

POLÍTICAS LEGALES Y DE PROTECCIÓN SERIES DE INVESTIGACIÓN

**Volver a lo esencial:
El derecho a la libertad y la seguridad de la persona y las
‘alternativas a la detención’ de refugiados,
solicitantes de asilo, apátridas
y otros migrantes**

Alice Edwards
Consultora experta

DIVISIÓN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

PPLA/2011/01.Recontra1

Abril de 2011

DIVISIÓN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL
ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS
(ACNUR)
CP2500, 1211 Ginebra 2
Suiza

E-mail: hqpr02@unhcr.org

Página web: www.acnur.org

Este documento de referencia fue preparado para la Mesa Redonda Global sobre alternativas a la detención, celebrada los días 11 y 12 de mayo de 2011.

Las opiniones expresadas en este documento son de la autora y no reflejan necesariamente aquellas de las Naciones Unidas o del ACNUR. Este documento puede ser citado, usado como referencia y copiado con fines académicos, educativos o de otro tipo que no sea comercial sin la autorización previa del ACNUR a condición de que sean mencionadas la autora y la fuente. El documento está disponible en el sitio web del ACNUR en español en: www.acnur.org.

© Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados 2011.

POLÍTICAS LEGALES Y DE PROTECCIÓN SERIES DE INVESTIGACIÓN

**Volver a lo esencial:
El derecho a la libertad y la seguridad de la persona y las
‘alternativas a la detención’ de refugiados,
solicitantes de asilo, apátridas
y otros migrantes**

**Alice Edwards
Consultora experta**

DIVISIÓN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

**PPLA/2011/01.Recontra1
Abril de 2011**

Tabla de contenido

A.....	
INTRODUCCIÓN	1
A. ESTRUCTURA Y CONTENIDO.....	8
B.....	S
ALVEDADES METODOLÓGICAS.....	9
C.....	T
ERMINOLOGÍA.....	10
B.....	
MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL.....	14
1.....	D
DERECHO A SOLICITAR Y A DISFRUTAR DEL ASILO, CONDICIONES DE RECEPCIÓN ABIERTAS Y HUMANAS, NO PENALIZACIÓN Y LIBERTAD DE CIRCULACIÓN	14
1.1 Derecho a solicitar y a disfrutar del asilo, condiciones de recepción abiertas y humanas y la prohibición de sanción por ingreso o estancia ilegal.....	14
1.2 El artículo 26 de la Convención de 1951.....	17
1.2.1 ‘Legalmente en’ el territorio.....	17
1.2.2 Criterios de tratamiento: ‘extranjeros en general’.....	20
2. APÁTRIDAS.....	20
3. DERECHO A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD PERSONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	22
3.1 Derecho a la libertad y seguridad personales en el artículo 9 del PIDCP.....	23
3.1.1 La detención debe ser acorde con la ley y autorizada por ella.....	24
3.1.2 La detención no debe ser arbitraria.....	26
a) Razonabilidad, necesidad y proporcionalidad.....	26
b) Motivos para la detención migratoria.....	28
c) Duración y prórrogas de la detención.....	29
d) Obligación de examinar medios menos invasivos para alcanzar el mismo objetivo.....	31
e) No discriminación.....	33
f) Buena fe y propósito justo.....	35
4. DERECHO A LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD PERSONALES EN LOS INSTRUMENTOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS.....	35
4.1 El Consejo de Europa y Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	36
4.2 Unión Europea.....	40
4.3 Américas.....	44
4.4 África.....	45
5. GARANTÍAS PROCESALES.....	45
5.1 Informar los motivos de arresto o detención.....	46
5.2 Revisión periódica.....	47
5.3 Derecho a impugnar la detención ante un órgano judicial y la posibilidad de que ordene la puesta en libertad.....	47
5.4 Carga de la prueba.....	49
5.5 Derecho a indemnización por detención ilegal o arbitraria.....	49
5.6 Seguimiento e inspección independientes.....	50
6. CONDICIONES DE TRATAMIENTO EN LA DETENCIÓN QUE PUEDEN CONDUCIR A LA DETENCIÓN ARBITRARIA.....	50

7	DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y A LA ELECCIÓN DE RESIDENCIA EN VIRTUD DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	53
7.1	<i>Legalmente en el territorio</i>	53
7.2	<i>Limitaciones al derecho a la libertad de movimiento</i>	53
8.	PROTECCIONES Y CONSIDERACIONES ESPECIALES ⁵⁴	
8.1	<i>Niños</i>	54
8.2	<i>Personas con enfermedades mentales o físicas o con discapacidades</i>	58
8.3	<i>Mujeres</i>	60
8.4	<i>Adultos mayores</i>	60
C.	ALTERNATIVAS A LA DETENCIÓN MIGRATORIA: ASPECTOS PRÁCTICOS Y FUNCIONALES.....	61
D.	CUADRO 1.....	62
E.	CUADRO 2.....	63
1.	NO DETENCIÓN O LIBERACIÓN SIN CONDICIONES O BAJO PALABRA.....	63
2.	LIBERTAD CONDICIONAL.....	64
3.	LIBERTAD BAJO FIANZA, CAUCIÓN, AVAL/GARANTE.....	65
3.1	Programa de libertad bajo fianza de Toronto, Canadá: Audiencias automáticas de libertad bajo fianza y sistema de fianzas financiado por el gobierno.....	66
4.	DERECHO A LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD PERSONALES EN LOS INSTRUMENTOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS.....	72
4.1	<i>Modelos de ejecución de las ONG</i>	72
4.1.1	Australia: ‘bridging visas’/visas temporales de estancia legal y supervisión y apoyo comunitario.....	72
(a)	Programa de asistencia a solicitantes de asilo (ASAS).....	76
(b)	Hotham Mission.....	77
4.1.2	Hong Kong: Libertad bajo palabra con apoyo comunitario.....	78
4.2	<i>Modelos híbridos de cooperación o asociación del gobierno y las ONG</i>	80
4.2.1	Australia: Programa de Asistencia y Apoyo Comunitario (CASP) (anteriormente, Programa piloto de atención comunitaria (CCP)).....	80
4.3	<i>Modelos de ejecución del gobierno</i>	83
4.3.1	Bélgica: ‘Casas de retorno’.....	83
4.3.2	Glasgow: ‘Proyecto de Retorno Familiar’.....	88
5.	ASIGNACIÓN DE RESIDENCIA.....	93
6.	PULSERA Y MONITOREO ELECTRÓNICO O SEGUIMIENTO SATELITAL.....	93
7.	DETENCIÓN DOMICILIARIA CON HORARIO RESTRINGIDO.....	94
8.	MEDIDAS COMPLEMENTARIAS A LAS ALTERNATIVAS DE DETENCIÓN.....	94
8.1	<i>Australia: Servicio Comunitario para la Resolución del Estatuto (CSRS)</i>	94
8.2	<i>Liverpool: ‘Programa piloto para trabajador clave en el sector voluntario’</i>	95
8.3	<i>Herramientas de evaluación del riesgo y las necesidades</i>	96
D.	LECCIONES APRENDIDAS Y ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO.....	98
1.	ÍNDICES DE CUMPLIMIENTO O COOPERACIÓN.....	98
F.	<i>CUADRO 1: ÍNDICES DE CUMPLIMIENTO O COOPERACIÓN</i>	98
2.	COSTOS BÁSICOS.....	101
G.	<i>CUADRO 2: COSTOS DE LA DETENCIÓN VS. COSTOS DE LAS ALTERNATIVAS DE DETENCIÓN</i>	102
3.	AUMENTO DEL RETORNO VOLUNTARIO DE SOLICITANTES DE ASILO RECHAZADOS Y OTROS MIGRANTES.....	102
4.	ESTABLECECIMIENTO DE ‘GARANTÍAS MÍNIMAS’ Y OTRAS CONSIDERACIONES.....	103
E.	CONCLUSIÓN.....	105
	ANEXO A: ÍNDICE DE CASOS.....	107

Resumen Ejecutivo

El uso generalizado y creciente de la detención de inmigrantes ha sido objeto de escrutinio en los últimos años tanto por motivos pragmáticos (prácticos y funcionales) como por motivos jurídicos o de derechos humanos. Este estudio articula el actual estado del derecho internacional que rige la detención y sus alternativas, además ofrece una visión crítica de las existentes y posibles opciones de alternativas a la detención (AD) extraídas de la investigación empírica. Se llevaron a cabo visitas de investigación en cinco países: Australia, Bélgica, Canadá, Hong Kong y el Reino Unido. Este estudio es una contribución al material de trabajo contra la detención de refugiados, solicitantes de asilo y apátridas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y constituye uno de los documentos de referencia para la Mesa Redonda Global sobre el mismo tema.

Pragmáticamente, no hay evidencia empírica disponible para dar credibilidad a la hipótesis de que la amenaza de ser detenidos disuada la migración irregular, o más específicamente, que desaliente a las personas a solicitar asilo. Las estadísticas mundiales sobre migración han aumentado, independientemente de que las políticas gubernamentales sobre detención sean cada vez más severas. Exceptuando casos concretos, la detención es en gran medida un instrumento extremadamente impreciso para contrarrestar la migración irregular, en particular debido al carácter heterogéneo de los flujos migratorios. Fundamentalmente, las amenazas a la vida o a la libertad en el país de origen de un refugiado son, sin duda, un factor de emigración/empuje superior que cualquier obstáculo creado por las políticas de detención en los países de tránsito o de destino. Más específicamente, esta investigación encontró que menos del 10 por ciento de los solicitantes de asilo se fuga cuando es liberado de los pertinentes controles e instalaciones (o en otras palabras, cerca del 90 por ciento cumple con las condiciones de su liberación). Por otra parte, las alternativas son opciones mucho más baratas que la detención, tanto a corto como a largo plazo.

La legalidad del uso de la detención en el contexto del asilo (así como de la inmigración en sentido más amplio) ha sido probada en varios tribunales internacionales, regionales y nacionales. Un significativo número de casos han reiterado a los gobiernos sus responsabilidades de proteger los derechos humanos de las personas contra la privación ilegal de la libertad y otras restricciones a la libertad de movimiento. Los tribunales han

sostenido, por ejemplo, que son ilegales la detención indefinida o prolongada o la detención obligatoria e inapelable de los solicitantes de asilo (y otros migrantes). También se ha considerado que el incumplimiento de las garantías procesales establecidas hace que la detención resulte ilegal. Los efectos deletéreos de la detención en la salud y el bienestar de los detenidos, tales como el daño psicológico, ha dado origen a una miríada de denuncias de derechos humanos; y la detención de menores de edad ha sido particularmente criticada. En relación a las alternativas a la detención en concreto, la jurisprudencia internacional ha afirmado la obligación de los Estados de establecer garantías contra la arbitrariedad, sin las cuales es probable que la detención sea ilegal. Estas garantías incluyen necesariamente la disponibilidad de alternativas a la detención (o AD) menos coercitivas, de lo contrario los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad no puede ser probados ni cumplidos. Según la interpretación de estos principios la detención debe entenderse como una medida excepcional de último recurso y en este sentido los Estados deben demostrar que no existen medios menos invasivos para lograr el mismo objetivo. La AD ideal es aquella que no aplica la detención en ningún caso o aquella que aplica la liberación sin condiciones. Este estudio argumenta que el incumplimiento de los gobiernos en el procesamiento o sistematización de las AD, pone sus políticas y prácticas de detención en conflicto directo con el derecho internacional.¹

El derecho internacional confirma que la búsqueda de asilo no es un acto ilegal y, por tanto, que un individuo no puede ser detenido por la única razón de ser un solicitante de asilo. Además, existen garantías legales internacionales específicas para la penalización por la entrada o permanencia ilegal que pueden incluir sanciones como la detención. Por lo tanto, la detención se debe utilizar sólo como último recurso y sólo en función de un propósito justificado que no sea la condición de ser un solicitante de asilo. Del mismo modo, los apátridas *de jure* y *de facto* corren el riesgo de ser detenidos indefinidamente debido a su falta de estatuto legal o documentación, lo cual es ilegal según el derecho internacional. La apatridia no puede ser un obstáculo para la liberación, además el uso de la falta de nacionalidad como motivo automático para la detención iría en contra de los principios de no discriminación.

Muchos Estados han elaborado leyes sobre AD o han solicitado que ‘sean consideradas la disponibilidad, eficacia y adecuación de las alternativas a la detención.’² Actualmente se aplica una amplia gama de AD, incluyendo los requisitos de reportarse o de residencia, garantías, fianzas o libertad bajo palabra, supervisión comunitaria o gestión de casos, monitoreo electrónico y detención domiciliaria con horario restringido. La AD ideal es la libertad. Varios órganos de derechos humanos y de otros campos han advertido a los Estados que las alternativas desarrolladas no deben funcionar como formas alternativas *de*

¹ El derecho internacional ha generado una serie de normas sobre la cuestión de la detención migratoria, explicadas en detalle en la Parte B de este estudio.

² Ver por ejemplo: *Sahin contra Canadá* (Ministro de Ciudadanía e Inmigración) [1995] 1 F.C. 214 (T.D.) (Corte Federal de Canadá) citado en Junta de Inmigración y Refugiados de Canadá, Directriz 2, *Directrices sobre detención*, Ottawa, Canadá, 12 de marzo de 1998, p. 4.

detención. Numerosas alternativas restringen el movimiento o privan de la libertad en mayor o menor grado en la práctica y, ya que también se rigen por la prohibición de la privación arbitraria de la libertad, sólo deben imponerse cuando sean necesarias y proporcionales a los objetivos en cuestión. Con el fin de satisfacer estos requisitos, se debe tomar la alternativa menos invasiva en cada caso individual.

Se describen y analizan algunas AD en la Parte C de este estudio. Si bien se reconoce que estas alternativas han sido diseñadas y adaptadas al contexto económico, jurídico, político y social en el que operan y que por lo tanto son en cierta medida *sui generis*, el estudio trata de identificar algunos elementos o características comunes que podrían ser modificados o replicados en otros contextos nacionales, y los cuales justificarían su éxito o viabilidad. Los resultados coinciden con las conclusiones de 2006 de Field y Edwards sobre que ‘muy rara vez se debe detener a [los refugiados o] los solicitantes de asilo, o incluso restringir sus movimientos, antes de un rechazo definitivo a su solicitud o antes del punto en que su expulsión se convierte en una realidad viable.’³ De hecho, se ha encontrado que la misma conclusión se aplica a los solicitantes de asilo rechazados en espera de deportación u otro estatuto legal. Cada vez más evidencia pone en tela de juicio la finalidad y la efectividad de la detención como una política dirigida a disuadir la migración irregular, prevenir la fuga o para garantizar la presencia de los individuos en el momento de su expulsión. Las motivaciones políticas de los gobiernos de la detención corresponden cada vez menos a la evidencia empírica.⁴ Como ya se señaló, la investigación encuentra varios ejemplos donde el 90 por ciento o más de los solicitantes de asilo (así como personas en espera de deportación) cumplen con las condiciones de liberación. Gran parte de la evidencia presentada en este documento a primera vista puede parecer contraria a la intuición, al menos en la medida en que contradice las suposiciones hechas por muchos gobiernos sobre la necesidad de la detención. Solicita pues a los gobiernos que examinen la evidencia empírica como base para la formulación de políticas, en lugar de basar las decisiones políticas en supuestos falsos, aunque inveterados, sobre el comportamiento de los migrantes.

En general, se identificaron varios elementos comunes en los proyectos experimentales y en los programas de investigación que parecen explicar mejor los índices de cumplimiento o de cooperación. Estos incluyen:

- Tratar a refugiados, solicitantes de asilo, apátridas y otros migrantes con dignidad, humanidad y respeto durante todo el procedimiento de inmigración pertinente.
- Suministrar información clara y concisa acerca de los derechos y deberes en el marco de las AD y las consecuencias del incumplimiento.

³ O. Field y A. Edward, *Estudio sobre las alternativas a la detención*, ACNUR, Series de Investigación sobre Políticas Legales y de Protección, POLAS/2006/03, 2006, p. 50.

⁴ El presente estudio no se ocupa de las motivaciones políticas de los gobiernos para aplicar políticas de detención (por ejemplo, cuestiones de control).

- Referir al asesoramiento jurídico, incluyendo la asesoría sobre todas las vías legales para solicitar la permanencia, especialmente comenzando en las etapas iniciales del correspondiente procedimiento y continuando hasta su conclusión.
- Acceso a asistencia material, alojamiento y otras condiciones de recepción adecuados.
- Servicios individualizados de ‘mentores’ o gestión de casos.

Si bien el estudio de Field y Edwards identificó vínculos comunitarios o familiares como factores de aumento de los índices de cumplimiento, este estudio sugiere que la ausencia de vínculos con la comunidad o la familia no necesariamente disminuye los índices de cumplimiento si un individuo es liberado con supervisión y apoyo adecuados. El estudio también señala que las AD que funcionan correctamente pueden repercutir en la mejoría de los sistemas de asilo, recepción y gestión de la migración.

Agradecimientos

Este estudio fue encargado por el ACNUR. Se realizó y se completó cuando yo era profesora de derecho internacional de refugiados y derechos humanos en el Centro de Estudios sobre Refugiados de la Universidad de Oxford. Su contenido es válido hasta diciembre de 2010. No se hubiera podido llevar a cabo sin la generosidad en tiempo y sabiduría de numerosas personas. Muchas figuran en esta lista, pero algunas han preferido quedar anónimas.

En particular, deseo dar las gracias a Alejandro Beck, Anja Klug, Janice Marshall, Jane Rasmussen y Kees Wouters del ACNUR en Ginebra por la orientación y coordinación de este proyecto, así como a mis asistentes de investigación en la Universidad de Oxford, Vicky Goodban y Marina Sharpe.

En Australia, agradezco a Colin Briton (Cruz Roja Australiana); Amanda Paxton, Julian Warner, Jennifer Clarke, Justin Green (Ministerio de Inmigración y Ciudadanía, Melbourne, Australia), Josef Szwarc (Fundación para las Víctimas de la Tortura); y Caz Coleman (Hotham Mission).

