen en el sistema de regulación de flujos migratorios.

2. SOBRE LAS CONDICIONES DE DETENCIÓN. PRINCIPIOS GENERALES

Pese a las declaraciones de buena voluntad que señalan que la migración es parte de la historia de la humanidad³¹, ningún gobierno en el mundo afectado por flujos migratorios ha renegado de la detención administrativa de aquellos que considera inmigrantes irregulares³², en ocasiones al margen del escrutinio de la opinión pública como fue el caso de la detención indefinida de ciudadanos cubanos

²⁹ Hinarejos, A. (2011): "Integration in criminal matters and the role of the Court of Justice". *European Law Review* 36, 420-430.

³⁰ Motmura, H. (1999): "Federalism, International Human Rights, and the Immigration Exceptionalism". *University of Colorado Law Review* 70, 1361 y ss.; Spiro, P. (1997): "Learning to Live with Immigration Federalism". *Connecticut Law Review* 29, 1627 y ss. Con la prevision de que la preemption norteamericana no es ni la primacía europea ni la prevalencia del Derecho Constitucional europeo, como afirma, Velasco, F. (2011): "Un ejemplo de funcionamiento de la "preemption" norteamericana: la regulación de la inmigración", *REAF* 13, 47.

³¹ En este sentido, véase, Lacomba, J. (2008): *Historia de las Migraciones Internacionales. Historia, geografía, análisis e interpretación*. Editorial La Catarata, Madrid, p. 14.

³² En muchas ocasiones se ha indicado que la detención migratoria debe ser excepcional, el último recurso del que se dispone cuando ninguna medida menos restrictiva se encuentre disponible para el caso en particular, véase, C v. Australia (2002): Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre detenciones arbitrarias; párr. 67 y 82; Comité para la eliminación de la discriminación racial (2004) par. 17; Asuntos Yvon Neptune v. Haiti (2008) párr. 90; Álvarez e Iñiguez v. Ecuador (2007), párr. 53; Vélez Loor v. Panamá (2010) párr. 116-166-171. La aproximación más protectora del migrante en el régimen americano se explica en parte por el menor número de casos de los que conoce el sistema, en general, véase, Dembour, M. (2015): "When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint". *Oxford University Press*. En el ámbito interno, en el *Asunto Zadvydas v. Davis*, 533 US 678 (2001), el Tribunal Supremo decidió que un no ciudadano que había sido admitido a los Estados Unidos, como residente legal permanente y no podía ser deportado no debía estar en detención indefinida, en la opinión del Juez Stephen Breyer cuyo voto decidió la sentencia, indicó: "...la detención indefinida sería una amenaza constitucional muy grave..." y que había que incluir una interpretación legal de plazos límites, siendo razonable el de seis meses. En el Reino Unido, Lord Nicholls, en su voto particular en la sentencia de 16 de diciembre de 2004 afirmó "...la detención indefinida sin cargo o juicio es anatema para toda sociedad que observa el imperio de la Ley". Asunto A and others v. Secretary of State for the Home Department, United Kingdom House of Lords. Desafortunadamente, este principio invariablemente queda reducido prácticamente a papel mojado en las prácticas estatales contemporáneas de subterfugios y ficciones jurídicas.

y haitianos en Estados Unidos a finales del siglo XX³³, o la de ciudadanos afganos en zonas escindidas del territorio australiano amparada por los altos tribunales del país³⁴ que reconocían la dificultad de reconciliación con las obligaciones internacionales asumidas por Australia. En este sentido, es reseñable que la proyectada ley de migración chilena en sus artículos 12 al 126 establezca un plazo máximo de detención administrativa de cinco días -lo que rompe la tendencia contemporánea-, o que prohíba la detención de menores no acompañados³⁵.

La figura de la detención -más allá de sus objetivos declarados- representa un instrumento político de gran peso. En el hemisferio sur, supuestamente disuade a los potenciales migrantes de entrar en la fortaleza europea, en el hemisferio norte se emplea para darle a la opinión pública la imagen de una lucha activa de las autoridades para resolver el "problema de la migración", estigmatizando a los que se les etiqueta como "enemigos"³⁶, incrementando el riesgo del racismo y la xenofobia.

El Consejo de la Unión inició el trabajo para la armonización de estándares y procedimientos relativos a la expulsión de nacionales de terceros países residentes ilegales en 2005 y no fue hasta diciembre de 2008 cuando se alcanzó un compromiso que llevó a la adopción de la *Directiva Retorno 2008/115/CE*, implementada por los Estados miembros en 2010 -entre otras razones-, debido a la aplicación por primera vez del procedimiento de codecisión, en el cual el Parlamento tiene un papel legislativo similar al del Consejo³⁷ que aumenta el nivel democrático de las medidas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Esta Directiva es objeto de revisión por la Comisión Europea cada tres años,, quien a su vez puede iniciar procedimientos contra los Estados miembros por incumplimiento³⁸. Hasta la fecha muchas de las disposiciones de la directiva no han sido transpuestas por los Estados miembros en sus legislaciones

³³ Respecto de los primeros, la detención indefinida de los conocidos como *marielitos*, y la intercepción en alta mar como mecanismo equivalente a la detención, y rechazo de haitianos o detención en Guantánamo durante el conflicto civil en este país. En general, véase, Swarns, R. (abril 26, 2003): "Illegal aliens can be held indefinitely, Ashcroft says". *New York Times*.

³⁴ Véase, Woodley (Manager of the Baxter Immigration Detention Center) ex parte Applicants M276/2003 by their Next Friend GS. HCA 49 Sentencia de 7 de octubre de 2004. El Comité de Derechos Humanos ha admitido que debido a esta práctica legislativa y judicial de Australia, no es necesario el agotamiento de los recursos internos para la presentación de comunicaciones individuales, vid, Asunto A. c. Australia No. 560/1993, decisión de 3 de abril de 1997. UN Doc. A/52/40. Anexo VI. Sec. 1 CCPR/C/78/D/1014/2001.

³⁵ En línea con la reciente jurisprudencia de derechos humanos, asuntos Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica n. 13178/03, de 12 de octubre de 2006.

³⁶ Aas, K. (2007): "Analyzing a world in motion: Global flows meet 'criminology of the Other'". *Theoretical Criminology* 11(2), 283-303; Caputo, A. (2007): "Irreglari, criminali, nemici: note sul "diritto speciale" dei migranti". *Studi sulla questione criminale* 2(1), 45-64.

³⁷ Acosta, D. (2009): "The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament becoming bad and ugly? The adoption of Directive 2008/115 EC. The Return Directive". *European Journal of Migration and Law* 1(1), 19-39.

³⁸ Baldaccini, A. (2009): "The EU directive on Return: Principles and Protests". *Refugee Survey Quarterly* 28(4), 114-138.

nacionales³⁹, por lo que la Jurisprudencia tendrá capital importancia para alcanzar el objetivo armonizador de la directiva.