En Bélgica, agradezco a Carmen Dupont (Amnistía Internacional Vlaanderen); Tristán Wibault (CBAR); Christophe Renders (JRS); Pieter Stockmans (VwV), cuerpo técnico en Tubize; Sra. Florence Jacquemin, coordinadora y Sra. Isabel Dessart y el Sr. Youcef Boughrif; Directrice la Sra. Isabelle Plumet de FEDASIL; Frances Nicholson, Madeleine Garlick, Thomas Pauwels y Blanca Tax (ACNUR).

En Canadá, agradezco a Gloria Natzfiger (Amnistía Internacional Toronto); Reg Williams y Tina Karsakis (Agencia de Servicios Fronterizos de Canadá, Toronto); Oyugi Pérez (Cruz Roja Canadiense); Shannon Collins (Oficina de Asistencia Legal, Programa de Derecho de Refugiados, Canadá); Lina Anani y Sheliza Suchak (abogadas); Dave Scott (Programa de Fianzas de Toronto); Franklin Fred (TRAC); Rana Khan (ACNUR Toronto).

En el Reino Unido, agradezco a Clare Tudor (Consejo de Refugiados de Escocia), Steve Thomson (Agencia de Fronteras del R.U.), Catherine Grant (Coordinadora de trabajadores sociales de la Municipalidad de Glasgow); John Short (OIM Escocia e Irlanda del Norte), Ryan Nelson (Refugee Action, Liverpool).

En Hong Kong, agradezco a Brian Barbour (Centro de Asesoría a Refugiados de Hong Kong); Richard Yiu Cheong Tsoi (Sociedad para la Organización Comunitaria), Mark Daly (Barnes & Daly), Wing Hang Chow y Phidias Tam (Oficina Especial de Seguridad Administrativa Regional del Gobierno de Hong Kong); Adrielle M. Pañares y su personal (Servicio Social Internacional), Leticia Tan (estudiante, Universidad de Hong Kong); Kelly Loper (Universidad de Hong Kong), Charlotte Sum, Choosin Ngaothepitak y Reuben Liew (ACNUR).

Me gustaría dar las gracias a varias personas que han proporcionado retroalimentación y comentarios muy útiles sobre este estudio: Grant Mitchell (Coalición Internacional sobre Detención); Robyn Sampson (Universidad La Trobe, Melbourne), Jerome Phelps (Apoyo a Detenido en Londres); Michelle Brané (Comisión de la Mujer); Philip Amaral (SJR-Europa); Amal de Chickera y Stephanie Grant (Equal Rights Trust, Londres), Adriano Silvestri (Agencia Europea de Derechos Fundamentales); Leslie Vélez (Servicio Luterano para Inmigración y Refugiados, EE.UU.).

A. Introducción

¿Es un crimen ser extranjero? No creemos que sea así.¹

Es una gran injusticia privar a una persona de su libertad durante largos períodos de tiempo si ella no ha cometido ningún delito y no tiene intención de hacerlo. Ningún país civilizado debe tolerar intencionalmente este tipo de injusticias.²

Los gatos y los perros disfrutan de un estatuto reconocido, del derecho a apelar ante un órgano independiente y de las disposiciones específicas que regulan las decisiones que modifican la duración de la detención... los gatos y los perros tienen más protección... que los refugiados...³

El uso generalizado y creciente de la detención de inmigrantes (que se define a continuación) ha sido objeto de escrutinio en los últimos años. Como una forma de controlar la entrada en el territorio, así como una forma de disuasión, la detención de inmigrantes es cada vez más cuestionada por motivos prácticos y funcionales, así como por razones legales y de derechos humanos. Políticamente, muchos países están enfrentando una creciente oposición civil a la práctica de la detención migratoria. Pragmáticamente, no hay evidencia empírica de que la posibilidad de ser detenidos disuada la migración irregular o desaliente a los individuos a solicitar asilo.⁴ De hecho, así como la detención migratoria y solicitantes de asilo ha aumentado en varios países, el número de personas que intentan entrar en esos territorios también ha aumentado o ha permanecido constante.⁵ A nivel mundial, la migración ha ido en aumento,

¹ *Saadi contra el Reino Unido*, TEDH, Demanda No. 13229/03, 29 de enero de 2008, opinión disidente conjunta de los jueces Rozakis, Tulkens, Hajiyev, Spielman y Hirvelä (sin número de página o párrafo).

² Lord T. Bingham, *El estado de derecho* (Londres: Allen Lane, 2010), p. 73.

³ M. Daly, 'Derecho de refugiados en Hong Kong: Construcción de la infraestructura legal, (2009) 9 Hong Kong Lawyer 14, p. 15.

⁴ Toda reducción en las cifras mundiales de asilo se ha asociado con las políticas de *non-entrée*, incluyendo la contención en las regiones de origen y las medidas de interceptación o interdicción, o se puede atribuir a los programas de repatriación a gran escala.

⁵ Por ejemplo, los Estados miembros del Consejo de Europa han 'ampliado significativamente el uso de la detención como una respuesta a la llegada de solicitantes de asilo y migrantes en situación irregular': ver, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Doc. 12105, 11 de enero de 2010, *Detención de solicitantes de asilo e inmigrantes irregulares en Europa*, Relatora Dra. Ana Catarina Mendonça, párr. 1 (refiriéndose en particular al Reino Unido, Francia e Italia), sin embargo, la inmigración en Europa también ha aumentado: las cifras migratorias en Europa han aumentado de un estimado de 49 millones en 1990 a 58 millones en 2000 y a 70 millones en 2010: Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Población (2009). *Tendencias en el total migratoria internacionales: Revisión de 2008* (base de datos de las Naciones Unidas, POP/DB/MIG/Stock/Recontra2008), disponible en inglés en:

independientemente de las políticas gubernamentales sobre la detención.⁶ Salvo casos concretos, en general la detención es un instrumento extremadamente obtuso de las políticas gubernamentales en materia de inmigración. Esto puede explicarse por la complejidad de las opciones y las motivaciones heterogéneas de muchos inmigrantes, que probablemente tienen poco que ver con las políticas migratorias del país de destino final.⁷

Las amenazas a la vida o a la libertad en el país de origen de un refugiado son, posiblemente, un factor de emigración/empuje superior que cualquier obstáculo creado por las políticas de detención en los países de tránsito o de destino.⁸ Sin embargo, la probabilidad de ser detenido en un país puede influir en un individuo en su elección del destino final, el momento de su movimiento, o la ruta o forma de ingreso, y que apunta a la necesidad de, como mínimo, regionalizar las normas sobre esta materia.⁹ Mientras tanto, existen pruebas que demuestran que menos del diez por ciento de los solicitantes

www.un.org/esa/population/publications/migration/migration2008.htm.

⁶ De acuerdo con las Naciones Unidas, el 'total' de la migración mundial se ha incrementado de la siguiente manera: 1990-1995 (+1,3%); 1995-2000 (1,5%); 2000-2005 (1,8%); y 2005-2010 (+1,8%). En 1990 se estimó que el 'total' mundial migratoria era de 155 millones de personas, en 2000 se estimó en 178 millones y en 2010 se calculó en 214 millones que constituyen el 3,1 por ciento de la población mundial: Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Población (2009), *Tendencias en el total migratoria internacionales: Revisión de 2008* (base de datos de las Naciones Unidas, POP/DB/MIG/Stock/Recontra2008), disponible en inglés en:

www.un.org/esa/population/publications/migration/migration2008.htm

⁷ Ver, por ejemplo, S. Castles, 'Hacia una sociología de la migración forzada y la transformación social' (2003) 77 (1) *Sociology* 13-34, p. 12: 'Las políticas migratorias fallan porque quienes elaboran las políticas se niegan a ver la migración como un proceso social dinámico vinculado a patrones más amplios de transformación social. Los ministros y burócratas aún ven la migración como algo que [puede] abrirse y cerrarse como un grifo mediante leyes y políticas.'

⁸ Por ejemplo, a pesar de la política de detención obligatoria de Australia (aprobada en 1997), los solicitantes de asilo continuaron llegando durante los años 1990 y 2000. Sólo con la introducción de medidas de interceptación integrales a principios de la década de 2000 el número de solicitantes de asilo disminuyó notablemente.

⁹ Bélgica, por ejemplo, registró un incremento en las solicitudes de asilo en la frontera desde que comenzó a permitir que las familias que llegaban con niños sean alojadas en el comunidad: Verbauwheide, *Alternativas a la detención para familias con menores de edad - El enfoque belga*, un documento de debate para la Conferencia sobre asilo UE los días 13 y 14 de septiembre de 2010, p. 2. Sin embargo, es demasiado simplista atribuir este aumento a un régimen de alternativas a la detención más generoso, ya que las cifras de solicitudes de asilo habían aumentado en toda Bélgica. Al momento de la redacción de este informe no se había realizado un desglose estadístico de las solicitudes de asilo presentadas en la frontera comparadas con las presentadas en el territorio. Si hay más solicitudes presentadas en la frontera esto podría ser un positivo avance, si ello significa que más personas optan por anunciar su intención de solicitar asilo en la frontera, en lugar de entrar clandestinamente en Bélgica y solicitar asilo después, incluso sólo después de haber sido arrestado por ingreso o estancia ilegal. Cualquier aumento también puede atribuirse a la modificación de las prácticas de asilo en los países vecinos (por ejemplo, según Amnistía Internacional, los Países Bajos 'ponen a los extranjeros en detención con más frecuencia y durante períodos más largos de tiempo', *Harcopy Trouw*, 5 de noviembre de 2010), lo cual apunta a la necesidad de un debate a escala europea sobre las AD.

de asilo, así como las personas en espera de deportación,¹⁰ desaparecen cuando son liberados con supervisión e instalaciones adecuadas.¹¹ En otras palabras, más del 90 por ciento de las personas cumplen regularmente con todos los requisitos legales relativos a sus casos. Además, las opciones alternativas representan un significativo ahorro en los gastos de los gobiernos,¹² mientras que algunos gobiernos han pagado millones de dólares en indemnizaciones o enfrentan impredecibles indemnizaciones por sus políticas ilegales de detención.¹³

Los límites a los usos permitidos de la detención en el contexto de la migración también han sido probados en varios tribunales internacionales, regionales y nacionales, lo que en muchos casos ha llevado a que los Estados pongan en libertad a solicitantes de asilo y otros migrantes.¹⁴ La sentencia de un destacado caso señala que ‘las preocupaciones legítimas de los Estados para frustrar los intentos cada vez más frecuentes de eludir las restricciones migratorias no deben privar a los solicitantes de asilo [y otros] de la protección otorgada por [las normas de derechos humanos],’¹⁵ una posición que se refleja en muchas otras decisiones. La detención obligatoria e inapelable de los solicitantes de asilo, por ejemplo, se ha declarado ilegal por el derecho internacional, ya que es una detención indefinida.¹⁶ Asimismo, la detención prolongada de solicitantes de asilo rechazados y otros migrantes que no tienen derecho a permanecer en el territorio pero que no pueden ser devueltos a sus lugares de origen en un plazo razonable también se ha considerado como detención arbitraria.¹⁷ La detención ha sido constantemente criticada por tener efectos nocivos en la salud y el bienestar de los migrantes, causando daño psicológico, entre otras cosas.¹⁸ Esta a su vez ha dado lugar a innumerables denuncias de

¹⁰ El término ‘deportación’ se usa como sinónimo de ‘expulsión’ para propósitos de este estudio, a menos que se indique lo contrario. Cabe señalar que los términos pueden tener diferentes usos y significados en las diversas leyes nacionales e internacionales

¹¹ Ver, *infra*. Ver, también, O. Field y A. Edwards, *Estudio sobre las alternativas a la detención*, ACNUR, *Series de Investigación sobre Políticas Legales y de Protección*, POLAS/2006/03 de 2006.

¹² Ver, *infra*.

¹³ El Reino Unido, por ejemplo, ha pagado al menos £2 millones a 112 personas en los últimos tres años en los cuales se ha demostrado que los inmigrantes han sido erróneamente detenidos: Ver, Medical Justice, ‘Propuesta, ‘Revisión para cesar la detención de niños con fines migratorios: Respuesta’, julio de 2010. De acuerdo con Medical Justice, los £2 millones no incluyen los gastos de asesoría jurídica, gastos judiciales, etc. Los casos exitosos en Hong Kong, que han obligado al Gobierno de Hong Kong a cambiar su política de detención (que se examina más adelante), han, por ejemplo, dado lugar a más de 200 solicitudes de indemnización pendientes: Entrevista, Barnes y Daly, Abogados, Hong Kong, 15 de septiembre de 2010. Los Abogados de Sudáfrica para los Derechos Humanos también han presentado 90 estudios independientes sobre la detención en Sudáfrica: Declaración, K. Ramjatham-Keogh, LHR, 17 de noviembre de 2010. Ver algunos de los casos en, LHR, *Monitoreo de la detención de inmigrantes en Sudáfrica*, anexo, septiembre de 2010.

¹⁴ Ver, *infra*.

¹⁵ *Amuur contra Francia*, TEDH, Demanda No. 19776/92, 25 de junio de 1996, párr. 43.

¹⁶ Ver, *infra*.

¹⁷ Ver, *infra*.

¹⁸ Ver, *infra*.

derechos humanos.¹⁹ De la misma manera, la detención de menores ha dado lugar a varios casos exitosos de derechos humanos, incluyendo la conclusión de que detener a menores junto con adultos no emparentados viola sus derechos a la dignidad y a la seguridad personal.²⁰ Como mínimo, existe la obligación de que los Estados establezcan garantías contra la arbitrariedad, sin las cuales la detención podría ser ilegal. Esto necesariamente incluiría la disponibilidad de opciones alternativas a la detención que no sean privativas de la libertad (que se examinan más adelante).

Es un arraigado principio del derecho internacional que la discreción de un Estado en el control del ingreso a su territorio está sujeta a los límites derivados de las garantías internacionales de los derechos humanos.²¹ Estos límites incluyen, entre otras cosas, el derecho a solicitar y a disfrutar del asilo, la no penalización de los solicitantes de asilo y los refugiados por entrada o estancia ilegal y la cuestión de las condiciones humanas de recepción. Además, el derecho a la libertad y a la seguridad personal y la prohibición de la privación arbitraria de la libertad son derechos humanos fundamentales que también son aplicables, examinados en detalle en la Parte B. Los principios jurídicos internacionales de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad exigen que los Estados justifiquen el uso de la detención en cada caso, demostrando que no existían medios menos invasivos para lograr los mismos objetivos.²² El principio de proporcionalidad debe leerse en el sentido que requiere que la detención sea una medida de último recurso.²³ El incumplimiento de muchos gobiernos de ofrecer alternativas a la detención, ponerlas a prueba o sistematizarlas, pone sus políticas y prácticas de detención en conflicto directo con el derecho internacional. Igualmente, al no sistematizar la evaluación de la necesidad de detención en cada caso individual, la detención gubernamental no logra acatar el derecho internacional. El derecho internacional ha generado un amplio conjunto de normas sobre la cuestión de la detención migratoria, descritas en detalle en la Parte B, pero estas no siempre han penetrado los sistemas nacionales de asilo o de retorno.

Este conflicto con el derecho internacional, junto con la progresiva crítica del uso de la detención migratoria en todo el mundo, incluyendo sus altos costos, ha generado en los últimos años un creciente interés en las alternativas a la detención (AD). Los Estados Unidos anunciaron en 2009 su plan para ‘tomar medidas sustanciales, con efecto

¹⁹ Ver, *infra*.

²⁰ Ver, *infra*.

²¹ Ver, por ejemplo, *Decretos sobre nacionalidad emitidos en Túnez y Marruecos - Opinión Consultiva*, 1922, CPJI Ser. B N° 2, párr. 24, en el que la Corte Permanente de Justicia Internacional declaró, por ejemplo, que incluso la regulación de la nacionalidad, que se inscribe en el ‘dominio reservado’ de los Estados, debe ser coherente con las normas y obligaciones del derecho internacional. Ver, además, A. Edwards y C. Ferstman, ‘Humanizando a los extranjeros: La Convergencia de los derechos humanos y la seguridad humana’, en A. Edwards y C. Ferstman (eds.), *Seguridad humana y los no ciudadanos: Ley, Política y Asuntos Internacionales* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), cap. 1.

²² Ver, *infra*.

²³ GTDA, Informe de la 13ª Reunión de GTDA, A/HRC/13/30, 18 de enero de 2010, párr. 59.

inmediato, para reformar el sistema de detención migratoria²⁴ y ha indicado que desarrollará un programa de AD a nivel nacional y la concierne herramienta individual de evaluación de riesgo.²⁵ La coalición de gobierno del Reino Unido anunció en 2010 su compromiso de poner fin a la detención de niños²⁶ y lo ha cumplido en gran medida. Del mismo modo, el gobierno de Japón ha tomado medidas para poner fin a la detención de niños migrantes no acompañados, así como a las detenciones prolongadas.²⁷ A raíz de la creciente desaprobación pública de la detención obligatoria e indefinida de quienes ingresan sin autorización a Australia, el gobierno australiano introdujo las ‘bridging visas’ (visas a corto plazo) para quienes, a pesar de su cooperación con las autoridades, no pueden ser expulsados.²⁸ Junto a la libertad condicional, existen numerosos programas de supervisión comunitaria o de gestión de casos en funcionamiento en Australia.²⁹ El gobierno actual se ha comprometido a poner en libertad a ‘los niños y las familias vulnerables’ de las instalaciones de detención de la Isla de Navidad y llevarlas a ‘viviendas comunitarias’.³⁰ Bajo la presión de una decisión del Tribunal Europeo de

²⁴ Servicio de Inmigración y Control de Aduanas de EE.UU (ICE), 2009 *Reforma a la detención migratoria*, disponible en inglés en: www.ice.gov/news/library/factsheets/reform-2009reform.htm.

²⁵ ICE, EE.UU., *Panorama y recomendaciones sobre la detención migratoria*, por la Dra. Dora Schiro, 6 de octubre de 2009, p. 20. La herramienta de evaluación individual del riesgo se discute en la Parte C.

²⁶ *La Coalición: Nuestro programa de gobierno. Libertad, equidad, responsabilidad*, mayo de 2010, 17: Inmigración, p. 21, disponible en inglés en: <http://programmeforgovernment.hmg.gocontrauk/files/2010/05/coalitionprogramme.pdf>.

²⁷ Sobre la detención prolongada, el gobierno japonés ha emitido una declaración afirmando que ‘de ahora en adelante’ los casos de las personas en detención prolongada serán regularmente considerados para la libertad bajo fianza y sus casos serán revisados sin importar si se ha presentado la solicitud de libertad bajo fianza, ver, Ministerio de Justicia de Japón, Departamento de Control de Inmigración, ‘Re: Proceso de consideración de la libertad bajo fianza para los inmigrantes detenidos por orden de expulsión’, 30 de julio 2010, disponible en:

http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyuukokukanri09_00006.html.

Traducción proporcionada por la Coalición Internacional de Detención, correo electrónico del 11 de octubre de 2010 (en el archivo del autor).

²⁸ Departamento de Inmigración y Ciudadanía de Australia, Hoja Informativa 85: Expulsión en espera de *Bridging Visa*, disponible en inglés en:

<http://www.immi.gocontraau/media/fact-sheets/85removalpending.htm>. Las visas se introdujeron el 11 de mayo de 2005. Sin embargo, la visa está completamente a discreción del ministro. Por otro lado, Australia continúa deteniendo a los participantes obligatoriamente a otros individuos que ingresan sin autorización. Examinado en la Parte C.

²⁹ Examinado en la Parte C.

³⁰ ‘PM suaviza postura sobre la detención’, *The Australian*, 19 de octubre de 2010; Declaración conjunta del Primer Ministro y el Ministro de Inmigración y Ciudadanía, ‘El Gobierno traslada a niños y familias vulnerables a un alojamiento comunitario’, 18 de octubre de 2010, disponible en inglés en: <http://www.minister.immi.gocontraau/media/media-releases/2010/cb10071.htm>. Las familias y los niños seguirán ‘detenidos’ a los efectos de la Ley de migración, pero serán trasladados a una vivienda comunitaria. Pueden ser impuestas otras restricciones, como los requisitos de notificarse, etc. En la misma conferencia de prensa, el gobierno anunció una expansión de los centros de detención en tierra firme.

Derechos Humanos (TEDH) que encontró que la detención de niños en Bélgica era ilegal, Bélgica ha establecido un programa de ‘casas de retorno’ para familias con servicios especializados de ‘tutoría’.³¹ Del mismo modo, a raíz de numerosas decisiones de los tribunales nacionales que concluyeron que las prácticas de detención en Hong Kong eran ilegales, se ha instituido un sistema de libertad bajo palabra con el apoyo de servicios sociales y comunitarios.³²

Por otro lado, muchos otros países o bien no detienen a los solicitantes de asilo³³ o aplican AD exitosas y de larga data.³⁴ El éxito de las prácticas de estos Estados plantea la cuestión de porqué algunos países pueden seguir justificando la detención de solicitantes de asilo (y otros migrantes, como solicitantes de asilo rechazados), mientras que otros pueden gestionar la migración y respetar los derechos a solicitar asilo y a la libertad y la seguridad personal, *sin* tener que recurrir a la detención. Aunque la detención de inmigrantes ciertamente no está limitada a la práctica de los países industrializados, es una característica comúnmente más habitual en su gestión de la migración y las estrategias de control de fronteras. Este estudio, por lo tanto, habla en términos generales de todos los países, pero particularmente de los países que emplean la detención como un componente dominante de sus sistemas de gestión del asilo o la migración.

La cuestión de la detención de inmigrantes y las posibles alternativas también están contempladas en la agenda internacional de los derechos humanos. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ONU-CDH) (más adelante Comisión) prorrogó el mandato de su Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (GTDA) para incluir la detención de inmigrantes en 1997.³⁵ Desde entonces el Grupo de Trabajo ha producido varios informes sobre el tema.³⁶ En 2008, el ONU-CDH recomendó ‘una deliberación urgente y a fondo... para tratar de encontrar alternativas eficaces a fin de evitar la violación de derechos... que afectan a un gran número de solicitantes de asilo e inmigrantes ilegales privados de libertad en todo el mundo’³⁷ La recomendación aún está pendiente. En 2009, el GTDA indicó que la detención de inmigrantes sería una de sus principales prioridades en 2010.³⁸ La Relatora Especial de la ONU sobre los derechos

³¹ Examinado en la Parte C.

³² Examinado en la Parte C.

³³ Por ejemplo, Brasil, Filipinas y Sudáfrica. Otros países detienen a los solicitantes de asilo sólo por períodos mínimos y tienen una política general objetiva para liberar los solicitantes de asilo tan pronto como sea posible, por ejemplo, Canadá, Suecia y el Reino Unido (la excepción aquí son las personas sometidas a procesos acelerados en los que la detención es automática).

³⁴ Ver, por ejemplo, Programa de fianzas de Toronto, Canadá, discutido *infra*.

³⁵ Comisión de Derechos Humanos, ONU ECOSOC Res. 1997/50 (15 de abril de 1997).

³⁶ Documentos ONU. E/CN.4/1999/63 (1998), E/CN.4/2004/3 (2003), E/CN.4/2006/7 (2005) y A/HRC/10/21 (2008).

³⁷ GTDA, Informe del 7º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/7/, 10 de enero de 2008, párr. 80 (a).

³⁸ GTDA, Informe del 13º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/13/3, 18 de enero de 2010, párr. 51.

humanos de los migrantes también ha examinado la cuestión de las alternativas a la detención administrativa en general,³⁹ así como la relacionada con los niños.⁴⁰ El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha hecho de la detención de los migrantes una cuestión prioritaria y en ese sentido, acogió una mesa redonda sobre el tema en 2009.⁴¹ La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y su Relatora Especial sobre la detención de los solicitantes de asilo e inmigrantes irregulares en Europa publicó un informe, una resolución y recomendaciones a principios de 2010, en los cuales solicitaba, entre otras cosas, investigaciones más empíricas sobre las AD.⁴² La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA-UE) lanzó recientemente una edición de un estudio sobre las prácticas estatales en relación con los retornos, que incluye un capítulo sobre detención y AD en ese contexto.⁴³

Por su mandato específico con solicitantes de asilo, refugiados y apátridas, el ACNUR ha estado interesado durante mucho tiempo en las AD. En 2009 organizó una reunión paralela de su Comité Ejecutivo (ExCom) sobre AD a la que asistieron 30 gobiernos,⁴⁴ y la organización está en proceso de actualizar sus 'Directrices sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo' de 1999. También llevó a cabo una mesa redonda en Asia Oriental en mayo de 2010 con los gobiernos de Australia, Hong Kong, Japón, Nueva Zelanda y la República de Corea del Sur, junto con las organizaciones no gubernamentales que trabajan en esos países. Están previstas posteriores mesas redondas regionales. El ExCom ha planteado en muchas ocasiones, desde 1977, la preocupación acerca de las prácticas de detención y ha recomendado que las disposiciones de recepción establecidas por los Estados Partes respeten la dignidad humana y la normativa internacional aplicable de derechos humanos.⁴⁵ La *Agenda para la protección* también solicita a los Estados 'estudiar, de

³⁹ Ver, Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Informe del 54º periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, Doc. ONU. E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2003.

⁴⁰ Ver, Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Jorge Bustamante, Informe del 11º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, Doc. ONU. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 24, 27 y 43 (sobre niños detenidos).

⁴¹ Ver, en inglés, <http://www.ohchr.org/EN/NEWSEVENTS/Pages/MigrationPanel.aspx>.

⁴² Ver, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Doc. 12105, 11 de enero de 2010, *Detención de solicitantes de asilo e inmigrantes irregulares en Europa*, Relatora Sra. Ana Catarina Mendonça (Relatora Especial del Consejo de Europa, Informe sobre detención), disponible en inglés en: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc10/EDOC12105.htm>.

⁴³ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA-UE), *Detención de nacionales de terceros países en los procedimientos de retorno*, 10 de noviembre de 2010, disponible en inglés en: www.fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/pub_detention_en.htm

⁴⁴ Ver, en inglés, <http://idcoalition.org/alternatives-to-immigration-detention-side-meeting-geneva-2010/>

⁴⁵ Ver, ACNUR, Recopilación temática de las Conclusiones del Comité Ejecutivo (4ª edición), 2009. Ver, en particular, Conclusión No. 7 (XXVIII) (1977) sobre la orden de expulsión acompañada de custodia o detención, párr. e), No. 44 (XXXVII) (1986) sobre detención de los refugiados y de las personas que buscan asilo y No. 93 (LIII) (2002), sobre la recepción de los solicitantes de asilo en el contexto de los diferentes sistemas de asilo, párr. (b)(i).

manera más concertada, alternativas apropiadas a la detención de los solicitantes de asilo y los refugiados'.⁴⁶

Este estudio hace una contribución a la bibliografía del ACNUR sobre la detención y las alternativas a la detención. Está articulado con la situación actual del derecho internacional sobre detención y sus alternativas, y ofrece una visión crítica de las opciones existentes y posibles de las AD extraídas de la investigación empírica. Constituye uno de los documentos de referencia de la Mesa Redonda Conjunta del ACNUR y el ACNUDH sobre alternativas a la detención de inmigrantes de mayo del 2011 en Ginebra.

A. *Estructura y contenido*

Este documento se divide en dos partes principales. La primera parte describe el marco jurídico internacional general sobre la privación de la libertad y otras restricciones a la libertad de circulación de los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas y otros migrantes (como los solicitantes de asilo rechazados). Se refiere tanto a las garantías sustantivas y procesales contra la detención arbitraria. En él se examinan las normas internacionales y regionales, una por una, así como las medidas especiales que deben ser adoptadas en relación con grupos específicos de personas. No proporciona una perspectiva de las normas internacionales relativas a la atención y las condiciones de tratamiento durante la detención.⁴⁷ A efectos de este estudio, las condiciones de detención son relevantes sólo en la medida que tales condiciones sean tan pobres o inadecuadas que vuelvan a la detención en si misma ilegal o arbitraria (examinado en la Parte B). En cambio, el estudio se centra en el marco jurídico relativo a la obligación de suministrar AD.

La segunda parte del estudio analiza la práctica estatal en relación a las AD desde un punto de vista práctico o funcional. Examina estas prácticas a través de *tipos* de alternativas, a partir de ejemplos concretos de prácticas estatales reales. Se llevaron a cabo visitas de investigación empírica en cinco países para los objetivos de este estudio y estas, junto con la bibliografía adicional, sustentaron el análisis.⁴⁸ Si bien se indica que

⁴⁶ ACNUR, el Programa de Protección, Doc. ONU. EC/52/SC/CRP.9/Recontra1, 26 de junio de 2002, Parte II, el Objetivo 1, punto 9.

⁴⁷ Una serie de disposiciones sobre los derechos humanos son especialmente relevantes para las condiciones de detención, tales como los artículos 7 (prohibición de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes), 10 (derecho a condiciones dignas de detención) y 17 (derecho a la vida familiar y privada) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Ver también Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas Cualquier Forma de Detención o Prisión, aprobado por resoluciones de la Asamblea. 43/173 (9 de diciembre de 1988).

⁴⁸ Los países visitados fueron Australia, Bélgica, Canadá, Hong Kong y el Reino Unido (Escocia) durante el período de mayo a septiembre de 2010.

los ejemplos estudiados son en muchos sentidos *sui generis*, adaptados a la situación económica, jurídica, política y social particular del sistema en cuestión y, por lo tanto, no pueden ser replicables en sus formas actuales, se han extraído varias características de estos ejemplos para formar una lista de posibles contenidos de modelos alternativos. En este sentido, el documento también destaca una serie de riesgos asociados con las AD si se siguen sin una planificación cuidadosa, una regulación adecuada y un ulterior seguimiento y supervisión.

El documento se interesa particularmente en las AD para los solicitantes de asilo, los refugiados y los apátridas, sin embargo, también recurre a jurisprudencia, normas jurídicas y prácticas relacionadas con la detención de inmigrantes en general y en el contexto del retorno o de la deportación. Esto se debe a que gran parte de la reciente jurisprudencia internacional gira en torno a la detención en el contexto del retorno, en lugar del ingreso, y varios proyectos alternativos que aquí se estudian están orientados al retorno o combinan el asilo con procesos de migración más amplios. La jurisprudencia y las prácticas en el contexto del retorno son, por lo tanto, instructivas. Si bien los solicitantes de asilo, refugiados y apátridas están amparados por la protección a sus derechos a través de diversos instrumentos jurídicos específicos, y estos se definen en la Parte B, el derecho a la libertad y a la seguridad personales y el derecho de protección contra la detención arbitraria son derechos humanos fundamentales y se aplican a todos, independientemente de la inmigración o de otro estatuto legal (o su ausencia).

Este estudio no aborda específicamente los campos de confinamiento⁴⁹ o la detención de migrantes en relación con la criminalidad o las amenazas de terrorismo (se explica más adelante en *Terminología*).

B. *Salvedades metodológicas*

En este estudio no fueron entrevistados individuos (o clientes o beneficiarios directos) puestos en libertad en las distintas alternativas descritas. Por lo tanto, este estudio no puede hablar por los participantes en estos programas respecto a cuestiones como: por qué cumplieron, qué los motivó a cooperar, etc. Si estas entrevistas hubieran sido posibles, sin duda habrían añadido una importante dimensión al estudio; y este aspecto seguramente merece una mayor investigación. No obstante, se llevaron a cabo entrevistas con una amplia gama de partes interesadas en los cinco países y cada uno de los programas alternativos fue visitado directamente.

⁴⁹ Ver, en cambio, A. Edwards, 'El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y la detención de refugiados' (2008) *International and Comparative Law Quarterly*, p. 789-825, que incluye una sección dedicada a los argumentos jurídicos en torno a las políticas de confinamiento equivalentes a privación de la libertad.

C. Terminología

En este trabajo se utiliza el término '**detención migratoria**' para referirse a la detención de refugiados, solicitantes de asilo, apátridas y otros migrantes, ya sea intentando entrar en un territorio (detención inicial) o en espera de deportación, expulsión o retorno (detención posterior) desde un territorio. Se refiere principalmente a la detención que es autorizada administrativamente, pero también abarca la detención por sanción judicial. La 'detención migratoria' debe distinguirse de la 'detención por comisión de delito' y 'detención por motivos de seguridad', que se refieren respectivamente a la detención u otras restricciones a la libertad de nacionales o no nacionales por haber cometido un delito o por motivos de seguridad nacional o relacionados con el terrorismo.⁵⁰

En el contexto de la migración han surgido diversas '**definiciones de detención**'.⁵¹ En esencia, la detención implica la privación de la libertad en un lugar cerrado, como una prisión o un recinto cerrado construido con ese propósito o un centro de tránsito. Esto se refiere al extremo del espectro de las privaciones de la libertad, aunque esto no significa que las medidas de detención a corto plazo no impliquen garantías contra la detención arbitraria. El derecho internacional está tan interesado en las privaciones y otras restricciones a la libertad de movimiento menores como en la reclusión total en un espacio cerrado. Esta será una cuestión de grados, tal como se explica en la Parte B.

⁵⁰ El estudio sobre apátridas de Equal Rights Trust contiene secciones sobre estas dos formas de detención: ver, ERT, *Desentrañando la anomalía: Detención, discriminación y necesidades de protección de los apátridas*, Londres, julio de 2010

⁵¹ El ACNUR, por ejemplo, ha definido la detención como: 'confinamiento dentro de un sitio estrechamente delimitado o restringido, incluyendo prisiones, campamentos cerrados, instalaciones de detención o zonas de tránsito en los aeropuertos donde la libertad de movimiento está substancialmente limitada, donde la única oportunidad de abandonar esa área restringida es abandonar el territorio.' (ACNUR, *Directrices sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo* de 1999). El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (PFCaT), define 'lugar de detención' así: 'donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad, bien por orden de una autoridad pública o a instigación suya o con su consentimiento expreso o tácito' (artículo 4 (1)). El PFCaT también define la 'privación de libertad' como 'cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente' (artículo 4 (2)). El énfasis del PFCaT es la ubicación física de la detención, en lugar de la privación de la libertad *per se*. La Directiva sobre recepción de la Unión Europea, discutida *infra*, define la 'retención' como 'cualquier confinamiento de un solicitante de asilo por un Estado miembro en un espacio restringido, donde la libre circulación del solicitante se ve sustancialmente reducida'. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha definido la 'privación de la libertad' como '[c]ualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad...' (CIDH, Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, aprobados por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, 3-14 de marzo de 2008, Disposición general).

Muchas **‘alternativas a la detención’** implican alguna forma de restricción de movimiento o de privación de la libertad de una persona y por lo tanto deben estar sujetos a las salvaguardas de derechos humanos. Todas las restricciones a la libertad, ya sea la privación total a través de la reclusión en un lugar cerrado o las restricciones menores que incluyen el requerimiento de notificación o la designación de la residencia, están sujetas a la supervisión de los derechos humanos. Este documento ubica diversas prácticas de AD lo largo de un escala que va desde la ‘libertad’ a ‘las restricciones o privaciones de la libertad’ hasta la ‘detención’. Estas prácticas se determinan a lo largo de esta escala en la Parte C (ver cuadro 1). Cuanto más alta sea su posición en la escala (o, en otras palabras, cuanto mayor sea la pérdida o interferencia de la libertad), mayores deben ser las garantías de derechos humanos puestos en práctica para evitar los excesos ejecutivos, la arbitrariedad y el castigo injusto. Como ya se ha indicado anteriormente, el énfasis sobre los solicitantes de asilo y los refugiados debe, por tanto, recaer en el derecho a solicitar asilo, la no penalización por ingreso o estancia ilegal, las condiciones humanas de recepción, y el derecho a la libertad y la seguridad personales y la libertad de movimiento. Las justificaciones de estas restricciones a la libertad son secundarias y deben ser estrictamente circunscritas, dado el contexto no delictivo y no judicial en el cual se produce la mayoría de las detenciones migratoria. En muchos países esto funciona en sentido contrario.⁵² La AD ideal es aquella que no aplica la detención.