En su artículo 16 se establece que el internamiento debe realizarse por regla general en lugares especializados de detención⁴⁰. Si por motivos de infraestructura, un Estado tiene que recurrir a prisiones comunes, los nacionales de terceros Estados tendrán que separarse de la población carcelaria⁴¹ a los efectos de evitar su estigmatización como criminales⁴². Además, a los retenidos se les debe permitir el contacto de representantes legales, familiares, y personal consular y en cuanto a las personas en situación de vulnerabilidad, -entre otras, menores, personas con enfermedades⁴³, mujeres embarazadas, personas con discapacidades, o víctimas de abusos-, tienen que tener una atención especial de salud⁴⁴ y servicios sociales, entre otros⁴⁵. Sin embargo, la práctica indica que se están convirtiendo en verdaderos *agujeros negros* del sistema.

La detención⁴⁶ -que según las autoridades es necesaria para la preparación exitosa y la organización de las operaciones de retorno, cuyo corolario es la

³⁹Comisión Europea Informe de Implementación, COM (2014) /199 de 28 de marzo de 2014, "Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on return policy".

⁴⁰ En los *Asuntos C-473/13 y C-514/13 Adala Bero v. Regierungspräsidium Kassel; Ettayebi Bouzalma v. Kreisverwaltung Kleve*, Sentencia 17 julio 2014 se rechazaron los argumentos según los cuales, en los Estados federales, sus entidades podrían evadir las reglas de detención de inmigrantes irregulares en centros distintos a prisiones dado que carecían de los mismos, en ese caso, se debían construir. El Tribunal estimo que la "indisponibilidad" a la que se refiere la Directiva retorno, no debía entenderse en el sentido de que no hubiera centros de detención especializados en una parte del Estado, sino que se interpretaba tomando al país como un todo independientemente de su estructura constitucional o administrativa.

⁴¹ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el *Asunto Thi Ly Pham c. Ciudad de Schweinfurt*, indicó que la obligación de que los migrantes detenidos fueran separados de los presos ordinarios no estaba abierta a excepción incluso cuando el solicitante hubiera expresado su deseo de permanecer en prisión para seguir en contacto con sus compatriotas, en estas extraordinarias circunstancias, el individuo no tiene verdadera autonomía de decisión. Sentencia de 17 de julio de 2014 para. 17,19, 21.

⁴² Este dualismo separación /aislamiento no ha podido evitar la estigmatización que algunos autores han denominado uniendo ambos términos como "crimigración", cfr, Stumpf, J. (2006): "The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime and Sovereign power". *American University Law Review*, 56, 367-418.

⁴³ Por cuanto a las enfermedades terminales, en el Asunto Abdida, C-562/13 Recueil 2014 p. 2453, el Tribunal acudió al artículo 5 de la Directiva que prohíbe el *refoulement* para bloquear la aplicabilidad de una orden de expulsión.

⁴⁴ Existe una interrelación entre las condiciones de salud del inmigrante irregular detenido y su voluntad de regresar, mejor salud más interés en cooperar. Sin embargo, en ocasiones sólo se ofrecen servicios médicos de urgencia, véase, E/CN.4/2005/85/Add. 1 comunicaciones enviadas al Relator especial de derechos humanos de los migrantes por el Gobierno de España.

⁴⁵ Primero, se ha considerado que con independencia de las atenciones en los centros de detención, en el caso particular, el Reino de Suecia, sus usuarios los consideran como centros similares a las prisiones, la incertidumbre sobre la duración de la detención y su resultado es un factor importante de stress. Vid, Puthooppambal, S.(2013): "Do higher standards of detention promote well-being?". *Forced Migration Review*, 44, 40. Segundo, en la mayoría de los centros no existen protocolos para detectar a las víctimas del tráfico, a personas vulnerables o en general a aquellos que podrían beneficiarse de algún tipo de protección internacional. Sobre este último, véase, Arenas, N. (2003): "El Sistema Europeo de Protección temporal. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población". *Revista Española de Derecho Internacional* 55(2), 745-778.

⁴⁶ La detención se entiende como la privación de libertad, véase, *Asunto Amuur c. Francia*, sentencia de 25 de junio de 1996, Aplicación N. 19776/92, para. 43 La Comisión de Derecho Internacional ha

efectividad⁴⁷ para la Academia y ONG, *no sólo es inútil y absurda sino ilícita* al constituir una forma de detención arbitraria en el sentido del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁸. Según datos de 2015, más de un millón de migrantes sin visado llegaron a Europa ese año, lo que demuestra la dificultad para poner en marcha su expulsión⁴⁹, lo que no es impedimento para que proliferen lo que se denomina *una industria de la detención* justificada en la necesidad de crear más empleo⁵⁰.

En todo caso, la responsabilidad del Estado que expulsa no acaba en la expulsión⁵¹. En el *asunto TI c. Reino Unido*⁵² el TEDH afirmó que el Estado que expulsa a una persona debe asegurarse que el Estado receptor no la remitirá a un tercer Estado si hay riesgo para su vida o integridad física⁵³, asunto de relevancia actual debido a los numerosos países con conflictos civiles⁵⁴. También las

definido la expulsión como "...un acto legal por el cual el Estado compele a un individuo o grupo de individuos de otro Estado a dejar su territorio" A/CN.4/554, para. 13.

⁴⁷ Sobre este aspecto, hay muchas interrogantes, por ejemplo, se ha observado en el plano de la Unión Europea que el número de personas detenidas y efectivamente deportadas es muy inferior a la planeada. Según estadísticas de *Migreurop*, la mitad de los detenidos nunca es deportada. En 2012, la Comisión Europea (CE) registró 484, 000 órdenes de "regreso" y 178,000 inmigrantes fueron los que efectivamente abandonaron las fronteras europeas. COM (2014) 199, final, p. 4.

⁴⁸ Por ejemplo, asuntos *Bouamar v. Bélgica*, sentencia de 29 de febrero 1988; *Aerts v. Bélgica*, sentencia de 30 de julio de 1998; y *Enhorn v. Suecia*, sentencia 25 de enero 2005.

⁴⁹ Forgues, P. (2016). "Un million de migrants arrivés sans visa en Europe en 2015 : qui sont – ils ?". *Population & Sociétés* 532, 1-4.

⁵⁰ Por ejemplo, en el Reino Unido, donde la gestión de la mayoría de los centros de detención se realiza por empresas privadas, las visitas están autorizadas, pero no así la toma de notas. El control de visitas puede ser tan exhaustivo como para registrar las huellas dactilares y la toma de fotografías. En muchos casos, los detenidos no tienen acceso a sus teléfonos portátiles o Internet, y se ven obligados a realizar sus llamadas, sin privacidad, desde cabinas telefónicas, tanto su número como horario es restringido.

⁵¹ En su informe de 2010, el Comisario de Derechos Humanos, Sr. Hammarsberg describió las medidas de la Unión y de sus Estados miembros relacionados a la criminalización de los migrantes, concluyendo que existía un avance notable en el discurso de la "ilegalidad" en la política y derecho migratorio. En relación con los derechos humanos, todas las medidas europeas, al menos sobre el papel mantienen que observan las obligaciones de la Unión Europea con los derechos fundamentales. Sin embargo, el reconocimiento de estos compromisos no parece que influya en lo más mínimo su práctica hacia la criminalización de la migración. Hammarberg, "Criminalization of migration in Europe: Human rights implications, 4 de febrero en <http://wcd.coe.int>.