Las etiquetas pueden ser engañosas. Llamar a una determinada práctica ‘alternativa a la detención’ no la exime del ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Como nos recuerda la sentencia *Amuur contra Francia*, no importa como se llame el área de detención: si ‘zona internacional’ o de otro modo, los derechos humanos se siguen aplicando.⁵³ Field y Edwards advirtieron en su estudio de 2006: ‘A veces lo que se llama una alternativa a la detención puede ser en realidad una forma alternativa de la

⁵² Ver, Consejo de Europa, Comité sobre Migración, Refugiados y Población de la Asamblea Parlamentaria, *Detención de solicitantes de asilo e inmigrantes irregulares en Europa*, Doc. 12105, 11 de enero de 2010, Ponente: Dra. Ana Catarina Mendonça.

⁵³ *Amuur contra Francia*, párr. 52: ‘A pesar de su nombre, la zona internacional no tiene estatuto de extraterritorialidad.’ Aquí Francia alegó, sin éxito, que debido a que los solicitantes de asilo habían pasado a través de Siria en su camino a Francia, ellos eran libres de retornar ahí y, por lo tanto, no estaban en detención. Esto fue rechazado, ya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) argumentó que la capacidad de salir de la detención debe ser una posibilidad real y no puramente teórica. Una decisión de los Países Bajos también ha sostenido que retener a alguien en la zona de tránsito de un aeropuerto constituye una privación de la libertad en virtud del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH): *Shokuh contra los Países Bajos*, Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos), 9 de diciembre de 1988, *Revue du droit des étrangers* (RDDE), N° 52, enero-febrero de 1989, p. 16, que hace referencia a G. Goodwin-Gill, ‘El artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951: No penalización, detención y protección’, en E. Feller, CONTRA Türk y F. Nicholson (eds.), *Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional*, (2010) (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pág. 205.

detención.⁵⁴ Es importante que cada ejemplo se evalúe con base en la realidad de los hechos.

La jurisprudencia apoya este enfoque. Una decisión de inmigración de los EE.UU. encontró, por ejemplo, que los monitores de tobillo ‘causan una gran pérdida de la libertad y requieren... confinamiento en un lugar específico, es decir, la casa del demandado en el horario de 7 pm y 7 am todos los días’, equiparándose a la ‘custodia’ e implicando garantías de *habeas corpus*; sin embargo, los casos posteriores han distinguido entre ‘custodia’ y ‘detención’ a efectos internos de los EE.UU.⁵⁵ Del mismo modo, la Casa de los Lores del Reino Unido sostuvo que las medidas que equivalen a restricción domiciliaria de 18 horas privan al sujeto de su libertad.⁵⁶ Del mismo modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) resolvió que el confinamiento en una isla retirada en la costa de Cerdeña, donde el solicitante vivió durante 16 meses en un pequeño caserío de 2,5 kilómetros cuadrados, reportándose diariamente y con restricción domiciliaria, estaba dentro de los parámetros del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).⁵⁷ También concluyó que el confinamiento ‘abierto’ (es

⁵⁴ Field y Edwards, *Estudio de las alternativas a la detención*, p. 4.

⁵⁵ Oficina Ejecutiva de Revisión de Casos de Inmigración, Tribunal de Inmigración, Los Ángeles, EE.UU., 5-18-08, 18 de mayo de 2008, las partes no se mencionan, antes Bass L.J., disponible en inglés en:

www.bibdaily.com/pdfs/Bass%20IJ%205-18-08%20electronic%20bracelet%20bond%20decision.pdf.

(en los archivos de la autora). El destacado caso *Nguyen contra B.I. Incorporated*, 435 F.Supp.2d 1109 (D. Oregon 2006), afirmó que el uso de un brazalete en el tobillo para a alguien pendiente de deportación no se considera ‘custodia’. Una decisión idéntica fue adoptada en *X contra Departamento de Seguridad Interna, Inmigración de EE.UU.* Tribunal de Justicia, Orlando, Florida, FL 03/06/09, 6 de marzo de 2009, disponible en inglés en: <http://drop.io/BondVictoryOrlando06Mar2009>. Estos casos deben ser comparados con el *Caso José Aguilar-Aquino*, 24 I & N, Dec. 747 (Junta de Apelaciones de Inmigración de 2009), Archivo A095 748 786 (Los Ángeles, California), 12 de marzo de 2009, en el que se hizo una distinción entre ‘detención’ y ‘custodia’. Las personas dejadas en libertad bajo palabra y quienes siguen encarceladas fueron considerados en ‘custodia’, mientras que la ‘detención’ se refiere a ‘la restricción física real o el confinamiento en un espacio determinado’ (en referencia al *Caso Sánchez*, 20 I&N, Dec. 223, 225 (BIA 1990)). Así, ‘... mientras que un individuo en custodia no necesariamente está detenido, quien se encuentra detenido está necesariamente en custodia’. La custodia significa ‘restricción física real o confinamiento en un espacio determinado’ (p. 6). La razón para distinguir entre los dos términos era pertinente en la medida que permite al juez de inmigración variar las condiciones de ‘custodia’ o ‘liberación’.

⁵⁶ *Secretario de Estado para Asuntos Internos contra JJ y otros* [2007] UKHL 45, [2008] 1 AC 385, sin embargo, encontró que los periodos de restricción domiciliaria menores de 10 a 12 horas y restricciones menos rigurosa en otros casos eran compatibles con el artículo 5 del TEDH (*Secretario de Estado para Asuntos Internos contra AF* [2007] UKHL 46, [2008] 1 AC 440; *Secretario de Estado para Asuntos Internos contra E y otro* [2007] UKHL 47, [2008] 1 AC 499). Notar que cada uno de estos casos involucraba a sospechosos de terrorismo quienes fueron identificados como una amenaza para la seguridad nacional, lo cual no es normalmente el caso de los solicitantes de asilo.

⁵⁷ *Guzzardi contra Italia*, TEDH, Demanda No. 7367/76, 6 de noviembre de 1980, p. 33, párr. 92 y 93

decir, sin cerrojos) de un paciente con una enfermedad mental en un hospital psiquiátrico invocaba las protecciones del artículo 5.⁵⁸

Además, algunos acuerdos nacionales de ‘detención’ podrían ser clasificados como AD, si bien dentro del particular marco jurídico nacional podrían requerir su caracterización como ‘detención’ en virtud de la ley.⁵⁹ Del mismo modo, otras disposiciones legales nacionales no han clasificado a ciertos individuos como detenidos *de jure*, aunque ellos no puedan ejercer su derecho a la libertad de movimiento y, por lo tanto, sean detenidos *de facto* a todos los efectos.⁶⁰ También puede ser necesario distinguir entre ‘lugar’ físico de detención y el ‘estatuto’ de ser detenido. Lo que es más importante para este trabajo (y el derecho internacional) es la cuestión de si alguien ha sido privado de su libertad, más allá de las nominaciones. En muchos aspectos este trabajo se refiere a las condiciones humanas de recepción, de las cuales las AD no privativas de la libertad son un elemento más.⁶¹

⁵⁸ Ver, *Ashingdane contra Reino Unido*, TEDH, Demanda No. 8225/78, 28 de mayo de 1985

⁵⁹ Aquí tengo en mente el sistema australiano de ‘detención comunitaria’, en el cual las familias con niños pueden residir en la comunidad en casas sin vigilancia y son libres de entrar y salir cuando deseen. A los efectos de la legislación nacional australiana, ellos permanecen en ‘detención’ ya que no tienen estatus legal, sin embargo, para los propósitos de este estudio, esto puede constituir una ‘alternativa a la detención’. Otras prácticas de ‘detención comunitaria’ en Australia, sin embargo, las han implicado restricciones a la libertad de movimiento, tales como estar acompañados en todo momento y estar confinados en casas vigiladas en la comunidad, y esto no sería clasificado del mismo modo: Ver, además, Parlamento de la Mancomunidad de Australia, *Detención de inmigrantes en Australia: Alternativas a la detención basadas en la comunidad*, Segundo informe de la investigación sobre detención de inmigrantes en Australia, Comité Permanente Conjunto sobre Migración, Canberra, mayo de 2009

⁶⁰ Aquí me refiero a la práctica canadiense de confinar a los padres con sus hijos en instalaciones de detención de inmigrantes. Como los niños no están técnicamente sujetos a la orden de detención, la ley canadiense considera que no están ‘detenidos’ *de jure*, sin embargo, están confinados al igual que sus padres y a efectos prácticos no son libres de salir y entrar: Entrevista y visita, Ciudadanía e Inmigración de Canadá, Centro de Detención de Inmigración, Toronto, mayo de 2010.

⁶¹ Un enfoque singular sobre las alternativas pueden pasar por alto otras cuestiones importantes de derechos humanos derivadas de la práctica de la alternativa. En Australia, por ejemplo, existe un grave problema en torno a algunos solicitantes de asilo liberados o personas en espera de expulsión debido a que no son elegibles para los servicios sociales [y en el pasado, al derecho al trabajo]. Así, aunque son puestos en libertad, pueden enfrentar otros problemas de derechos humanos: Ver, Proyecto Hotham Mission sobre solicitantes de asilo, *Indigentes ocultos en Australia: Enfoques comunitarios para solicitantes de asilo en la indigencia*, agosto de 2010. Esto lo señala. S discuten más adelante en la Parte C.

B. Marco jurídico internacional

1. Derecho a solicitar y a disfrutar del asilo, condiciones de recepción abiertas y humanas, no penalización y libertad de circulación

1.1 Derecho a solicitar y a disfrutar del asilo, condiciones de recepción abiertas y humanas y la prohibición de sanción por ingreso o estancia ilegal

Aparte de los principios generales que se detallan a continuación relacionados con el derecho a la libertad personal, existen algunas salvaguardas específicas contra la detención arbitraria u otras restricciones a la circulación relativas a los refugiados y los solicitantes de asilo que figuran en la Convención de 1951. Si bien, en general, se considera a nivel internacional que los Estados no tienen la obligación de ‘conceder’ asilo, *existen* cada vez obligaciones de ‘conceder’ el asilo a nivel regional.⁶² Como mínimo, la búsqueda de asilo no es un acto ilegal. Esto obliga a los gobiernos a establecer condiciones abiertas y humanas de recepción, incluyendo el tratamiento digno, seguro y compatible con los derechos humanos.⁶³

Por otra parte, el artículo 31 (1) de la Convención de 1951 estipula que a los refugiados que han llegado directamente no se les impondrán sanciones penales por causa de su entrada o presencia ilegales, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales. Privar de su libertad a los solicitantes de asilo o los refugiados por el solo hecho de haber entrado o permanecido ilegalmente equivaldría a una sanción de conformidad con el artículo 31 (1)⁶⁴ [y es, en

⁶² Por ejemplo, el artículo 22 (7) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (CIDH), dispone: ‘Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.’; el artículo 12 (3) de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (CADHP), dispone: ‘Todo individuo tendrá derecho, cuando esté perseguido, a buscar y obtener asilo en otros países de conformidad con las leyes de esos países y los convenios internacionales’; el artículo 13 de la Directiva sobre reconocimiento de la UE establece: ‘Los Estados miembros concederán el estatuto de refugiado a los nacionales de terceros países o apátridas...’ Ver, también, *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que la Convención de 1951 ‘define las circunstancias en que un Estado debe conceder el estatuto de refugiado a aquellos que lo soliciten, así como los derechos y las obligaciones de estas personas.’ *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, TEDH, Demanda No. 30696/09, 21 de enero de 2011, párr. 54 (el subrayado es mío)

⁶³ Ver, en particular, Conclusión No. 93 (LIII), 2002, sobre la recepción de los solicitantes de asilo en el contexto de los diferentes sistemas de asilo.

⁶⁴ Ver, por ejemplo, Noll quien sostiene que, por ejemplo, si la detención de un refugiado no corresponde a la necesidad a la que se refiere el artículo 31 (2), puede ser punitiva y, por lo tanto, proscrita por el artículo 31 (1): G. Noll, ‘Artículo 31 (Refugiados en situación regular en el país de acogida)’, en A. Zimmermann (ed.), *Comentario sobre la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 1243, párr. 96 y siguientes. Grahl-

cualquier caso, contraria al derecho a la libertad y a la seguridad personal, como se explica infra]. El artículo 31 (1) también debe ser interpretado en el sentido de que el acto de entrar a un país con el propósito de solicitar asilo no debe ser considerado un acto ilegal. Detener automáticamente a solicitantes de asilo o apátridas por la única razón de su estatus equivaldría a una privación arbitraria de la libertad.⁶⁵ El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (GTDA) ha declarado, por ejemplo, que ‘tipificar como delito la entrada ilegal 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 [y por lo tanto arbitrarias]’.⁶⁶

Por otra parte, el artículo 31 (2) se refiere a la cuestión específica de la detención de los refugiados que han entrado o permanecido ilegalmente. La disposición permite a los Estados aplicar algunas restricciones al movimiento de esos refugiados. Sin embargo, las restricciones deben ser ‘necesarias y... se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país’.⁶⁷ Por lo tanto, el artículo 31 (2) comparte el criterio de necesidad aplicado en relación con el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP) (explicado más adelante). Aceptando que ‘Detención normalmente se debe evitar, y que por lo que es una medida excepcional, el Comité Ejecutivo ha establecido que se establece un número limitado de circunstancias en que la detención o de otro tipo restricciones a la circulación que se consideren necesarios en un caso concreto:

... en vista de los sufrimientos que entraña, la detención debe normalmente evitarse. *En caso necesario*, se puede recurrir a la detención, pero solamente por las razones prescritas por la ley para proceder a la verificación de identidad; para determinar los elementos que sirven de base a la solicitud de la condición de refugiado o del asilo; para tratar los casos en que los refugiados o solicitantes de asilo han destruido sus documentos de viaje y/o de identidad o han hecho uso de documentos falsos a fin de inducir a error a las autoridades del Estado donde tienen la intención de solicitar asilo; o para preservar la seguridad nacional o el orden público.⁶⁸ [Subrayado añadido.]

Madsen señala explícitamente en su tratado que la detención equivale a una sanción: A. Grahl-Madsen, *El estatuto de los refugiados en derecho internacional*, Vol. II (1972), p. 209 (pie de página omitido).

⁶⁵ Ver, infra.

⁶⁶ GTDA, Informe del 7º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008, párr. 53.

⁶⁷ Artículo 31 (2), Convención de 1951.

⁶⁸ Conclusión No. 44 (XXXVII) sobre la detención de los refugiados y de las personas que buscan asilo (1986), párr. (B). Ver, también, *Saadi contra el Reino Unido*, Alegatos escritos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 30 de marzo de 2007, TEDH, Demanda No. 13299/03, párr. 26, en los cuales se afirma que ‘Existe un ‘acuerdo general’ de que todo Estado tiene pleno derecho a investigar el caso de cada uno de los refugiados que cruzaron clandestinamente la frontera y de determinar si cumplen los requisitos necesarios de entrada... el art. 31 (2) por lo tanto autoriza las restricciones de movimiento necesarias con el objetivo de investigar la identidad, las circunstancias de la llegada, los elementos básicos de la solicitud y los temas de seguridad.’

Las *Directrices del ACNUR sobre la detención* 1999 reiteran estos mismos motivos.⁶⁹

En cada una de estas situaciones, el recurso a la detención debe indicarse en cada caso individual y no debe corresponder a una política general de detención. La decisión de detener por razones de seguridad nacional, por ejemplo, sólo debe tomarse en casos concretos y con sujeción al control judicial.⁷⁰ Las decisiones para detener por motivos de orden público podrían incluir un examen inicial por razones de identidad, documentación o salud o, excepcionalmente, en el contexto de afluencia masiva y sólo hasta que haya sido restaurado el orden. En términos del derecho de los Estados de detener a las personas con el fin de evaluar los elementos de su solicitud de asilo, esto se aplica sólo al examen inicial y no suele durar todo el periodo de determinación de la condición a menos que sea necesario en cada caso.⁷¹

El Comité Ejecutivo ha señalado también que los ‘procedimientos [de determinación de la condición de refugiado] equitativos y rápidos’ pueden proteger contra la detención prolongada y que cualquier tipo de detención debe ser objeto de revisión administrativa o judicial.⁷² Por otra parte, se ha encontrado que el derecho al debido proceso en los procedimientos de asilo puede verse comprometido durante la detención.⁷³ En particular, el derecho de los detenidos a tener acceso al ACNUR también ha sido aceptado por el ExCom⁷⁴ y se refleja en las obligaciones de los Estados de cooperar con el ACNUR, contempladas en el artículo 35 de la Convención de 1951.⁷⁵

1.2 El artículo 26 de la Convención de 1951

Otra importante disposición de la Convención de 1951 que se refiere específicamente al derecho de circulación de los refugiados y solicitantes de asilo es el artículo 26. El

⁶⁹ ACNUR, *Directrices sobre la detención*, Directriz 3

⁷⁰ Ver, por ejemplo, *A y otros contra el Secretario de Estado para Asuntos Internos* [2004] UKHL 56 (caso de los ‘detenidos en Belmarsh’).

⁷¹ Un creciente número de países están recurriendo a la detención de solicitantes de asilo durante las etapas iniciales de los procedimientos de asilo por razones de conveniencia (por ejemplo, los procedimientos de detención por vía rápida del Reino Unido, Austria, Hungría, Eslovaquia y otros), que no serían lícitos *per se* y, como todas las otras formas de detención, tendrían que justificarse. La conveniencia administrativa podría justificar un período inicial de detención de hasta 7 días, pero no debe ser automático y debe ser indicado en cada caso: ver más adelante el debate sobre *Saadi contra el Reino Unido*.