⁵² Demanda n. 43844/98, decisión de admisibilidad 07/03/2000, p.16, en lo que es una jurisprudencia de larga data del Tribunal que iniciara en el arquetípico asunto *Soering*, desde la perspectiva de la cooperación penal internacional, véase, Nieto, A. (2010): "Judicial cooperation in the EU as a means of combating the death penalty and expansion of human rights". In en Arroyo, Biglino y Schabas (Eds) *Towards universal abolition of the death penalty*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 51-75; y desde el punto de vista del Derecho Internacional, véase Roldán, J. (1990): "La extradición y la pena de muerte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La sentencia *Soering* de 7 de julio de 1989". *Revista de Instituciones Europeas* 17(2), 537-558.

⁵³ En lo que se conoce como "expulsión indirecta", Vid, Lauterpacht, E. and Bethlehem, D. (2003): "The Scope and content of the Principle of Non-refoulement". In en: Feller, E., Türk, V. Nicholson, F. (Eds.) *Refugee Protection in International Law: UNHCR Global consultations on International Protection*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 78-177.

⁵⁴ Por ejemplo, *Asunto Hirsi Jamaa y otros, c. Italia*, sentencia de la Gran Sala de 23.02.2012, asunto 27765/09, el Tribunal condena a Italia por infringir varios artículos del Convenio de Roma al deportar ciudadanos somalíes y eritreos a Libia, país desde el que habían salido. El Tribunal comprobó la misma violación del artículo 19 de un texto comunitario: la Carta de Derechos Fundamentales de la

prohibiciones de reentrada tienen que adecuarse a los estándares de derechos humanos y a la proporcionalidad para evitar caer en una práctica de *neo-refoulement*⁵⁵ y a fin de que el regreso sea duradero y efectivo, también resulta necesario un grado de cooperación con terceros países⁵⁶. Estas acciones -producto de la política exterior y de la aplicación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea- no pueden escapar a su consideración y calificación política como apunta el profesor Roldán Barbero, J.⁵⁷.

3. LA RESPUESTA JUDICIAL DESDE EL ENSAMBLAJE DE LA UNIÓN EUROPEA – LUCES Y SOMBRAS

A través de la cuestión prejudicial se da la comunicación entre el orden nacional y el europeo que en más de un 80 % de ocasiones permite revisar las obligaciones de un Estado miembro con las obligaciones derivadas de los Tratados. De hecho, la directiva ha suscitado más referencias del Tribunal que la mayoría de medidas en los ámbitos del asilo y la migración, interpretándose la directiva bajo el enfoque de expulsión eficiente antes que de los derechos humanos de los inmigrantes, lo que indica que el Tribunal ha abandonado su posición de

Unión Europea, referido al principio consuetudinario internacional del non -refoulement, y no estimó como exoneración los acuerdos bilaterales firmados por Libia e Italia ni las obligaciones internacionales contraídas por el país norteafricano, sino su práctica efectiva respecto al trato de extranjeros, si bien admitió la gran presión migratoria, a la que están sometidos los países meridionales de la Unión, una presión que no ha dejado de crecer y convertirse en un drama humano, y siendo que la actuación italiana tuvo lugar en alta mar, el Tribunal consideró que se trataba de un ejercicio de la jurisdicción por parte de Italia puesto que los hechos tuvieron lugar a bordo de sus buques de guerra, en el sentido del artículo 1 del Convenio de Roma. Sobre este asunto debe verse, Carrillo, J. (2013): "Reflexiones a la luz de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia. Sentencia de 23 de febrero de 2012". *Teoría y realidad constitucional* 32, 285-291. Moreno, V. (2012): "Hirsi Jamaa and Others v. Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?". *Human Rights Law Review* 12(3), 574-598; o *Asunto Sharifi y otros c. Italia y Grecia*; sobre la responsabilidad de los Estados miembros de la Unión Europea por violación del Convenio Europeo imputable al funcionamiento del derecho comunitario, véase, Bultrini, A. (2002): "La responsabilité des Etats membres de l'Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire". *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme* 49 5-43; Hoffmeister, F. (2010): "Litigating against the European Union and its member States – Who responds under the ILC's Draft Articles on International Responsibility of International Organizations?". *European Journal of International Law*, 21(3), 731-734.

⁵⁵ Así la sentencia del asunto M.S.S c. Bélgica y Grecia, n. 30696/09, se condena al primer país por el riesgo de ser expulsado de forma expedida a Afganistán, y al segundo, por enviar a la persona a Grecia, consciente de las serias deficiencias imperantes en este país en el proceso migratorio y de trámite de solicitudes de asilo.

Sobre este término, véase, Gortázar, C. (2002): "Building the CEAS: ad intra & ad extra: How to avoid non -refoulement and neo -non refoulement". In Xuereb, P. and Gortázar, C. (Eds.) *Migration and Asylum in Malta and the European Union: Rights and Realities 2002 – 2011*. Malta University Press, pp. 15-32.

⁵⁶ Sobre esto, véase, en general, Cassarino, J. en <http://www.jeanpierrecassarino.com/>. Respecto de los menores retornados.

⁵⁷ ---. (2015): "La aplicabilidad territorial del derecho de la Unión Europea y el derecho internacional". *Revista de Derecho comunitario europeo*, 466, comentando los casos de la Gran Sala del TEDH Al Nashiri (2876/11) y Husayn (7511/13) contra Polonia sobre secuestros y detenciones ilegales de la CIA en Europa.

activista integrador por una posición más débil frente a otros actores institucionales y unto a este mecanismo cohabita en difícil armonía el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El principio de proporcionalidad exige que la detención sea por el plazo mínimo necesario y nunca prolongada indefinidamente⁵⁸ y si bien no hay un plazo máximo a partir del cual tiene que desistirse de ejecutar la expulsión⁵⁹, según la jurisprudencia del Tribunal en el caso *Kadzoev*, los plazos de la directiva relativos a la retención del inmigrante si lo son⁶⁰ y el tiempo de detención ya cumplido durante el proceso de determinación de su solicitud también debe ser tomado en consideración para computar los plazos máximos de detención, sin que se pueda alegar cuestiones de orden, moral, salud o seguridad pública para prorrogar la detención⁶¹. Los antecedentes de este caso se resumen como sigue. El Sr. Kadzoev, un ciudadano de origen checheno llegó a Bulgaria en 2006 solicitando asilo quedando en un centro de detención mientras se estudiaba su solicitud. Posteriormente se le emitió una orden de expulsión como inmigrante irregular y por carecer de documentos de identidad de Rusia no podía ser devuelto por lo que estuvo en detención durante 3 años.

Las figuras de los menores no acompañados y familias con menores de edad se encuentran también reguladas en la directiva 2008/115, contemplando la detención como último recurso y por períodos breves, debiendo las familias permanecer unidas y en lugares separados del resto de los detenidos para garantizar su intimidad⁶². El artículo 10. 1 de la directiva señala que "se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés

⁵⁸ Este principio ha sido reconocido por la justicia internacional, por ejemplo, Asunto Ali c. Suiza (1999) 28 EHRR 304; Asunto Quinn c. Francia (1997) EHLRR 167; Asunto Mazar Singh c. Chequia (2001)

⁵⁹ Según la directiva "regreso" 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 (art. 15. 4). Sin embargo, no existe mecanismo obligatorio alguno para hacer cumplir esta disposición, el elemento de la "razonabilidad" de la perspectiva de remoción queda a la discrecionalidad de los Estados.

⁶⁰ Punto 6, "...el artículo 15, apartados 4 y 6, de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que no permite, cuando haya terminado el período máximo de internamiento previsto por esa Directiva, que el interesado no sea inmediatamente puesto en libertad, debido a que no esté en posesión de documentos válidos, dé muestras de comportamiento agresivo y no disponga de medios de subsistencia propios ni de una vivienda, o de medios facilitados con ese objeto por el Estado miembro" Asunto C-357/09 Sentencia de la Gran Sala 30 de noviembre de 2009.

⁶¹ Quedarían excluidas situaciones como carecer de documentos, tener una conducta agresiva, no tener medios de subsistencia, etc. Sobre este punto habría que acudir a las nociones de orden público, seguridad y salud pública que aplicaron a la libre circulación de personas y a las comunicaciones aclaratorias de la Comisión. COM (2009), 313, final "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros", Bruselas 2.7.2009.

⁶² En esta línea, véase, *Asunto Kanagaratnam y otros v. Bélgica*, sentencia de 13 de diciembre de 2011, No. 15297/09 donde se afirma que el ingreso de un menor en un centro de detención habilitado sólo para adultos representa una falta de humanidad equiparable a un trato inhumano.

superior del menor". Así, la cualidad de "extranjero en situación irregular" no puede prevalecer sobre la condición de "menor de edad en situación vulnerable"⁶³.

El Tribunal de Luxemburgo ha recalcado la relevancia del principio de proporcionalidad y la valoración individual de la necesidad de la medida, lo que contrasta con la aproximación del TEDH que de forma consistente ha sostenido que la detención administrativa en este contexto no requiere ser una medida necesaria y que en consecuencia no existe la obligación de adoptar medidas menos coercitivas⁶⁴.

El órgano judicial con sede en Luxemburgo, ha realizado actos de *funambulismo jurídico* para equilibrar los derechos humanos de los migrantes irregulares y de expulsar a estos en forma expeditiva siendo el resultado dispar⁶⁵. A esta dualista función se refiere Mitsilegas, V. cuando alude a la función protectora del Derecho de la Unión Europea⁶⁶. En algunos momentos se ha privilegiado la eficacia sobre criterios de humanidad como fue *el asunto Zaizoune*⁶⁷ aceptando que los Estados miembros tengan competencias para establecer condiciones más favorables que las existentes en la Directiva, pero niega al Reino de España por contraria al derecho europeo, la práctica de "tolerar" bajo multa de conformidad con la ley de extranjería, a los inmigrantes irregulares en lugar de expulsarlos, al contradecir la obligación que tienen los Estados miembros de emitir una orden de expulsión y llevarla a cabo por debilitar los estándares comunes, demorar el "regreso" y quebrar el principio de solidaridad, cerrando toda posibilidad a la expulsión facultativa como había sido el caso hasta ese momento y sostenía algún autor.⁶⁸

El Tribunal también se ha referido a la criminalización de la inmigración irregular. Si la migración irregular es un crimen penado con una pena privativa de libertad, esto implica que las garantías que se establecen en la Directiva sobre motivos de la detención y las condiciones -estándares, revisión judicial, plazos temporales - dejarían de aplicarse y carecerían de sentido. Se podría pensar que la detención administrativa pudiera fijarse junto a la condena penal (antes o después), lo que acarrea el problema de prorrogar el tiempo global de detención.

El Tribunal ha limitado de forma sustancial el *ius puniendi* de los Estados miembros de imponer penas restrictivas de libertad a aquellos que cometen delitos

⁶³ En este sentido, la Observación General n. 6 (2005) del Comité de los derechos del menor de Naciones Unidas ya denunció la situación "particularmente vulnerable" en la que se encuentran los menores migrantes.

⁶⁴ Si bien no exista una jurisprudencia clara en este sentido, y parece que el Tribunal tiene distintas varas de medir para países que no son grandes, así en el *Asunto Mikolenko v. Estonia (10664/05)*, falló que las Autoridades podrían haber adoptado diversas medidas en lugar de detener al demandante por un largo período de tiempo cuando no existían perspectivas de deportación.

⁶⁵ Véase por ejemplo, Labayle, H. (2006): "Droits de l'homme et sécurité intérieure de l'Union européenne, l'équation impossible". *Revue des affaires européennes*, 93-109.

⁶⁶ Mitsilegas, V. (2012): "The Changing Landscape of the Criminalization of Migration in Europe: the protective function of European Union law". In *Social Control and Justice. Crimmigration in the age of fear*. Eleven International Publishing, pp. 87-113.

⁶⁷ C-38/14 Recueil C 2015; Sentencia de 23 de abril de 2015, p. 260.

⁶⁸ Cit, Blázquez Rodríguez, I. (2010): "Expulsión versus multa: ¿el derecho de la Unión faculta a los Estados miembros su libre elección en relación a los nacionales de un tercer país en situación irregular?. A propósito de la STJCE de 22 de octubre de 2009, asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08 María Julia Zurita García y Aurelio Choque Cabrera". *Revista General de Derecho Europeo*, 21, 20.

migratorios basándose no sólo en la letra de las directivas sino en *el principio de la efectividad del Derecho comunitario*. Si bien es cierto que, en principio, *la legislación penal y las normas de procedimiento penal son de la competencia exclusiva de los Estados miembros, de ello no puede deducirse que el Derecho de la Unión no pueda afectar a dicha rama del derecho y esto se nota en el montante de la sanción pecuniaria o en la duración de la pena privativa de libertad, cuya determinación corresponde a cada Estado*⁶⁹. En el *Asunto Calaj*⁷⁰ el Tribunal consideró que la directiva 2008/115 no excluía la posibilidad para los Estados miembros de legislar sanciones penales para aquellos extranjeros que permanecen en el territorio de manera irregular después de aplicárseles un procedimiento de expulsión y que han reingresado en violación de una prohibición de reentrada. No obstante, esta pena sólo será permisible siempre que la prohibición de entrada cumpla con el artículo 11 de la directiva y que su imposición se haga de conformidad con los derechos fundamentales y, en su caso con el Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados, elementos nucleares del Derecho Europeo.