⁷² ExCom, Conclusión No. 44, párr. c. Ver, además, Resumen de las Conclusiones sobre el artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, Revisado, Mesa Redonda Expertos, Ginebra, 8-9 de noviembre de 2001, disponible en inglés en:

<http://www.safecom.org.au/pdfs/roundtable-summaries.pdf>

⁷³ Comentado *supra*.

⁷⁴ Conclusión No. 85 (XLIX), 1998, sobre la protección internacional.

⁷⁵ Ver, Goodwin-Gill, ‘Artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951’, p. 230.

artículo 26 de la Convención de 1951 (y una disposición idéntica en el artículo 26 de la Convención sobre apatridia de 1954) establece lo siguiente:

Todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio el derecho de escoger el lugar de su residencia en tal territorio y de viajar libremente por él, siempre que observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general.

Hay dos limitaciones a la aplicación de esta disposición. La primera es que sólo se aplica a los refugiados que están ‘legalmente en el territorio’ y en segundo lugar, el criterio es que las restricciones se aplican ‘en las mismas circunstancias a los extranjeros en general’, (el criterio más bajo contenido en las dos convenciones).

1.2.1 ‘Legalmente en’ el territorio

Los derechos contemplados en la Convención de 1951 se estructuran a través de un sistema de ‘gradaciones de tratamiento’, basado en nociones como ‘presencia física’, ‘presencia legal’, ‘estancia legal’ y ‘estancia habitual’.⁷⁶ El artículo 26 corresponde a la segunda de ellas: la presencia legal. El mismo criterio ‘presencia legal’ (o ‘legalmente en’) se aplica al artículo 12 del PIDCP (discutido *infra*), así como a las protecciones contra la expulsión de artículo 13 (1) del PIDCP y el artículo 32 de la Convención de 1951. Si bien es evidente que los refugiados reconocidos están cobijados por estas disposiciones, se reivindica el derecho de los solicitantes de asilo de beneficiarse de estas protecciones, de lo contrario la protección perdería su sentido. Como opina Hathaway, no puede concluirse razonablemente que los solicitantes de asilo que presenten una solicitud para el reconocimiento de la condición de refugiado no estén ‘presentes legalmente’.⁷⁷ Esto está parcialmente racionalizado por la ausencia de cualquier obligación de verificar el estatus, lo que ‘permitiría a los Estados negar indefinidamente a los refugiados sus derechos de la Convención simplemente por negarse a verificar su estatus.’⁷⁸ El ACNUR también ha adoptado este enfoque, afirmando que ‘... una vez que las formalidades de la legislación nacional para el acceso a los procedimientos de determinación se hayan cumplido, el estatus se regularizará si se cumplen los demás criterios del art. 31 y el art. 26 establece la posición.’⁷⁹

Un enfoque alternativo adoptado con respecto a si los solicitantes de asilo están ‘legalmente en’ el territorio, a efectos de estas disposiciones, aún alcanzando los mismos

⁷⁶ Goodwin-Gill distingue las cuatro categorías así: la simple presencia, presencia legal, residencia legal y residencia habitual: G. Goodwin-Gill y J. McAdam, *Los refugiados en el derecho internacional* (2ª ed.) (Oxford: Oxford University Press, 1996), p 305-307.

⁷⁷ Hathaway, *Los derechos de los refugiados en el derecho internacional*, Cap. 3.1.2.

⁷⁸ Hathaway, *Ibid.* Ver también, A. Edwards, ‘Derechos Humanos, refugiados y el derecho a ‘disfrutar’ del asilo’ (2005) 17 *International Journal of Refugee Law* 297-330.

⁷⁹ *Saadi contra el Reino Unido*, Alegatos escritos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *supra*, párr. 27.

resultados, es el de Marx. Él destaca cómo se ha aplicado el término ‘legalmente en’ en algunos casos relacionados con el artículo 12 del PIDCP (y otros instrumentos de derechos humanos) y el artículo 26 de la Convención de 1951. En particular, sostiene que se debe considerar que un refugiado (y las personas que solicitan el reconocimiento de la condición de refugiado) está legalmente en el territorio tan pronto como *esté presente en* el territorio, a diferencia de otros migrantes que pueden tener requisitos adicionales impuestos a su derecho de entrada o de estancia. Marx sostiene que ‘el término ‘legalmente en el territorio’ según el derecho de refugiados no puede considerarse simplemente como una cuestión de derecho interno, sino que su significado ordinario se deriva del objeto y propósito de la Convención de 1951.’⁸⁰

Cabe destacar que el criterio aplicable al artículo 26 (y también al artículo 12 del PIDCP) no es tan alto como el de ‘estancia legal’, que se aplica a otras disposiciones de la Convención de 1951 y/o la Convención de 1954 sobre apatridia. Esto concuerda con la decisión del Comité de Derechos Humanos (CDH) de la ONU en *Celepli contra Suecia*, en la cual se considera que una persona sujeta a una orden de deportación, pero quien no puede ser expulsada, está ‘legalmente en el territorio de Suecia’ en el sentido del artículo 12.⁸¹

El criterio de ‘legalmente en’ en el artículo 26 de la Convención de 1951 corresponde a aquel en el artículo 12 del PIDCP que rigen la libertad de circulación, el cual se discute a continuación. De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos:

La cuestión de si un extranjero se encuentra ‘legalmente’ dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, *siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado.*⁸²

El Comité de Derechos Humanos ha sostenido que ‘un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12’.⁸³ A la luz de este punto de vista, los refugiados reconocidos estarían legalmente en el territorio a efectos del artículo 12. Esto sucedería independientemente del procedimiento aplicado para la determinación

⁸⁰ R. Marx, ‘El artículo 26 (Derecho de circulación)’, en Zimmermann (ed.), *Comentario sobre la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951*, (Oxford University Press, 2011), 1147, párr. 49.

⁸¹ *Celepli contra Suecia*, párr. 9.2. Celepli era un ciudadano turco de origen kurdo que estaba sujeto a una orden de deportación por motivo de su presunta implicación en actividades terroristas. La orden de deportación no fue aplicada porque se creía que él (y sus presuntos compañeros) estarían expuestos a persecución política en Turquía si retornaban. Suecia les otorgó permiso para quedarse, equiparado a ‘legalmente en’ para los propósitos del artículo 12. Suecia justificó las restricciones a la circulación por motivos de seguridad nacional en virtud del artículo 12 (3), lo que fue aceptado por el CDH.

⁸² Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 27: Libertad de circulación, Doc. ONU. CCPR/C/21/Recontra1/Add.9, 2 de noviembre de 1999, párr. 4 (énfasis agregado).

⁸³ *Ibid.*, párr. 4.

de la condición, es decir, ya sea reconocimiento individual, colectivo o *prima facie*.⁸⁴ Los solicitantes de asilo registrados también estarían ‘legalmente en el territorio’ en virtud de esta interpretación.⁸⁵ Cualquier período en el cual alguien aún no esté legalmente en el territorio será amparado por el artículo 9 del PIDCP, (ver *infra*).

1.2.2. Criterio de tratamiento: ‘extranjeros en general’

Muchos estados manejan distinciones legales entre quienes están ‘en el territorio’ y quienes se considera que aún no han entrado (es decir, que se encuentren ilegalmente en el territorio). Estas distinciones también son aplicadas en los regímenes de detención migratoria.⁸⁶ A pesar de estas distinciones legales, las garantías de derechos humanos

⁸⁴ Ver. *Karker contra Francia*, CDH Com. No. 833/1998, 26 de octubre de 2000, en la cual se consideró que el artículo 12 se aplicaba automáticamente por la condición de refugiado reconocido. Karker era un refugiado tunecino reconocido en Francia, quien fue sometido a una orden de expulsión a causa de la sospecha de su apoyo activo a ‘organizaciones terroristas’ (términos de la comunicación) que utilizaba métodos violentos. La orden de expulsión no pudo llevarse a cabo por su condición de refugiado, de manera que no pudo ser devuelto a Túnez. Karker estaba obligado a vivir en una determinada localidad francesa y fue trasladado en forma intermitente. También estaba obligado a notificarse a la policía todos los días. El CDH no halló violación del artículo 12 del PIDCP por razones de seguridad nacional. El CDH consideró que él estaba legalmente en Francia debido a su condición de refugiado. El Comité consideró que es inadmisibile *ratione materiae* la denuncia presentada en virtud del artículo 9 del Pacto, ‘puesto que las medidas de que es objeto el Sr. Karker no equivalen a una privación de libertad tal como se contempla en el artículo 9 del Pacto.’ La zona en la cual estaba confinado era ‘una zona relativamente amplia’ y era libre de moverse dentro de esa comunidad (párr. 9.2). El Estado Parte declaró que Karker podría obtener autorización para salir de la zona. La comunicación no se refiere específicamente a la cuestión de los requisitos de personarse diariamente y si, solos o en combinación, constituían una privación a la libertad en el marco del artículo 9, en lugar del artículo 12.

⁸⁵ Podría decirse que los solicitantes de asilo a quienes se les ha permitido entrar en el territorio y obligado a residir en una designada región en particular siguen estando ‘legalmente en el territorio’ incluso si no se atienen a los términos de esta designación. Una solicitud de asilo se refiere a un Estado en su conjunto, no a un determinado distrito administrativo. De qué manera tratan los Estados a los solicitantes de asilo que se niegan a permanecer en un lugar designado es una cuestión distinta. Cf., *Omwenyeke contra Alemania*, TEDH, Demanda No. 44294/04, 20 de noviembre de 2007, en la cual un extranjero fue admitido provisionalmente en un determinado distrito del territorio de un Estado, en espera de los procedimientos para determinar si tenía o no derecho a un permiso de residencia en virtud de las disposiciones pertinentes del derecho interno. Según el TEDH, él se permaneció ‘legalmente en’ Alemania en la medida que continuó cumpliendo las condiciones por las cuales su ingreso y estancia fueron autorizados: Ver, además, Marx, ‘El artículo 26 (Derecho de circulación)’. Se debe tener en cuenta que el artículo 12 del PIDCP y el artículo 26 de la Convención de 1951 [y Convención de 1954 sobre apatridia] no prohíben las restricciones a la libertad de movimiento, sin embargo, requieren de toda restricción sea justificada.

⁸⁶ Por ejemplo, en Bélgica, las personas que han entrado en el territorio ilegalmente no están sujetas a detención ya que Bélgica no tiene ningún motivo en virtud de la CEDH para detenerlos (porque ellos ya han efectuado una entrada ilegal); mientras que quienes intentan entrar ilegalmente por la frontera generalmente están sujetos a detención.

siguen siendo válidas.⁸⁷ Por lo tanto, una vez que una persona está ‘legalmente en’ un Estado conforme a lo anterior, las restricciones a la libertad de movimiento o de elección de residencia deben ser juzgadas de acuerdo con el criterio ‘extranjeros en general’. Todas las restricciones impuestas a ‘los extranjeros en general’ deben estar conformes con el derecho internacional. El artículo 12 (1) del PIDCP establece, por ejemplo, una lista exhaustiva de las justificaciones para el tratamiento diferencial en el artículo 12 (3).⁸⁸

De acuerdo con Hathaway (y actualizado por Marx), los redactores de la Convención de 1951 (y por analogía la Convención de 1954) fueron ‘firmemente comprometidos con la opinión de que una vez que se hallen legalmente en el territorio de un Estado Parte, los refugiados [y apátridas] debe estar sujetos únicamente a las restricciones que rigen la libertad de movimiento interno y residencia de otros extranjeros.’⁸⁹ Se imponían pocas restricciones a la libertad de circulación y elección de residencia a los ‘otros extranjeros’ en el momento de la redacción del artículo 26 (aquí se hace referencia a los trabajadores extranjeros, muchos de los cuales estaban presentes en el territorio antes y después de la guerra y de los correspondientes sistemas de inmigración laboral). Como mínimo, el artículo 26 garantiza que un Estado Contratante no imponga restricciones que sean aplicables sólo a los refugiados o los apátridas. En otras palabras, las restricciones especiales para refugiados y apátridas no están permitidas.⁹⁰

2. Apátridas

Los apátridas se benefician de los mismos derechos a la libertad y seguridad personales que los demás seres humanos, sin embargo, con frecuencia están en mayor riesgo de detención ilegal o arbitraria. Muchos apátridas *de jure* que moran en sus países de residencia habitual están en riesgo de detención arbitraria debido a la combinación factores: la falta de documentación o estatus legal y el racismo y la discriminación étnica. Muchos apátridas *de facto* que están fuera de su país de residencia habitual también están en riesgo de detención, sobre todo si no poseen documentos de identidad o de viaje y su estatus de nacionalidad o de residencia habitual anterior impide que se lleve a cabo su repatriación. Estas personas enfrentan particulares riesgos de detención indefinida.⁹¹ Ambos grupos están sujetos a las mismas garantías de derechos humanos descritas en este documento. Además, en virtud de la *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas*

⁸⁷ *Amuur contra Francia*.

⁸⁸ CDH, Observación general No. 27, art. 12: Libertad de circulación, Doc. ONU. A/55/40 Vol. I (2000), párr. 4.

⁸⁹ Hathaway, *Los derechos de los refugiados en el derecho internacional*, p. 705; afirmado nuevamente en Marx, ‘El artículo 26 (Derecho de circulación)’.

⁹⁰ Marx, *Ibid.*

⁹¹ Ver, por ejemplo, *Al-Nashif contra Bulgaria*, TEDH, Demanda No. 50963/99, 20 de junio de 2002: el solicitante fera un apátrida de origen palestino.

de 1954, deben llevarse a cabo procedimientos prontos y eficientes de determinación del estatuto.⁹²

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU (CEDR) ha declarado que se debe '[g]arantizar la seguridad de los no ciudadanos, en particular por lo que respecta a la detención arbitraria.'⁹³ Las *Directrices sobre la detención* del ACNUR precisan además que '[s]er apátrida y por lo tanto no tener un país a quien se le pueda solicitar la emisión de un documento de viaje, no debe conducir a la detención indefinida. La apatridia no puede ser obstáculo a la libertad.'⁹⁴ Además, solicita a los Estados:

... realizar todos los esfuerzos necesarios para resolver estos casos sin demora, incluso a través de gestiones prácticas para identificar y confirmar la nacionalidad de estos individuos, para determinar a qué Estado se los podría devolver o acordar su readmisión, a través de negociaciones con el país de residencia habitual.⁹⁵

El artículo 26 de la Convención sobre apatridia de 1954 (sobre la libertad de circulación) también es relevante, y es idéntico al de la misma disposición en la Convención de 1951, mencionado anteriormente. Si los apátridas viven en su lugar de residencia habitual aunque no tienen la nacionalidad de ese país, el artículo 26 confiere a aquellos que se encuentran legalmente en el territorio su libertad de circulación y residencia. Debido a la particular situación de los apátridas (quienes no tienen ningún otro país donde puedan regularizar su situación), se debe considerar que están 'legalmente en' los países donde residen habitualmente. Afirmar lo contrario sería permitir restricciones a la circulación de estas personas únicamente porque carecen de nacionalidad, y esto equivaldría a una doble sanción. Si un apátrida está fuera de su país de residencia habitual y se ha registrado ante las autoridades, incluso con el propósito de la determinación del estatuto, los mismos argumentos que se han aplicado anteriormente para los solicitantes de asilo se aplicarían a los presuntos apátridas.

Sin embargo, no existe una disposición equivalente al artículo 31 de la Convención de 1951 respecto de los apátridas. Los 'apatridas refugiados, sin embargo, deberían obtener el beneficio del artículo 31. Al igual que la Convención de 1951, no deben aplicarse medidas excepcionales de detención contra un apátrida exclusivamente a causa de la apatridia o de la nacionalidad anterior;⁹⁶ y, además, las medidas provisionales adoptadas

⁹² Ver, asimismo, el artículo 11 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961. Ver, además, Resumen de las conclusiones: Procedimientos para la determinación de la apatridia y el estatuto de apátrida, Reunión de expertos convocada por el ACNUR y Open Society Institute, Ginebra, 6-7 de diciembre de 2010, disponible en inglés en:

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4d9022762.pdf>.

⁹³ CEDR, Observación general No. 30: Discriminación contra los no ciudadanos, 1 de octubre de 2004, párr. 19.

⁹⁴ ACNUR, *Directrices sobre detención*, Directriz 9.

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ Artículo 8 de la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas.

por razones de seguridad nacional sólo puede continuar hasta que sea determinado el estatuto de apátrida del individuo y dichas medidas deben ser necesarias para cada caso en particular.⁹⁷

3. Derecho a la libertad y seguridad personales en el derecho internacional

El derecho a la libertad y seguridad personales es un derecho humano fundamental y un elemento esencial de los sistemas jurídicos que aplican el estado de derecho.⁹⁸ Al igual que todos los derechos humanos, en principio, se aplica a todos los seres humanos, independientemente de la condición migratoria o de otro tipo.⁹⁹ El derecho se encuentra en dos disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH): ‘Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona’ (artículo 3) y ‘Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado’ (artículo 9). Estos fueron posteriormente transferidos al artículo 9 del PIDCP, que garantiza la libertad y la seguridad de la persona y prohíbe la privación arbitraria de tal libertad. El artículo 12 del mismo instrumento, que aborda las restricciones a la libertad de circulación y la elección de residencia de quienes se encuentran legalmente en el territorio, también es aplicable, y se examinará más adelante.

No es relevante *donde* se lleva a cabo la privación de la libertad (por ejemplo, en islas¹⁰⁰ o barcos¹⁰¹) ni *si* es calificada como detención (como se explicó anteriormente).

⁹⁷ Artículo 9 de la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas.

⁹⁸ Ver, Bingham, *El Estado de Derecho*, en referencia a una serie de fundamentos históricos de hábeas corpus: ‘El recurso de hábeas corpus es ahora el remedio más habitual por el que se restablece un hombre nuevo para su libertad, si ha estado en contra de la ley privados de ella. ‘(por el asunto de Bushell (1670), Vaughan CJ a 135, 136). Corte Suprema de los EE.UU. también ha reconocido reiteradamente el principio de que ‘[I] a libertad de la restricción física siempre ha estado en el centro de la libertad protegida por la Cláusula del Debido Proceso de la acción arbitraria del gobierno. ‘(Por Foucha contra Louisiana, 504 EE.UU. 71, p. 80 (1992)).

⁹⁹ CDH, Observación general No. 18: La no discriminación, 11 de octubre de 1989, párr. 1: CDH, Observación general No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, párr. 1. 1986

¹⁰⁰ Ver, por ejemplo, *Guzzardi contra Italia*. Ver, también, el litigio en torno a las garantías de hábeas corpus en la Bahía de Guantánamo en relación con los extranjeros sospechosos de terrorismo detenidos allí, discutido *infra*. De hecho, el uso de las islas como un medio de detención tiene una larga historia. La impugnación contra el Conde de Clarendon se debió al ejercicio ilegal del poder ejecutivo por su práctica de enviar prisioneros a partes alejadas de lo que entonces era el Reino Unido (‘a islas, guarniciones y otros lugares’) por la sencilla razón de que en esos lugares no se aplicaba el recurso de hábeas corpus (Ver, *Clarendon* (1668) 6 St Tr 291, en 291, 330, 296, en referencia en Bingham, *El estado de derecho*, p. 22). La práctica de Clarendon no es ajena a las actuales estrategias de algunos gobiernos que envían a los solicitantes de asilo y otros migrantes a otros países, incluso a naciones insulares, donde las leyes del Estado que los envía no se aplican y, por lo tanto, pueden ser privados de su derecho de habeas corpus, si este no hace parte del marco legal del país receptor.

¹⁰¹ Ver, por ejemplo, *Medvedyev contra Francia*, TEDH, Demanda No. 3394/03, 29 de marzo de 2010, que se ocupó de la interceptación realizada por franceses a un buque camboyano en aguas internacionales por considerarse presuntos traficantes de drogas y la posterior detención de su tripulación durante 13 días bajo la cubierta y el control de su ruta. Se sostuvo que esto equivalía a la privación de la libertad por violación del artículo 5, CEDH. Los franceses no tenían ‘motivos legales

3.1 Derecho a la libertad y seguridad personales en el artículo 9 del PIDCP

Artículo 9 (1) establece:

Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

El artículo 9 enuncia el principio general de libertad y seguridad de la persona. El artículo 9 se aplica a todas las privaciones de la libertad, incluyendo la detención a efectos de control migratorio.¹⁰² Toda privación de la libertad debe por lo tanto estar acorde con los términos establecidos en el artículo 9, desarrollado por la jurisprudencia de derechos humanos pertinente. El artículo 9 no prohíbe la detención migratoria, ni plantea que el derecho a la libertad y la seguridad personales sea absoluto,¹⁰³ sino que es una garantía sustantiva contra la detención *arbitraria e ilegal*. La siguiente sección detalla los cinco criterios que determinan si la privación de la libertad es ilícita y/o arbitraria en materia de derecho internacional. Las garantías procesales incluidas en los apartados (2), (4) y (5) se abordan por separado más adelante. Disposiciones similares se encuentran en otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos.¹⁰⁴

claramente definidos y predecibles' para detenerlos de esta manera. Ver, también, *J.H.A. contra España*, Comité contra la Tortura (CAT) de la ONU Com. No. 323/2007, 21 de noviembre de 2008, en la cual el CcT señaló que España había ejercido el control sobre los migrantes desde el momento de su rescate y durante su detención en Mauritania. Cf. *Ruddock contra Vadarlis*, [2001] FCA 1329, una sentencia del Tribunal Superior de Australia que no aceptó que el recurso de hábeas corpus se aplicara a 433 solicitantes de asilo que habían sido rescatados por el buque de contenedores de Noruega, el MV Tampa, ya que las acciones del gobierno australiano en el envío de tropas para tomar el control de la nave y sus pasajeros y la negativa a su desembarco fueron 'incidentales' a la prevención del arribo de los solicitantes de asilo rescatados al territorio de Australia (ver, sin embargo, el voto disidente del Presidente del Tribunal Superior, el juez Black, párr. 69 y 80).

¹⁰² CDH, Observación general No. 8 (1982) sobre el artículo 9 (Derecho a la libertad y a la seguridad personales), Doc. ONU. HRI/GEN/1/Recontra7, párr. 1.

¹⁰³ El artículo 9 puede ser derogado con motivo de emergencia pública en la medida 'estrictamente limitada a las exigencias de la situación' y 'siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna...' (artículo 4, PIDCP). Las medidas adoptadas en virtud de una derogación siguen siendo objeto de las evaluaciones necesarias (incluyendo las cuestiones de proporcionalidad) y cesan tan pronto como el estado de emergencia deje de existir. Ver, el caso de los '*detenidos en Belmarsh*', en el que la Cámara de los Lores del Reino Unido aceptó que la situación de terrorismo en ese momento era una base aceptable para la derogación, pero que la detención indefinida de extranjeros alegando que eran sospechosos de terrorismo, quienes no podían ser devueltos a sus países de nacionalidad debido a las amenazas de tortura, era desproporcionada y discriminatoria y, por lo tanto, violaba los artículos 5 y 14 del CEDH. En *A. contra Australia*, CDH, Com. No. 560/1993, 3 de abril de 1997, el CDH no encontró base alguna para la afirmación de que exista una norma de derecho internacional consuetudinario que prohíba detener a los solicitantes de asilo. (párrafo. 9.3).

¹⁰⁴ Artículo 16 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CDTM), artículo 37, Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Sobre instrumentos regionales, ver más adelante.

3.1.1 La detención debe ser acorde con la ley y autorizada por ella

En primer lugar, cualquier detención o privación debe cumplir con la ley y ser autorizada por esta. Toda privación de la libertad que no cumple con la legislación nacional es ilegal (a nivel del derecho nacional e internacional) y, por tanto, viola el artículo 9 (1). Por otra parte, la legislación interna que permite el uso de la detención, pero que no está en conformidad con las normas internacionales de derechos humanos también violaría el artículo 9 (1). Por ejemplo, la detención obligatoria de solicitantes de asilo ha sido considerada ilegal *per se* en materia de derecho internacional,¹⁰⁵ independientemente de la existencia de legislación nacional que autorice esa práctica.¹⁰⁶

La predictibilidad y la previsibilidad de la ley y las consecuencias jurídicas de las acciones particulares también proporcionan información que lleva a concluir cuando la detención es considerada ilegal. La ley que permite la detención no puede, por ejemplo, tener efecto retroactivo.¹⁰⁷ A diferencia del artículo 5 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH) (examinado en una sección posterior), el artículo 9 no proporciona una lista exhaustiva de los motivos por los cuales la detención puede ser invocada por los Estados (a veces referido como ‘poder para detener’); sino que prohíbe toda forma ilegal y arbitraria de detención.¹⁰⁸ El nivel de ‘legalidad’ exige que toda ley sea ‘lo suficientemente precisa para permitir que el ciudadano [u otra persona sujeta a tales medidas], si fuera necesario con el asesoramiento adecuado, prevea en un grado razonable dadas las circunstancias, las consecuencias que una determinada acción podría conllevar.’¹⁰⁹ Es decir, debe existir un grado de seguridad jurídica.¹¹⁰ Esto también es necesario en cualquier sistema legal operativo que se base en el estado de derecho.

¹⁰⁵ *A. contra Australia; C contra Australia*, Com, CDH, No. 900/2000, 13 de noviembre de 2002. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria también ha declarado que la detención obligatoria es arbitraria en el contexto de la deportación, ya que es una respuesta desproporcionada: GTDA, los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención, Doc. ONU. E/CN.4/2000/4 (1999), Anexo 2

¹⁰⁶ Ver, la decisión de Australia en *Al-Kateb contra Godwin*, [2004] HCA 37, en la que el Tribunal Supremo de Australia sostuvo que la sección 189 de la *Ley de Migración 1958* (Cth), que requiere la detención obligatoria e inapelable hasta que el individuo obtenga el estatuto de refugiado o sea expulsado, no era inconstitucional.

¹⁰⁷ *Amuur contra Francia*, párr. 53.

¹⁰⁸ Ver las discusiones del 3º Comité de la Asamblea General de la ONU, Doc. ONU. A/4045, párr. 43ff, en M.J. Bossuyt, *Guía para los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, (Boston: M. Nijhoff, 1987), p. 199.

¹⁰⁹ *H.L. contra el Reino Unido*, TEDH, Demanda No. 45508/99, 5 de octubre de 2004, párr. 114. Ver, también, *Dougoz contra Grecia*, TEDH, Demanda No. 40907/98, 6 de marzo de 2001: la ley debe ser lo ‘suficientemente accesible y precisa, con el fin de evitar cualquier riesgo de arbitrariedad’ (párr. 55).

¹¹⁰ *Bozano contra Francia*, TEDH, Demanda No. 9990/82, 18 de diciembre de 1986, párr. 54. Ver, también, *Shum Kwok-sheer contra Hong Kong SAR* [2002] 5 HKCFAR 318 y ‘A’ *contra Director de Inmigración* [2008] HKCU 1109, 18 de julio de 2008 (HK Tribunal de Apelación), que encontró que el artículo 5 de la Carta de Derechos de Hong Kong exige la seguridad jurídica y la accesibilidad en relación con la detención. Se encontró una violación tanto a la seguridad jurídica como a la

Esto requeriría, por ejemplo, que si se libera a una persona bajo fianza o bajo palabra, ella sea consciente de las consecuencias de la no comparecencia, incluyendo la posibilidad de volver a ser detenida.¹¹¹ También se podría exigir que los motivos para la detención sean provistos expresamente por la legislación¹¹² junto con la esfera de factores que deben tenerse en cuenta en la evaluación de si la detención es necesaria, proporcionada y razonable (ver más adelante). Este último requisito corresponde al artículo 9 (2) (razones de la detención) (ver más adelante), aunque también se relaciona de manera más amplia al argumento de que los motivos por los cuales se autoriza la detención deben estar establecidos en la legislación nacional, o sean transparentes en cualquier otro modo. Por otra parte, las garantías insuficientes en la legislación que protege contra la detención arbitraria, como los períodos ilimitados de detención o la negación al acceso a un recurso efectivo para impugnarla, pondrían en entredicho la validez jurídica de la detención.¹¹³ Cuando una disposición legal es ambigua o poco clara, se requiere una interpretación restrictiva de esta disposición, debido a la naturaleza fundamental del derecho a la libertad.¹¹⁴

3.1.2 La detención no debe ser arbitraria

El segundo criterio del artículo 9 es que toda privación de la libertad no debe ser arbitraria. Este criterio involucra necesariamente los conceptos de razonabilidad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación. El CDH ha aclarado que:

accesibilidad porque no existía una declaración política que explicara cómo se había ejercido el poder de detención. A pesar de que el gobierno de Hong Kong adoptó dos documentos, un caso posterior encontró que dos notificaciones y otros dos documentos también fueron inadecuados: ver, *Hashimi Habib Halim contra Director de Inmigración* [2008] HKCU 1576 (HK Tribunal de Primera Instancia).

¹¹¹ Hubo fuertes críticas de las ONG de los Estados Unidos, por ejemplo, cuando se puso en libertad a numerosos detenidos que no fueron informados de la obligación de notificarse con el fin de dar espacio a nuevos detenidos. El resultado previsible fue un alto índice de fuga. Ver: Servicio Luterano de Inmigración y Refugiados, 'Programas de alternativas a la detención: Una Perspectiva Internacional' (Baltimore: LIRS, 2009).

¹¹² Esta es la recomendación del GTDA, ver *infra* en la sección 5, Garantías procesales. Ver, además, *Procurador General contra el Consejo de Refugiados de Nueva Zelanda Inc.* [2003] 2 NZLR 577 (Nueva Zelanda), párr. 259, en el que Justice Baragwanath sostuvo que: 'La palabra 'necesario' según mi punto de vista limita tanto el alcance de las restricciones impuestas como las razones de tales restricciones.'

¹¹³ *Massoud contra Malta*, TEDH, Demanda No. 24340/08, 27 de julio de 2010.

¹¹⁴ Ver, por ejemplo, el juez Dukada en *Hooman Hassani y Hassani Hootan contra el Ministro del Interior y otros dos* (10/01187) [2010] SGHC (5 de febrero de 2010) (Tribunal Superior del Sur de Gauteng (Johannesburgo)), en la que afirma que el 'error en la sentencia [Akwen] es que el tribunal ignoró su obligación de dar una interpretación restrictiva de la subsección, ya que esta interfiere con la libertad de un individuo' (párrafo 27). Cfr. *Akwen contra el Ministro del Interior* (46875/07) [2007] TPD (Tribunal Superior de Sudáfrica (Provincia de Transvaal, Pretoria)). Ver, también, sentencia de *AS y otros ocho contra el Ministro del Interior y otros tres* (2010/101) [2010] SGHC (12 de febrero de 2010) (Tribunal Supremo del Sur Gauteng (Johannesburgo)): los tribunales deben 'optar por una interpretación de [las disposiciones legales] que evite la severidad y la injusticia [y no interfiera con los derechos elementales]' (p. 11).

‘...no se debe equiparar el concepto de ‘arbitrariedad’ [solo] con el de ‘contrario a la ley’, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las ‘garantías procesales’. Lo significa que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no sólo lícita sino además *razonable en toda circunstancia*. La prisión preventiva debe además *ser necesaria en toda circunstancia*, por ejemplo, para impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito.¹¹⁵

... el elemento de proporcionalidad es muy importante en este contexto...¹¹⁶

a) Razonabilidad, necesidad y proporcionalidad

Según el ACNUR, la detención de solicitantes de asilo y refugiados debe ser una medida de último recurso.¹¹⁷ Esto no es simplemente una declaración política, sino que se basa en el principio jurídico de que la detención debe ser *necesaria en todas las circunstancias* evaluadas de acuerdo con los hechos del caso concreto en cuestión. Una evaluación individual es necesaria para garantizar que encarcelar a un individuo es necesario en cada caso y momento, invocando a su vez la cuestión de la proporcionalidad. Esta posición también se basa en los principios generales del derecho internacional que establecen que la solicitud de asilo no es un acto ilegal y que los refugiados no deben ser penalizados por su entrada o presencia ilegal, como se describió anteriormente. Además, incluso en el contexto de la migración irregular, existe la opinión general de que los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal cuando optan por viajar ilegalmente recurriendo a traficantes.¹¹⁸ Ya que solicitar asilo es un derecho humano, es inherente que las restricciones a la libertad impuestas a las personas que ejercen este derecho están cuidadosamente circunscriptas. Como ya se señaló, si bien los Estados tienen el derecho de controlar la entrada y presencia de las personas en su territorio, esa discreción está limitada por las garantías de derechos humanos. Para los gobiernos que utilizan la detención para regular la migración, la omisión de sistematizar un estándar de evaluación de la necesidad de detención en el caso de cada individuo, socava este arraigado principio jurídico.

¹¹⁵ *Van Alphen contra los Países Bajos*, Com. CDH, No. 305/1988, 23 de julio de 1990, párr. 5.8.

¹¹⁶ *A. contra Australia*, párr. 9.2.-9.4.

¹¹⁷ ACNUR, *Directrices sobre detención*, párr. 3 (notar que están en el proceso de actualización). Ver también p. 4 de las mismas directrices: ‘Al evaluar si la detención de solicitantes de asilo es necesaria, se debería tener en cuenta si es razonable hacerlo y si la medida es proporcional con los objetivos a lograr.’

¹¹⁸ Artículo 5, Protocolo contra el tráfico ilícito migratoria por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Protocolo sobre tráfico).

Al evaluar si la detención es necesaria y razonable en todas las circunstancias, se aplica la norma de la proporcionalidad.¹¹⁹ El principio general de proporcionalidad exige que se debe encontrar un equilibrio entre la importancia en una sociedad democrática de garantizar el inmediato cumplimiento de la obligación en cuestión y los objetivos de política pública de limitar o negar el derecho en cuestión.¹²⁰ En esencia, un gobierno no debe tomar ninguna acción que exceda lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido. Esto requiere un enfoque conservador de las restricciones a la libertad. La detención obligatoria y las presunciones a favor de la detención han sido consideradas ilegales sobre esta base.¹²¹ Como ya se ha aclarado, también es ilegal detener a una persona por la única razón de ser solicitante de asilo.¹²² Un estudio realizado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA-UE) ha encontrado que (al menos) en casi la mitad de los Estados miembros, la proporcionalidad es un factor que debe ser sopesado por los órganos administrativos y judiciales para equilibrar los intereses estatales con el derecho del individuo a la libertad y a la seguridad personales.¹²³

En el contexto del retorno, por ejemplo, se ha considerado desproporcionado dejar a alguien detenido cuando no existe una perspectiva de expulsión ‘real y tangible’¹²⁴ o ‘razonablemente previsible’¹²⁵. La imposibilidad de devolver a un individuo puede deberse a cualquier motivo, como la apatridia,¹²⁶ el riesgo de tortura¹²⁷ o porque el individuo o el país de origen se niegan a cooperar con el retorno.¹²⁸ Por lo tanto, también puede ser desproporcionado continuar la detención de un individuo cuando no existe una segura para volver a su lugar de origen, o porque carece de la documentación necesaria para retornar.¹²⁹ Si detención basada en la falta de documentación se considera una respuesta desproporcionada en el contexto de retorno, sería igualmente desproporcionado continuar deteniendo a alguien en la misma situación quien, además, está solicitando asilo, a menos que este no coopere o demuestre mala fe (ver la siguiente sección). Este

¹¹⁹ *A. contra Australia*, párr. 9.2.