En el *Asunto El Dridi c. Corte de Apelación de Trento*, se indicó que la orden de expulsión emitida al inmigrante irregular no tenía correlación con el acto penalmente ilícito de la entrada irregular, y por tanto la excepción prevista en el artículo 2. 2 de la Directiva no era de aplicación y esto se extendía a todos los sistemas legales nacionales que preveían la detención de inmigrantes irregulares basada meramente en sus estatutos migratorios, siendo -como indica Raffaelli, R.- la primera ocasión en la que un Tribunal Internacional estableciera un equilibrio entre legislación penal nacional y políticas migratorias europeas⁷¹. Los antecedentes del caso fueron los siguientes. El Sr. El Dridi, nacional de un tercer país, ingresó a Italia de manera irregular, emitiéndose una orden de expulsión para que abandonara el país en un plazo de cinco días. Entre los motivos se apuntaba a la ausencia de documentos identificativos y que no era posible para las autoridades acogerlo en un centro de detención por no existir capacidad. El incumplimiento de la orden fue objeto de una pena de un año de reclusión.

En el *Asunto Achughbalian c. Prefecto Val – du – Marne*⁷², el Tribunal avanzó las posiciones europeístas, al indicar que la exclusión del Derecho penal de la aplicación de la directiva no era aplicable en los supuestos en que la sanción penal se imponía exclusivamente por el hecho de la entrada irregular⁷³. El asunto se refería a un nacional armenio que entró en Francia en 2008 y un año después se le conminó a abandonar el territorio francés en el plazo de un mes mediante una salida voluntaria. Tras negarse a abandonar el país, se adoptó una nueva orden de expulsión en junio de 2011, esta vez de manera forzosa con aplicabilidad inmediata y se le puso bajo custodia policial siendo retenido en un centro especializado por permanencia ilegal, lo que fue recurrido ante los Tribunales franceses quienes plantean la cuestión prejudicial.

⁶⁹ Véanse en ese sentido en particular la sentencia de 11 de noviembre de 1981, Casati, 203/80, Rec. p. 2595, apartado 27.

⁷⁰ C-290/14 Sentencia de 1 de octubre de 2015.

⁷¹ ---: "The Return Directive in the light of the El Dridi Judgement". *Perspective on Federalism*, 8(1), 32-45.

⁷² Asunto C-329/11 Sentencia de 6 de diciembre de 2011.

⁷³ Vid directiva 2008/115. La directiva "...no se opone a tal normativa en la medida en que ésta permite el encarcelamiento de un nacional de un tercer país al que se haya aplicado el procedimiento de retorno establecido en dicha Directiva y que se halle en situación irregular en el referido territorio sin que exista un motivo justificado para el no retorno".

De forma lógica, hay que entender la extensión de este razonamiento a aquellas sanciones penales que se imponen por permanencia irregular o incumplimiento de una orden de no ingreso. En tanto, los inmigrantes irregulares que no cumplen con disposiciones migratorias caen bajo el ámbito de la directiva y según el Tribunal no se puede imponer una pena por incumplir las normas de migración ya que debilita la efectividad de la Directiva en cuanto a la demora de la expulsión y amenaza la armonización de las políticas de expulsión. La propia Directiva cuenta con un sistema gradual de sanciones que discurre desde la salida voluntaria hasta la detención administrativa en último término, no obstante, se deja un estrecho margen al Derecho penal interno y se pueden imponer sanciones privativas de libertad siempre por períodos breves, en aquellos supuestos en los que el proceso de expulsión se ha completado pero no es inminente⁷⁴ y con respeto de los derechos fundamentales del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

En el *asunto Sagor*⁷⁵, un ciudadano que afirmaba haber nacido en Bangladesh sin domicilio fijo en Italia y carente de permiso de residencia pero dedicado a la venta ambulante, fue objeto de proceso ante la Corte de Revigo y ésta al encontrar problemas de compatibilidad de la legislación italiana con la ley europea, planteó una cuestión prejudicial. En esta ocasión el Tribunal de Justicia de la Unión, fue más lejos aún, al declarar que las sanciones penales deberán ser de carácter pecuniario⁷⁶ pero, a diferencia de los fallos anteriores, precisa que los arrestos domiciliarios estarán permitidos siempre que no retrasen la ejecutoriedad de la remoción o finalicen cuando esta no se puede efectuar⁷⁷, analizando así la compatibilidad del artículo 53 del decreto legislativo italiano 274/2000⁷⁸.

Sobre la prórroga de la detención, se privilegia la posición del juez que debe tener amplios poderes decisorios. En el *Asunto PPU Mahdi*⁷⁹ el Tribunal indico que “una autoridad judicial que decida sobre una solicitud de prórroga de internamiento debe poder pronunciarse sobre cualquier elemento de hecho y de Derecho pertinente para determinar si la prórroga del internamiento está justificada (...) debe poder investigar cualquier otro elemento pertinente para su decisión en el supuesto de que lo considere necesario. Así pues, las facultades de las que goza la autoridad judicial para llevar a cabo ese control no pueden

⁷⁴ Vid comentario anterior.

⁷⁵ Asunto Md Sagor c. Italia C- 430/11 Sentencia de 6 de diciembre de 2012.

⁷⁶ La directiva 2008/115 no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que sanciona la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión

⁷⁷ La directiva 2008/115 se opone a una normativa de un Estado miembro que permite sancionar la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de arresto domiciliario sin garantizar que la ejecución de tal pena deba finalizar tan pronto como sea posible el traslado físico del interesado fuera de dicho Estado miembro.

⁷⁸ Cuyo contenido era: “la pena del arresto domiciliario conlleva la obligación de permanecer en la vivienda propia u otro domicilio particular o en un centro de tratamiento, asistencia, centro de día (...). El tribunal, a la vista de consideraciones familiares, laborales, de estudios, de salud de la persona puede ordenar que la pena se lleva a cabo en días alternos de la semana, o de forma continuada. 2. La duración del arresto domiciliario no podrá ser menor de seis días ni exceder de 45 días. La persona en cuestión no será considerada como detenida”.

⁷⁹ C-146/14 Sentencia de 5 de junio de 2014. En más detalle, Cornelisse, G. (200): “Case C- 357/09 PPU proceedings concerning Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov) Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 30 november 2009”. *Common Market Law Review* 48(3), 925-945.

circunscribirse únicamente, en ningún caso, a los elementos presentados por la autoridad administrativa"⁸⁰. Además, se recalca la importancia de las garantías procesales, por ejemplo, la detención debe ser ordenada por escrito con motivaciones en hechos y derecho, requisitos aplicables también cuando se prolonga el plazo de detención.

Finalmente, en el *Asunto C-297/12 Filev y Osmani*⁸¹, el Tribunal señaló que cierta disposición de la Directiva 2008/115 se debía interpretar como que "...se opone a que una infracción de una prohibición de entrada y estancia en el territorio de un Estado miembro, dictada más de cinco años antes de la fecha de la nueva entrada en ese territorio del nacional de un tercer país interesado o de la entrada en vigor de la normativa nacional que transpone dicha Directiva, dé lugar a una sanción penal, salvo si dicho nacional representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional", razonamiento basado en el principio de la eficacia de la norma y la protección del Derecho Europeo.

No obstante, también se han producido llamativos retrocesos y se ha abandonado el principio *pro homine* en su vertiente de migrantes, como muestra el *Asunto C- 383/13 PPU MG y NR v. Staatssecretaris von Veligheid en Justitie*, en el que apartándose de la opinión del Abogado General Wathelet emitida menos de un mes antes, se afirma que "cuando en el marco de un procedimiento administrativo se ha decidido la prórroga de una medida de internamiento con vulneración del derecho a ser oído, el juez nacional competente para apreciar la legalidad de esa decisión sólo puede ordenar el levantamiento de la medida de internamiento si estima, a la vista de todas las circunstancias de hecho y de Derecho de cada caso concreto, que esa vulneración ha privado efectivamente a quien la invoca de la posibilidad de ejercer mejor su defensa, en tal grado que ese procedimiento administrativo hubiera podido llevar a un resultado diferente" (consid. 38)⁸².

Este fallo se acomoda mal con la *teoría del debido proceso* que recalca la necesidad de un proceso imparcial y respetuoso con los derechos fundamentales, es decir, el derecho de audiencia⁸³ y se percibe el distinto rasero o *estándar de*

⁸⁰ Vid. punto 62 de la referida sentencia.

⁸¹ Sentencia de 19 de septiembre de 2013.

⁸² Construyendo el argumento sobre sus anteriores sentencias *Sopropo* (C-349/07) e *Iaia* (C-452/09) según las cuales cuando ni las condiciones según las cuales la observación del derecho a ser oído ni las consecuencias por este incumplimiento estén reguladas por el Derecho Europeo, dichas condiciones y consecuencias serán reguladas por el Derecho nacional.

⁸³ El propio artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales que recoge el derecho a una buena administración, toda persona tiene derecho a ser oída cuando una medida individual le puede afectar de forma adversa. También, cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999) "el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", Opinión Consultiva HOC -16/99" donde se afirma que para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables". Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf y el artículo 47 que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, en general, véase, Ward, A., Shelton, D., Hoffmann, H., Paunio, E., Aalto, P., Pech, L., Sayers, D. and Holopainen, L. (2014): "Article 47: Right to an Effective remedy" en *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*. In Peers, S. (Eds) Oxford, Hard Pub., pp. 1197-1275



protección existente en el espacio europeo (infra) que lleva a cierta esquizofrenia jurídica.

El Tribunal ignoró el hecho de que cuánto más extendida sea la detención más exhaustivos deben ser los controles y que las garantías procedimentales son una parte fundamental de la legalidad por lo que no debe dividirse con simpleza entre reglas formales y sustanciales. Previamente, el propio TJCE en una praxis judicial compartida con el TEDH⁸⁴ ya se había manifestado sobre la importancia del respeto al imperio de la Ley y del principio *Quis custodiet ipsos custodes*⁸⁵, para concluir justificando sus conclusiones en la interpretación clásica del *efecto útil*.

4. REFLEXIONES FINALES

De una lectura detallada de la directiva y a pesar de la incipiente jurisprudencia, se plantean inquietantes interrogantes que son inherentes a la complejidad del sistema de normas que conviven en Europa y que ponen de relieve la necesidad de un plan de armonización.

Primero, qué cabe entender por *atención especial* y *Segundo*, el hecho según el cual se indique que la detención de menores sólo será utilizada como un mecanismo de último recurso y por un tiempo breve poco añade al contenido de la norma, la cual indica que la detención sólo será permisible cuando otros mecanismos menos intrusivos resulten insuficientes, exista *riesgo de fuga* y se mantendrá en un nivel mínimo para toda categoría de nacional de tercer país. Todo pareciera indicar que el artículo 17 básicamente sirve para aclarar que la detención de menores, acompañados o no, no se encuentra prohibida, lo que lleva a concluir que queda autorizada un tipo de detención administrativa con control muy difuso, lo cual es objeto de críticas por parte de organismos de derechos humanos⁸⁶.

⁸⁴ Vid *el Asunto Engel y Otros c. Holanda*, el Tribunal estableció tres criterios para distinguir un proceso penal de uno administrativo, criterios que si bien no son cumulativos, cada uno de ellos puede evidenciar la naturaleza penal del procedimiento en cuestión; en primer lugar, la clasificación formal del procedimiento en el derecho nacional; segundo, la naturaleza de la infracción, y tercero, la naturaleza, gravedad y fin de la pena. STEDH 8 de junio de 1976, Application Nos. 5100/71, 5101/71 y más recientemente, y de forma muy matizada, el reciente asunto *Al-Dulimi y Montana Management Inc v. Suiza* no. 5809/08 held in *Al-Dulimi* that because the relevant SC resolutions did not exclude domestic judicial review expressis verbis, the resolutions, when properly interpreted, left the door open for such review,

⁸⁵ Asunto *Kadi y Al Barakaat International Foundation v. Consejo y Comisión*, (asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apartado 281) sentencia de 3 de septiembre de 2008, mantiene "...it is not a consequence of the principles governing the international legal order under the United Nations that any judicial review of the internal lawfulness of the contested regulation in the light of fundamental freedoms is excluded by virtue of the fact that that measure is intended to give effect to a resolution of the Security Council adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations".

⁸⁶ En el *asunto A. B contra Francia*, Aplicación n. 11593/12, con sentencia de 12 de julio de 2016, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantuvo que las condiciones intrínsecas a los lugares de detención son fuente de ansiedad y aumentan la vulnerabilidad de los menores llevando a una violación del artículo 3 del Convenio, sobre la necesidad de una actuación concertada de la Unión garantizando el interés superior del menor, y Recomendación Asamblea Parlamentaria Consejo de Europa, 1985(2011) sobre la no detención de menores en base a la irregularidad administrativa por el perjuicio psicológico que la privación de libertad puede acarrear. En más detalle, véase, López, J. (2013): "La

Tercero, las instalaciones destinadas a la detención de migrantes en todo el mundo han sido cuestionadas por su inadecuado equipamiento, masificación, y falta de estándares higiénicos básicos, por su opacidad y por el déficit en la prestación de servicios médicos. Ciertamente, la directiva indica que estos establecimientos estarán abiertos a visitas de distintos organismos lo cual es un indicio de transparencia⁸⁷. Sin embargo, el hecho de que estas visitas se encuentren sujetas a previa autorización cuestiona la eficacia de las visitas y tampoco quedan claras cuáles son las competencias de estos organismos. Una consecuencia previsible es que los Estados miembros que utilizan de forma más sistemática estos centros de detención tendrán más dificultad a la hora de optar a un asiento en los distintos organismos de protección de los derechos humanos -por ejemplo, el Consejo de Derechos Humanos- donde su actitud pasada será fiscalizada por otros países, muchos de ellos origen de los migrantes y que difícilmente apoyaran la candidatura de estos países.