¹²⁰ *Vasileva contra Dinamarca*, TEDH, Demanda No. 52792/99 (25 de septiembre de 2003), párr. 37. Por supuesto, los argumentos de proporcionalidad no son relevantes para los derechos absolutos, como la tortura.

¹²¹ Ver, por ejemplo, *A contra Australia*, *C contra Australia*; *N (Kenia) contra el Secretario de Estado para Asuntos Internos* y *Ulde contra el Ministro del Interior* (discutido *supra*).

¹²² Artículo 31 de la Convención de 1951

¹²³ FRA-UE, *Detención de nacionales de terceros países en los procedimientos de retorno*, p. 18.

¹²⁴ Ver, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, 13° periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, Doc. ONU. A/HRC/13/30, 15 de enero de 2010, párr. 64.

¹²⁵ Términos utilizados en la sentencia del Tribunal Superior de Australia en *Al-Kateb*.

¹²⁶ Ver, GTDA, Opinión 45/2006, Doc. ONU. A/HRC/7/4/Add.1 párr. 10.

¹²⁷ Ver, por ejemplo, caso de los *detenidos en Belmarsh*: La detención indefinida se consideró desproporcionada y, por lo tanto, una violación del artículo 5 de la CEDH en el caso de nueve sospechosos de terrorismo, aunque sin dejar de reconocer que la derogación se debió a la ‘emergencia pública que amenazaba la vida de la nación’.

¹²⁸ Ver, por ejemplo, *Mikolenko contra Estonia*, TEDH, Demanda No. 10664/05, 8 de enero de 2010

¹²⁹ *La Reina sobre la solicitud de Abdillahi Ahmed Abdi contra el Secretario de Estado para Asuntos Internos* [2010] EWHC 808, *R. (Khadir) contra el Secretario de Estado para Asuntos Internos* [2005] UKHL 39, *Mohamad Aziz Ibrahim y Aran Omer contra el Secretario de Estado para Asuntos Internos* [2010] EWHC 746.

tipo de situaciones técnicamente equivalen a la detención indefinida, que es ilegal *per se*. Con el fin de cumplir con el criterio de proporcionalidad, los Estados deben recurrir a medios alternativos para lograr sus objetivos distintos de la detención (ver más adelante).

Algunos gobiernos han desarrollado varias ‘pruebas de equilibrio’ o listas de factores (evaluaciones de necesidades y riesgos) que pueden ser pertinentes para determinar si la detención sigue siendo proporcionada al objetivo legítimo en cuestión. Esto se discute en la sección 9 de la Parte C de este estudio.

b) Motivos para la detención migratoria

Como se señaló anteriormente, el PIDCP no contiene una lista exhaustiva de los motivos aceptados para la detención. Por el contrario, todas y cada una de las detenciones debe ser justificada y evaluada en sus propios méritos. Sin embargo, el CDH ha declarado que aceptó razones para la detención que incluían el riesgo de fuga y la falta de cooperación.¹³⁰ No obstante, el CDH aclaró que ‘sin tales factores la detención puede ser considerada arbitraria, incluso si la entrada fue ilegal.’¹³¹ En otras palabras, la entrada ilegal no da al Estado un poder automático de detención en virtud del artículo 9 sin la existencia de factores adicionales que presagien que la detención es necesaria en el caso individual. Como ya se ha indicado anteriormente, se ha argumentado que para evaluar adecuadamente la necesidad de detención, los propósitos legales deben ser explícitamente claros en la legislación nacional. En al menos una jurisdicción donde los motivos de detención sólo se incluyen en directrices políticas (y no en la legislación), se ha declarado que el hecho de no tener en cuenta esta directriz política puede dar lugar a un recurso de impugnación conforme al derecho administrativo.¹³²

La posición conforme al artículo 9 debe ser contrastada con la CEDH, que establece dos motivos exhaustivos para que el Estado ejerza la detención en el artículo 5 (1) (f) y que parece, a primera vista, no tener en cuenta la necesidad de la detención (se discute más adelante).

¹³⁰ *A. contra Australia*, párr. 9.4.

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² Ver, por ejemplo, *R. contra SSHD ex p. Khan* [1985] 1 All ER 40 (Reino Unido). Sin embargo, el incumplimiento de las Reglas del Centro de detención no redundará en que detención sea ilegal: ver, *SK (Zimbabue) v SSHD* [2008] EWCA Cicontra 1204 (Tribunal Supremo del Reino Unido). Para más información sobre el sistema de retorno y detención del Reino Unido, ver, A. Edwards, *Estudio temático de la legislación nacional sobre los derechos de los migrantes irregulares en los procedimientos de retorno voluntarios e involuntarios: Reino Unido* (Nottingham, Reino Unido, septiembre de 2009), preparado para la FRA-UE (documento inédito; en el archivo de la autora).

c) Duración y prórrogas de la detención

La proporcionalidad se aplica tanto en relación con la orden inicial de detención, como con su prórroga. La duración de la detención puede hacer que una decisión inicialmente legal se convierta en detención arbitraria. Como explica el CDH: ‘... la detención no debe prolongarse más allá del período en el cual el Estado pueda aportar una justificación adecuada.’¹³³ Por una parte, siete días para la autorización inicial del asilo parecen ser aceptables.¹³⁴ Por otro lado, la detención indefinida no lo es.¹³⁵ Ya que cada caso debe ser examinado por separado, y revisado periódicamente, no es posible identificar un período estándar aceptable de detención. De otra parte, los períodos máximos de detención deben ser formulados para crear garantías contra la arbitrariedad.

Sobre los períodos máximos, la UE ha indicado que 6 meses es el periodo máximo para personas detenidas en espera de expulsión (sujeto a dos motivos excepcionales de prórroga de hasta otros 12 meses). Este período de tiempo, sin embargo, ha sido ampliamente criticado,¹³⁶ en particular por la preponderancia de los Estados miembros de

¹³³ A. *contra Australia*, párr. 9.4. Ver, también, sentencia de Justice Meyer en *Kanyo Aruforse contra Ministro del Interior y otros dos* (2010/1189) [2010] SGHC (25 de enero de 2010) (Tribunal Superior del Sur de Gauteng (Johannesburgo)): ‘La persona detenida tiene el derecho absoluto de no ser privada de su libertad por un segundo más de lo necesario por un funcionario que no puede justificar su detención.’ (párr. 18).

¹³⁴ Ver, *Saadi contra Reino Unido*.

¹³⁵ Ver, A. *contra Australia*, párr. 9.2; *van Alphen contra los Países Bajos*, párr. 5.8; *Spakmo contra Noruega*, Com. CDH. No. 631/1995, 5 de noviembre de 1999, párr. 6.3; *Mukong contra Camerún*, Com. CDH. No. 458/1991, 21 de julio de 1994, párr. 9.8. Ver, también, *R. contra Alcaide de la prisión de Durham, ex p. Hardial Singh* [1984] 1 WLR 704, donde se declaró que la detención de extranjeros susceptibles de ser deportados debido a que no son beneficiosos para el interés público sólo puede ser llevada a cabo por un tiempo razonable y no de forma indefinida. Ver, también, *Hooman Hassani y Hootan Hassani* (10/01187) [2010] SGHC (5 de febrero de 2010) (Tribunal Superior del Sur de Gauteng (Johannesburgo)), en la que se declaró que permitir las extensiones continuas de detención por los funcionarios de inmigración no sería una interpretación razonable de la disposición legal en cuestión, que establece un límite inicial de 30 días que podrán ampliarse ‘durante un período adecuado que no exceda de 90 días calendario’, ya que esto podría dar lugar a la detención indefinida y por lo tanto hacer imposible que los tribunales protejan a los detenidos mediante la apelación. El límite máximo previsto era de 120 días. Ver, además, GTDA, Misión a Angola, A/HRC/7/4/Add.4 29 de febrero de 2008, párr. 97: ‘Se debe recordar que la detención migratoria ilegales debe ser la excepción y no la regla, y que la detención indefinida está claramente en violación de los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables que rigen la privación de la libertad’.

¹³⁶ Ver, por ejemplo, Posición del ACNUR sobre la Propuesta de la Directiva sobre procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, 16 de junio de 2008, disponible en:

www.acnur.org/biblioteca/pdf/6422.pdf; Consejo Europeo para los Refugiados y los Exiliados (ECRE) *Directiva del retorno: La UE no cumple con los Derechos Humanos*, Comunicado de Prensa, Bruselas, 18 de junio de 2008, disponible en inglés en:

www.ecre.org/files/ECRE%20press%20release%20Returns%20Dir.pdf. En junio de 2008, 17 Estados miembros de la UE tenían plazos máximos de detención previa a la expulsión igual o inferior a 18 meses, mientras que otros siete no tenían plazos máximos establecidos por ley: ECRE, *Directiva del retorno: La UE no cumple con los Derechos Humanos*.

la UE de imponer plazos mucho más cortos,¹³⁷ lo que por lo general no se refleja en la práctica estatal. En Francia, por ejemplo, el límite de detención en los centros de detención administrativa es de 32 días (hasta de 12 días desde 2003) y 20 días en zonas de espera.¹³⁸ La Corte Suprema de los EE.UU. dictaminó que el gobierno puede detener a los extranjeros sujetos a órdenes de expulsión definitiva, pero debe ponerlos en libertad después de seis meses si ‘no existe una significativa posibilidad de expulsión en un futuro razonablemente previsible.’¹³⁹ Actualmente también es un principio jurídico generalmente aceptado en los países de derecho consuetudinario que aún cuando una ley no imponga expresamente un límite máximo a la duración de la detención, no está menos sujeta a limitaciones y que el período de detención debe ser razonable.¹⁴⁰ Por otra parte, se ha afirmado en el marco de los procedimientos de deportación que el incumplimiento por parte de las autoridades de actuar con la debida diligencia en tales procedimientos hace que la resolución inicialmente legal se convierta en detención ilegal.¹⁴¹ Estos mismos argumentos sobre la ilegalidad son aplicables en relación con la falta de debida diligencia en los procedimientos de asilo, sobre todo si uno individuo es detenido mientras se llevan a cabo.

Si bien no existe un período máximo de detención migratoria aceptado universalmente, se ha alentado su determinación como una garantía contra la arbitrariedad. El GTDA, por ejemplo, ha declarado que: ‘Entre otras garantías cabe mencionar el hecho de que deba fijarse por ley un período máximo de detención y que, una vez transcurrido ese período, el detenido deba ser puesto automáticamente en libertad.’¹⁴² Sin plazos máximos, la detención puede ser prolongada y, en algunos casos, indefinida, especialmente para los apátridas o los solicitantes de asilo sin documentación cuya identidad no puede ser verificada o cuando los procedimientos de asilo se retrasan o, en el caso de otros inmigrantes, cuando su expulsión no puede llevarse a cabo por razones jurídicas o

¹³⁷ Según Blachier y Melander, dos tercios de los Estados miembros de la UE tienen periodos de detención significativamente inferiores al plazo de seis meses previsto en la Directiva del retorno de la UE: G. Blachier y I. Melander, *Union Européenne: les pays africains condamnent la ‘directive retour’*, Reuters, 10 de julio de 2008. En junio de 2008, 17 Estados miembros de la UE tenían plazos máximos de detención previa a la expulsión igual o inferior a 18 meses, mientras que otros siete no tenían plazos máximos establecidos por ley: ECRE, *Directiva del retorno: La UE no cumple con los Derechos Humanos*.

¹³⁸ Ver, E. Lambert Abdelgawad *et al.*, ‘La ley francesa sobre la detención y el retorno migratoria irregulares y la Directiva Europea’ (2010) 4 *European Human Rights Law Review* 384-395.

¹³⁹ *Zadydas contra Davis*, Corte Suprema de los EE.UU., 533 US 678 (2001), párr. 701.

¹⁴⁰ Ver, por ejemplo, *Sahin contra Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración)* [1995] 1 F.C. 214 (T.D.) (Corte Federal de Canadá) y *R contra Alcaide de la prisión de Durham, ex p. Singh* [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.), Woolf J.

¹⁴¹ Ver, por ejemplo, *Mikolenko contra Estonia*, TEDH, Demanda No. 10664/05, 8 de diciembre de 2009; *Massoud contra Malta*.

¹⁴² ONU, GTDA, Informe del 13º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, 18 de enero de 2010, párr. 61; ver, también, Principio 7, Doc. ONU. E/CN.4/2000/4, 28 de diciembre de 2009. Ver, también, *Massoud contra Malta*.

prácticas.¹⁴³ Como se ha señalado, es muy probable que la detención indefinida en tales circunstancias sea arbitraria.¹⁴⁴

d) Obligación de examinar medios menos invasivos para alcanzar el mismo objetivo

Los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad requieren igualmente que los Estados consideren que no existían otras maneras con las cuales hubieran podido lograr sus objetivos sin interferir con el derecho a la libertad y la seguridad personales. El CDH ha declarado que el artículo 9 del PIDCP exige a los Estados demostrar que ‘a la luz de las circunstancias particulares del autor, no existieron medios menos invasivos para alcanzar los mismos fines...’¹⁴⁵ Esta posición también es pertinente en el contexto del retorno ya que cuando la posibilidad de la deportación se considera inviable, existe la obligación del Estado de explorar medidas diferentes a la detención:

Quando las posibilidades de expulsión en un plazo razonable son remotas, se hace más acuciante la obligación del Gobierno de buscar alternativas a la prisión.¹⁴⁶

Muchos Estados han creado legislación sobre AD¹⁴⁷ o exigido que ‘sean consideradas la disponibilidad, efectividad e idoneidad de las alternativas a la detención.’¹⁴⁸ La UE en su Directiva del retorno, discutida más adelante, igualmente somete a sus leyes sobre detención a la consideración de ‘que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo...’¹⁴⁹ Estas prácticas y principios se ajustan al punto de partida de este análisis sobre la existencia de un derecho humano fundamental a la libertad y la seguridad personales, que sólo podrá interferirse en circunstancias justificadas y en la menor medida posible. El CDH se ha referido a diversas maneras de lograr el control migratorio, incluyendo las obligaciones de apersonarse, las garantías u otras condiciones que tengan en cuenta las circunstancias

¹⁴³ GTDA, Informe 2010, párr. 62.

¹⁴⁴ *Ibid.*, párr. 63. El GTDA indica que dicha detención podría ser arbitraria si la representación consular del país de origen no coopera o porque no hay ningún medio de transporte que permita el traslado o cuando la orden de expulsión no puede llevarse a cabo debido al principio de no devolución.

¹⁴⁵ *A. contra Australia*, párr. 8.2.

¹⁴⁶ GTDA, Opinión No. 45/2006, Doc. ONU. A/HRC/7/4/Add.1 16 de enero de 2008, párr. 25.

¹⁴⁷ La legislación de varios países prevé medidas sustitutivas de la detención administrativa, como la libertad bajo fianza, la libertad condicional, la detención domiciliaria, el régimen de semilibertad, el pago de una suma determinada como garantía, la supervisión policial, la prohibición de salida del país, la obligación de residir en una dirección determinada y de presentarse periódicamente ante las autoridades y el retiro del pasaporte: Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Informe del 54º periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, Doc. ONU. E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2003, párr. 39.

¹⁴⁸ Ver, por ejemplo, *Sahin contra Canadá*, como se cita en Junta de Inmigración y Refugiados de Canadá, Directriz 2, Directrices sobre detención, Ottawa, Canadá, 12 de marzo de 1998, p. 4.

¹⁴⁹ Artículo 15 (1), Directiva del retorno de la UE.

particulares de la persona en cuestión.¹⁵⁰ El ACNUR también ha enumerado diversas alternativas, incluyendo los informes periódicos o los requisitos de residencia, las garantías, avales o fianzas.¹⁵¹ Del mismo modo, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU alentó ‘a los Estados a adoptar medidas sustitutivas de la detención, como las que se enumeran en las directrices sobre los criterios y normas aplicables en relación con la detención de los solicitantes de asilo’.¹⁵² El GTDA también ha argumentado que ‘[a]ntes de recurrir a la detención deberían siempre examinarse otras medidas alternativas distintas de la detención, tales como la obligación de comparecer ante la policía’.¹⁵³ Esto se refleja también en su Garantía de 13.¹⁵⁴

Los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad requieren que los Estados consideren otras opciones antes de contemplar la detención, de lo contrario la evaluación individual del grado de justificación de la privación de libertad es sólo ficción. La dimensión y geografía de un Estado insular también se ha planteado como un factor para sugerir que deben existir otras medidas a disposición de los Estado diferentes a la detención para garantizar una eventual expulsión (discutido más adelante).¹⁵⁵ Asimismo, este caso sugiere que el mismo es aplicable para los solicitantes de asilo: Deben existir otras medidas a disposición de un Estado distintas de la detención a fin de procesar las solicitudes de asilo. El hecho de que muchos Estados no recurran a la detención en estos casos también confirma que, generalmente, es innecesaria para las personas con solicitudes de asilo pendientes.

En resumen, los Estados no pueden detener a las personas simplemente argumentando que no existen opciones alternativas disponibles. Esta sería una aplicación *male fides* de las obligaciones internacionales (ver más adelante) y estaría en conflicto con el derecho internacional de los tratados.¹⁵⁶ Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la libertad y la seguridad personales comporta obligaciones negativas y positivas que recaen en un Estado. En relación con las obligaciones positivas, si un Estado tiene la intención de utilizar la detención, debe asegurarse de que existen procedimientos de apelación vigentes, una opción para ordenar la puesta en libertad u otra forma de AD y que es de su interés hacerlo (ver Parte C). La mayoría de los Estados que no (o aún no) ofrecen AD

¹⁵⁰ *A contra Australia*, párr. 8.2.

¹⁵¹ Directriz 4, *Directrices sobre la detención* del ACNUR.