Cuarto, se encuentra el fenómeno de la doble criminalización de la migración ya que en algunos países de origen existe para el nacional de un tercer Estado -irregular que ha sido expulsado por un Estado miembro de la Unión Europea- el riesgo de penalización en forma de sanción penal, ya sean multas o penas privativas de libertad. Cuando estos países criminalizan la migración, forzados a regresar de forma expedita a sus países de origen o de nacionalidad, estas personas "inadmisibles" nunca llegan a convertirse en inmigrantes sino en ciudadanos sospechosos que terminan siendo penalizados de dos formas: mediante su regreso involuntario y segundo, por la apertura de sumarios penales en sus países. Es por este motivo, que la posibilidad de doble incriminación debe ser analizada en toda política relacionada al regreso⁸⁸.

Quinto, mediante estas medidas se ha producido un bloqueo al poder de los Estados de regularizar masivamente la condición de inmigrantes irregulares, lo que posiblemente tendrá el efecto de replicarse en otros lugares del mundo, acabando con la práctica de regularización que a través del tiempo se ha considerado un mecanismo útil de integración y limitativo de la criminalización de la migración al normalizar el hecho migratorio con independencia de su carácter regular o irregular.

Ante el cúmulo de incertidumbres, se propone la adhesión de la Unión Europea y de sus Estados miembros al *Protocolo Facultativo del Convenio de Naciones Unidas para la prevención y sanción de la tortura*, dado que esta figura y sus afines son más proclives a acontecer en los denominados lugares de detención. Hasta la fecha 23 de los 28 Estados miembros han ratificado el Protocolo y todos ellos -a excepción de Italia y Rumanía- han creado el *Mecanismo de Prevención Nacional*⁸⁹. La oportunidad es manifiesta y se

necesidad de un protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados". *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 46, 1061-1090.

⁸⁷ Desde el año 2009, el Parlamento Europeo ha llamado a los Estados miembros a garantizar a la sociedad civil el derecho a acceder a los lugares de detención de migrantes sin obstáculos legales o administrativos. Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008 (2007/2145/INI)p.108

⁸⁸ En más detalle, Alpes, (2015): "Airport Casualties: Non-Admission and Return risks at times of internalized /externalized border controls". *Soc. Sci.* 742-755.

⁸⁹ Sobre el caso español, véase, Mariño, F. and Cebada, A. (2009): *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*. Ed. Iustel. p.352.

corresponde con el discurso garantista de las distintas Instituciones europeas, con la aplicación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, los memorándums de entendimiento con el Consejo de Europa, y con la reciente adhesión de la Unión Europea al *Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*⁹⁰, resultando innegable que aunque la discapacidad no sea un espacio de gran perfil político, si demuestra que la Unión Europea actúa como actor global en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que debe ser la antesala de una mayor profundización a aquellos temas de mayor calado político. Ahora es el momento con mayor razón, tras el desconcertante dictamen sobre competencias emitido por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo⁹¹ que supone un duro revés para un proceso de adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos esperado desde la década de los noventa⁹² y que nos empuja a pensar en otras alternativas para garantizar un arribo a buen puerto, por ejemplo, la firma de una Declaración Solemne del Consejo Europeo.

Last but not least, una solución exhaustiva para la migración irregular responde a la lógica de que mucha agua ha fluído bajo los puentes europeos en estas últimas décadas y el paradigma que avanzara el investigador del Max Planck y Catedrático de la Universidad de Heidelberg Armin Bogdandy “de que los derechos humanos se situaron en un primer plano de la integración europea pero que no constituía en modo alguno su *raison d’être*”⁹³ ha mutado para situarnos ante *una arquitectura abierta* de Derecho Europeo de los Derechos Humanos⁹⁴ como último estadio del *ius publicum* europeo clásico o su aceptación contemporánea de espacio jurídico europeo multinivel.

5. Referencias bibliográficas

- Alija, R. (2011): “Las quejas interestatales ante órganos judiciales o cuasijudiciales de garantía de los derechos humanos: ¿Un mecanismo útil en situaciones de crisis?”. *Revista Electrónica de Estudios internacionales*, 22.
- Arcaz, D. (2015): “The Charter, detention and possible regularization of migrants in an irregular situation under the Returns Directive: Mahdi”. *Common Market Law Review* 5, 1361-1378.

⁹⁰ A pesar de las reservas emitidas por algunos Estados miembros o la propia Unión Europea a este acuerdo mixto, texto en DO L 23 de 27.01.2010

⁹¹ La controvertida opinión del TJCE tomando como dogma de fe, la autonomía del Derecho comunitario y estimando que el Tribunal de Estrasburgo no es competente para conocer de la gran complejidad del sistema de la Unión Europea, negando en última instancia, a los Estados miembros su capacidad de *Herren vom Vertrage*, en la Opinión 2/13 ECHR, EU. C-2014, 2454. Sentencia de 18 de diciembre de 2014; Véase, Cortes, J. (2015): “Autonomía vs. sumisión a un control externo en materia de derechos fundamentales. Consideraciones sobre el dictamen TJUE n. 2/13 relativo a la Adhesión al CEDH”. *Revista General de Derecho Europeo*, 37; Pérez, J. (2015): “El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 52, 825-869.

⁹² Sobre el proceso de adhesión, véase, Kosta, V., Skoutaris, N. and Tzevelekos, V.; (dirs). (2014): *The EU Accession to the ECHR*, Hart Pub. Oxford.

⁹³ ---. (2000): “The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union”. *Common Market Law Review* 37(5), 1338; y Rosas, A. (2011): “Is the EU a Human Rights Organization?”. *CLEER Working Papers 2011/1 Centre for the Law of EU External Relations*.

⁹⁴ ---. (2014): “Common Principles for a Plurality of Orders: A Study on Public Authority in the European Legal Area”. *Int’l J. Of Constitutional Law* 980- 985.

- Basilien-Gainche, M. (2014): "Judicial Control of Detention: A Deceptive Upheaval?". (EU Law Analysis). <http://eulawanalysis.blogspot.cl/2014/06/marie-laure-basilien-gainche.html>. (última consulta, 20 enero 2017)
- Bloomfield, A. "Alternatives to Detention at a Crossroads: Humanisation or Criminalisation?". *Refugee Survey Quarterly* 35(1), 29-46.
- Bosworth, M. (2011): "Immigration Detention; Policy Challenges" Migration Observatory". *University of Oxford*.
- Bruycker, P. and Mananashvili, S. (2015): "Audi alteram partem in Immigration detention procedures, between the ECJ, the ECHR and Member States: G & R". *Common Market Law Review*, 52 (2) 569-590.
- Carlier, J. (2007) : *La condition des personnes dans l' Union Européenne*. Larcier, Bruselas.
- Ceccorulli, M. and Labanca, N. (2014): *The EU Migration and the Politics of Administrative Detention*. Routledge, Londres.
- Ceriani, P. (2009): "La Directiva de retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos". *Anuario de Derechos Humanos* 5, 85-94.
- . (2008): *El control de la migración irregular en España a la luz de los tratados de derechos humanos: en las fronteras de la legitimidad*. Universidad de Valencia, Valencia.
- Chetail, V. and Bauloz, C. (ed). (2014): *Research Handbook on International Law and Migration* Pub. Edward Elgar.
- Costello, C. (2015): *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*. Oxford Studies in European Law, Oxford University Press.
- . (2015): *European Justice for Migrants and Refugees*. VerfBlog.
- . (2012): "Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention Under International Human Rights and EU Law". *Indiana Journal of Global Legal Studies* 19(1), 257-303.
- Cornelisse, G. (2010): *Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty*, Boston/Leiden, Ed. Martinus Nijhoff.
- Crock, M. "Of Fortress and Castles in the Air. The High Court and the judicial review of Australia". *Melb U. L. Rev* 190.
- De Genova, N. (2010): *The Deportation Regime: Sovereignty, Space and the Freedom of Movement*. Duke.
- De Bruycker, P. and Mananashvili, S. (2015): "Audi alterem partem in immigration detention procedures, between the ECJ, the ECtHR and Member States: G & R". *Common Market Law Review* 52, 569-590.
- Domínguez, C. "Derecho chileno migratorio bajo la luz del derecho migratorio internacional ¿ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio?". *Revista Chilena de Derecho* 43(1), 189-217.
- Fajardo, T. (2009): "La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular". *RDCE*, 33, 453-499.
- Ferret, J. and Sanz, S. (cords) (2008): *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al Derecho Internacional y europeo*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- García, D. "Detention conditions of immigrants minors in Spain: for whom the bells toll?". *Inmigración. Mujeres y menores* 263-282.
- González, P. (2011): "La directiva "retorno" y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros. Sentencia del TJCE de 28.04.2011, as. El Dridi C-616/11". *Revista Española de Derecho del Trabajo* 152, 1135-1152.
- . "La regulación de la expulsión administrativa por estancia irregular en España, incompatible con la Directiva "retorno". Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto C-38/14 Zaizoune". *Revista española de derecho europeo* 55, 133-158.
- García, E. and Alonso, R. (2012): "El internamiento de extranjeros y sus límites. Sentencia del TJUCE as. Kadzoev (2009)". In Liber, T. (Eds) *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial* 2, pp. 3305-3326.
- Grant, S. (2011): "Immigration Detention: Some Issues of Inequality". *The Equal Rights Review* 7,69-82.
- Guía, M. and Pedroso, J. (2015): "A Insustentavel resposta da "Crimigracao "face a irregularidade dos migrantes: Uma perspetiva da Uniao Europeia". *Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana* 23(45), 1-13.
- Guild, E. (2010): *Criminalisation of Migrants in Europe: Human Rights Implications*. Council of Europe Issues Paper CommDH/IssuePaper (2010) 1 Council of Europe, Strasbourg.
- Guiraudon, V. and Lahav, G. (2000) "A Reappraisal of the State Sovereignty debate: The case of migration control". *Comparative Political Studies* 33(2).
- Gutiérrez, C. and Cervell, M. (dirs). (2016). *La Unión Europea como actor global de las relaciones internacionales. Retos y problemas seleccionados*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- Flynn, M. (2012): Who Must Be Detained? Proportionality as a Tool for Critiquing Immigration Detention Policy. *Refugee Survey Quarterly* 31(3), 40-68.
- "Who must be detained? Proportionality as a Tool for Critiquing Immigration Detention Policy". *Refugee Survey Quarterly* 33(1), 1-29.
- Kotsioni, I., Ponthieu, A. and Ēgidi, S: "Health at risk in immigration detention facilities". *Forced Migration Review* 44, 11-13.
- Lahav, G. (2003). *Migration and Security: the Role of Non- State actors and civil liberties*. United Nations Population Division, Nueva York.
- Legomsky, S. (2007): "The new path of immigration law: asymmetric incorporation of criminal justice norms". *Washington and Lee Law review* 64, 469-530.
- Le Voy, M. and Gedde, E. "Irregular Migration: Challenges, Limits and remedies" *Refugee Survey Quarterly* 28(4), 87-113.
- Majcher, I. (2016): *The European Union Return Policy and Its Compatibility with International Human Rights Law*. PhD thesis, Graduate Institute of International and Development Studies.
- Mares, S. and Jureidini, J.: "Psychiatric assessment of children and families in immigration detention –clinical, administrative and ethical issues". *Australian and New Zealand Journal of Public Health* 28(6), 520-526.
- Mincheva, E. (2010): "Case report on Kadzoev, 30 November 2009". *European Journal of Migration and Law* 12, 361-371.
- Muñoz, M. (2009): "La labor del TJCE en la configuración de los derechos penales nacionales: especial referencia a la eficacia neutralizante del derecho comunitario". *Revista General de Derecho Penal* 12, 2-24.
- . (2011). *El legislador europeo: legitimidad y racionalidad*. Civitas.
- Palida, S. (2011): *The detention machine en Palida, S: Racial Criminalization of Migrants in the 21 st Century*. Farnham, Ashgate.
- Pérez, C. (2012): *Migraciones irregulares y Derecho Internacional*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Pérez, L. "Inmigración y Derecho Internacional ¿un acuerdo imposible?". In *Curso de Derechos Humanos de Donostia- San Sebastián*, vol. VII. Universidad del País Vasco, pp. 137-164.
- Perrouty, P.A. (coord). (, 2004): *La mise à l'écart de l'étranger. Centres fermés et expulsions*. Bruselas, Editions Labor.
- Poissonnier, G. "Un étranger en situation irrégulière n' est pas un délinquant". *Recueil Dalloz* 27, 1880-1883.
- Raffaelli, R. (2011): "The returns directive in light of the El Dridi judgment". *Perspectives on Federalism* 3, 32-45.
- Reig, I. (2015): "La Directiva de retorno y la tutela judicial efectiva". *Barataria, Revista Castellano- Manchega de Ciencias Sociales* 19, 115-126.
- Salinero, S. (2011): "La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile". *Política Criminal* 6(11), 106-141.
- Schieffer, M. (2010): "Directive 2008/115/EC". In Hailbronner, K. (Eds.) *EU Immigration and Asylum Law – a commentary*. Beck Publisher.
- Spjikerboer, T. (2007): "The Human Costs of Border Control". *European Journal of Migration and Law* 9, 127-139.
- Stumpf. (2006): "The Crimmigration Crisis: Immigration, Crime and Sovereign Power". *American University Law Review* 56 n. (2), 367-419.
- Uría, E. (2016): "Pena de prisión e inmigración irregular: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-290/14, CELAJ". *European Papers* 1(1), 299-306.
- Vanderbruggen, M., Phelps, J., Sebtaoui, N., Kovats, A. and Pollet, K. (2014): *Point of no return: the futile detention of unreturnable migrants*. Brussels.
- Waasdorp, J. and Pahlad Singh, A. (2016): "Expulsion or Imprisonment? Criminal Law Sanctions for Breaching an Entry Ban in the Light of Crimmigration Law". *Bergen Journal of Criminal law and Criminal Justice* 4(2), 247-266.
- Wilsher, D. (2012): *Immigration Detention: Law, History, Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wong, K. (2015): *Rights, Deportation, and Detention in the Age of Immigration Control*. Stanford University Press.

Documentos oficiales

Informe preliminar sobre la expulsión de extranjeros, Relator Especial, Maurice Kamto, 4 de abril de 2005.