¹⁵² Subcomisión de Promoción y Protección de Derechos Humanos, Resolución 2000/21, *Detención de solicitantes de asilo*, E/CN.4/SUB.2/RES/2000/21, 18 de agosto de 2000, párr. 6.

¹⁵³ GTDA, Informe sobre la visita del Grupo de Trabajo al Reino Unido sobre la cuestión de los inmigrantes y solicitantes de asilo, Doc. ONU. E/CN.4/1999/63/Add.3, 18 de diciembre de 1998, párr. 33.

¹⁵⁴ GTDA, Opinión sobre la situación de los inmigrantes y solicitantes de asilo, Doc. ONU. E/CN.4/1999/63, párr. 69: ‘Posibilidad, para el extranjero, de beneficiarse de otras medidas diferentes de la retención administrativa.’

¹⁵⁵ *Massoud contra Malta*, discutido *infra*.

¹⁵⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, artículo 26. ‘*Pacta sunt servanda*’. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

tienen alternativas a la detención en el contexto penal, como la libertad condicional, que podrían aplicarse en el contexto de la migración, sujetas a algunas modificaciones y a procedimientos distintos. Otras opciones pueden necesitar ser desarrolladas específicamente dentro de los contextos de la migración y el asilo, adaptándose a las necesidades de los individuos y los objetivos del Estado. En caso de contemplar una restricción a la libertad de un individuo, especialmente en el contexto del asilo, el derecho a la libertad impone a los Estados la responsabilidad, en primer lugar, de poner a disposición una amplia gama de restricciones menores para que coincida con el riesgo en cuestión y las circunstancias particulares del individuo. Sin embargo, el GTDA, entre otros, ha advertido que cualquier alternativa desarrollada no debe ser una medida alternativa a la puesta en libertad.¹⁵⁷

e) No discriminación

El artículo 2 del PIDCP exige que los derechos contenidos en el tratado, incluidos los artículos 9 y 12, se puedan disfrutar por igual y sin discriminación. Por lo tanto, los Estados no pueden detener o restringir el movimiento de una persona sobre la base de factores como raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Esto se aplica incluso cuando existen derogaciones vigentes.¹⁵⁸ Del mismo modo, el derecho a la libertad de circulación contemplado en el artículo 26 de la Convención de 1951 y la Convención sobre apatridia de 1954 se aplicará sin discriminación.¹⁵⁹ De acuerdo con el CDH, ‘la norma general es que se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros’¹⁶⁰ [y que] ‘son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas.’¹⁶¹ El hecho de ser extranjero no otorga a un Estado el derecho de aplicar diferentes principios en relación con el artículo 9. El Comité de Derechos Humanos ha aclarado que ‘el disfrute de los derechos del Pacto no se restringe a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que debe también extenderse a todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su situación apátrida, como las personas en búsqueda de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y otras personas, que pueden encontrarse en el territorio o estar sometidos a la jurisdicción del Estado Parte.’¹⁶²

¹⁵⁷ GTDA, Informe del 13º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/13/30, 15 de enero de 2010, párr. 65.

¹⁵⁸ No caben excepciones basadas en motivos discriminatorios: artículo 4 de PIDCP. Una disposición similar se encuentra en el artículo 15 del CEDH.

¹⁵⁹ Artículo 3 de la Convención de 1951 y artículo 3 de la Convención sobre apatridia de 1954, complementados por la evolución del derecho internacional de los derechos humanos.

¹⁶⁰ CDH, Observación general No. 15 relativa a la situación de los extranjeros con arreglo al PIDCP, CCPR/C/21/Recontra1, 11 de abril de 1986, párr. 2.

¹⁶¹ *Ibid.*, párr. 1.

¹⁶² CDH, Observación general No. 31: Artículo 2: La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 21 de abril de 2004, CCPR/C/21/Recontra1/Add.13, párr. 10.

En un caso se concluyó que la aplicación de formas de detención indefinida a ‘extranjeros’ sospechosos de terrorismo, por ejemplo, no sólo fue discriminatoria, sino que la discriminación en cuestión contribuyó a la caracterización de la detención como una medida desproporcionada.¹⁶³ Del mismo modo, los ‘extranjeros’ sospechosos de terrorismo no pueden ser privados de sus derechos a impugnar su detención ante los tribunales civiles, independientemente de la legislación que pretenda negarles este derecho o de su ubicación fuera del territorio físico del Estado.¹⁶⁴

Los Estados que imponen la detención a personas de una ‘nacionalidad en particular’ también pueden ser responsables de actos de discriminación racial en virtud de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 (CERD).¹⁶⁵ La discriminación conforme a la CERD incluye tanto la discriminación directa así como la indirecta.¹⁶⁶ Si una determinada medida se aplica de forma desproporcionada a un determinado grupo étnico, racial o religioso, por ejemplo, sin una justificación razonable y objetiva, la medida sería discriminatoria en el marco del CERD.¹⁶⁷ Cuando los efectos son discriminatorios, la cuestión de la intención ya no es pertinente para la legislación internacional sobre discriminación.¹⁶⁸ También se podrían plantear cuestiones en torno a la legalidad de la detención con propósitos de los ‘procedimientos de vía rápida’ de los llamados ‘países de origen seguros’, ya que estos procedimientos acelerados se aplican a personas de determinados países o regiones y, por tanto, discriminan a determinadas nacionalidades. Como mínimo una persona tiene el derecho a impugnar su detención con base en estos motivos; y el Estado debe demostrar que existía una base objetiva y razonable para distinguir entre nacionales y no nacionales en este sentido.¹⁶⁹ El Comité CERD ha hecho un llamado particular a los Estados a

¹⁶³ Ver, caso de los *detenidos en Belmarsh*.

¹⁶⁴ En este caso, ver, *Rasul contra Bush*, 542 U.S. 466 (2004); 124 S. Ct. 2868 (Corte Suprema de los EE.UU.) (los extranjeros tienen el derecho legal a impugnar su detención ante tribunales de los EE.UU.); *Hamden contra Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006); 126 S. Ct. 2749, (a pesar de las modificaciones legislativas introducidas para privar a los detenidos en la Bahía de Guantánamo del beneficio de la decisión en la causa *Rasul*, el tribunal sostuvo que los detenidos tenían derecho a continuar con las solicitudes de hábeas corpus que ya estaban pendientes) y, por último, *Boumediene contra Bush*, 553 U.S. 723 (2008); 128 S. Ct. 2229, donde la mayoría sostuvo, entre otras cosas, que los detenidos tenían el derecho constitucional de hábeas corpus y que la legislación que pretendiera negarlo era inconstitucional.

¹⁶⁵ Artículo 1 (3), CEDR.

¹⁶⁶ CERD, Observación general No. 14: Definición de la discriminación, Doc. ONU. A/48/19, 22 de marzo de 1993, párr. 1.

¹⁶⁷ A. Edwards, ‘La manipulación de la protección de los refugiados: El caso de Australia’ (2003) 15 *Int’l J. Ref. L.* 192-211: La política australiana de detención obligatoria de quienes llegan ‘a tierra’ ha sido criticada por la discriminación indirecta contra determinadas nacionalidades de quienes son más propensos a llegar de manera no autorizada desde Afganistán, Irán, Irak y Sri Lanka, en comparación con quienes entran como estudiantes, turistas o con otras visas legales.

¹⁶⁸ Ver, por ejemplo, CERD, Observación general XIV (42º período de sesiones, 1993): Sobre el artículo 1, apartado 1 de la Convención, Doc. ONU. A/48/18 (1993) 114, párr. 1-3.

¹⁶⁹ Por ejemplo, en los procedimientos de deportación puede haber una distinción justificada entre nacionales y no nacionales, en el sentido de que el nacional tiene derecho a residir en su propio país y

respetar la seguridad de los no ciudadanos, en especial en el contexto de la detención arbitraria, y a garantizar que las condiciones en los centros para refugiados y solicitantes de asilo cumplan las normas internacionales.¹⁷⁰

f) Buena fe y propósito justo

La decisión de detener ‘actuado de mala fe o con un propósito impropio’ también puede hacer que la detención sea arbitraria.¹⁷¹ La discriminación contra un grupo particular, por ejemplo, sería un propósito impropio (como se mencionó anteriormente). Usar la detención con el fin de disuadir la migración irregular en general puede equivaler a un propósito impropio, ya que no se adapta a cada caso individualmente. También puede equivaler a un castigo colectivo.¹⁷² Además, los gobiernos no pueden, por ejemplo, usar las facultades de los controles migratorios para detener a un individuo que amenaza el orden público por motivos criminales (en comparación con las razones de orden público relacionadas con la inmigración), ya que estos casos se deben resolver en el ámbito del derecho penal.¹⁷³

4. Derecho a la libertad y la seguridad personales en los instrumentos regionales de derechos humanos

Cada uno de los principales tratados regionales de derechos humanos contiene una prohibición contra la privación arbitraria de la libertad en términos similares a los establecidos en el artículo 9 del PIDCP.¹⁷⁴ Además, la UE, como una entidad sub-regional, también ha elaborado normas sobre temas de detención en el contexto del asilo

no puede ser expulsado de él: *Moustaquim contra Bélgica* (1991) 13 EHRR 802. Ver, también, *Agee contra Reino Unido* (1976) 7 DR 164 (decisión de la Comisión Europea sobre los Derechos Humanos).

¹⁷⁰ CERD, Observación general No. 30: La discriminación contra los no ciudadanos, Doc. ONU. A/59/18, 10 de enero de 2004, párr. 19.

¹⁷¹ Ver, *Bozano contra Francia*; *Shamsa contra Polonia* TEDH, Demanda No. 45355/99 y 45357/99, 27 de noviembre de 2003; *González contra España*, TEDH, Demanda No. 43544/98, 29 de junio de 1999 y *Amuur contra Francia*, TEDH, Demanda No. 19776/92, 25 de junio de 1996.

¹⁷² Ver, A.C. Helton, ‘La detención de refugiados y solicitantes de asilo: Una equivocada amenaza a la protección de refugiados’, en G. Loescher y L. Monahan (eds.), *Refugees and International Relations* (Oxford: Oxford University Press, 1989) p. 135 a 137: ‘La detención para fines de disuasión es una forma de pena, en cuanto priva a una persona de su libertad por ninguna otra razón que el haber sido forzada al exilio’ Goodwin-Gill también concluye que: ‘El uso de la detención para fines de disuasión es... contrario al derecho.’ (Goodwin-Gill, ‘El artículo 31 de la Convención de 1951 relativa al estatuto de los refugiados: la no penalización, la detención y la protección’, p. 205 a 260).

¹⁷³ GTDA, *Opinión No. 45/2006*, párr. 28. Las razones de orden público para detener a un extranjero mediante la detención migratoria, sin embargo, pueden estar justificadas si coinciden con las razones migratorias (por ejemplo, el temor de fuga). Ver, también, la decisión del TJCE en *Kadzoev contra Bulgaria*, Asunto TJCE C-357/09, 30 de noviembre de 2009, en el que se declaró que la posibilidad de detener a una persona por motivos de orden y seguridad públicos no pueden basarse en la Directiva del retorno de la UE, ya que estos no fueron incluidos expresamente en la Directiva.

¹⁷⁴ Comentados *infra*.

y el retorno. Existen ligeras variaciones en las obligaciones de los Estados entre las normativas de derechos humanos internacionales y regionales/sub-regionales, derivadas del tenor literal de una disposición particular o de la forma en que han sido desarrolladas por la jurisprudencia. Esta pluralidad de disposiciones puede dar lugar a discusiones en torno a cual derecho se aplica en caso de un conflicto normativo. El artículo 5 tanto de la Convención de 1951 como de la Convención sobre apatridia de 1954 aclara que '[n]inguna disposición de esta Convención podrá interpretarse en menoscabo de cualesquiera otros derechos y beneficios independientemente de esta Convención otorgados por los Estados Contratantes a los refugiados [o apátridas].' La intención de la Convención de 1951 fue asegurar a los refugiados el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales, sugiriendo que debe prevalecer el nivel más alto.¹⁷⁵ Cuando un Estado es parte de dos o más instrumentos y todos están vigentes, debe adoptar las medidas que satisfagan sólo el menor estándar de uno de los tratados, no obstante, aún estaría violando el estándar más alto aplicado en los otros tratados.

4.1 Consejo de Europa y Convenio Europeo de Derechos Humanos

El artículo 5 (1) (f) del CEDH establece:

- (1) Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con acuerdo al procedimiento establecido por la ley: [...]
- (f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir que su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

Al igual que el artículo 9 del PIDCP, el punto de partida del artículo 5 (1) (f) es el derecho a la libertad y la seguridad personales como un principio fundamental del CEDH del Consejo de Europa. Los países europeos han reconocido las garantías básicas de hábeas corpus en el contexto del estado de derecho y la gobernabilidad democrática.¹⁷⁶ Desde 1700, el hábeas corpus y las garantías de otros derechos se han aplicado a nacionales y extranjeros por igual.¹⁷⁷ Por lo tanto, cualquier limitación de los derechos a la libertad y la seguridad personales debe estar estrictamente controlada. Están permitidas las derogaciones en tiempos de emergencia, pero todas las medidas adoptadas en ese

¹⁷⁵ Preámbulo, Convención de 1951. Para más información sobre qué norma se aplica, ver, Edwards, 'Derechos Humanos, refugiados y el derecho a 'disfrutar' de asilo', p. 305-307.

¹⁷⁶ Ver, por ejemplo, la Declaración de Derechos de 1689 de Inglaterra, que contiene protecciones a favor de la libertad y la seguridad personal mediante prohibiciones a la imposición de excesiva multa o fianza y la imposición de castigos crueles e inusuales: ver, Bingham, *El estado de derecho*, p. 24. Ver, también, la Declaración Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 de Francia, que en su artículo 7 prohíbe la acusación, arresto y confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley.

¹⁷⁷ Caso *Sommersett* (1772) 20 St. T.J., discutido *supra*, referido en Bingham, *El estado de derecho*, p. 58. Ver, además, *R. contra Secretario de Estado para Asuntos Internos, ex p. Khawaja* [1984] AC 74, párr. 111-12.

periodo de excepción aún están sujetas a las pruebas de proporcionalidad y necesidad, y deben subsistir sólo el tiempo en que la emergencia exista.¹⁷⁸ El tenor literal del artículo 5 (1) (f) es el punto de partida. Los artículos 5 (2), (4) y (5) también son pertinentes en relación con las normas de procedimiento, y se abordarán de modo independiente más adelante.

En primer lugar, el derecho de detención debe estar prescrito en la legislación nacional.¹⁷⁹ Este es un estándar idéntico al aplicado en virtud del artículo 9 del PIDCP, y así se abordó anteriormente.

En segundo lugar, la detención debe servir a un propósito prescrito en el artículo 5. El artículo 5 (1) (f) permite la detención en dos circunstancias relacionadas con la inmigración: (a) impedir la entrada ilegal en el país y (b) a los efectos de la expulsión o la extradición. En otras palabras, un Estado tiene el derecho de detener a una persona sólo por estos expresos motivos. Según el TEDH, ellos son de naturaleza exhaustiva y deben interpretarse de manera restrictiva.¹⁸⁰ Como sostuvo en TEDH *Vasileva*: ‘Sólo una interpretación restrictiva de [las] excepciones [al derecho a la libertad y la seguridad personales] es coherente con el objetivo de esta disposición.’¹⁸¹ Por otra parte, la detención debe estar ‘legítimamente acorde’ con estos propósitos para que siga siendo legal.¹⁸² En el contexto del segundo propósito del artículo 5 (1) (f) sobre el retorno, se ha sostenido que la detención debe ser razonable en todas las circunstancias para que se pueda efectuar la expulsión.¹⁸³ Cuando la expulsión ya no es posible, por ejemplo, dejaría de ser legal (ya que no sería una legítima parte del proceso de retorno). Parecería ser así incluso si la persona detenida se niega a cooperar en su expulsión.¹⁸⁴ (Cf. Directiva del retorno de la UE, ver más adelante).

¹⁷⁸ Artículo 15 del CEDH.

¹⁷⁹ *Shamsa contra Polonia*, TEDH, Demanda No. 45355/99 y 45357/99, 27 de noviembre de 2003: Por razones de seguridad jurídica, la facultad de detener debe estar prevista en la legislación o prescrita por la ley u ordenada por un juez, tribunal o cualquier órgano facultado para ejercer la autoridad judicial. En este caso, dos hermanos fueron detenidos sin autorización legal más allá del plazo de 90 días establecido por la ley para efectuar una expulsión. Ellos fueron sometidos a varios tentativos de expulsión que fracasaron debido a la falta de cooperación de los demandantes.

¹⁸⁰ *Vasileva contra Dinamarca*, TEDH, Demanda No. 52792/99, 25 de septiembre de 2003, párr. 32-36; *Ciulla contra Italia*, TEDH, Demanda No. 11152/84, 22 de febrero de 1989, párr. 41; *Wloch contra Polonia*, TEDH, Demanda No. 27785/95, 19 de octubre de 2000, párr. 108.

¹⁸¹ *Vasileva contra Dinamarca*, párr. 33.

¹⁸² *Winterwerp contra los Países Bajos*, Sentencia del 24 de octubre 1979, Ser. A No. 33, párr. 39; *Bouamar contra Bélgica*, Sentencia del 29 de febrero de 1988, Ser. A. No. 129, párr. 50.

¹⁸³ Ver, por ejemplo, *Abdi Ahmed Abdillahi contra Secretario de Estado para Asuntos Internos*.

¹⁸⁴ Ver, *Mikolenko contra Estonia*, donde se sostuvo que el motivo para la detención cumplía el artículo 5 (1) (f), en este caso para efectuar su expulsión, sin embargo, dejó de ser justificado con el paso del tiempo, ya que el demandante se volvió no expulsable. Mikolenko se negó a cooperar con los procedimientos para su deportación (se negó a llenar una solicitud para el pasaporte ruso) y las autoridades rusas se negaron a aceptarlo con un documento de viaje temporal expedido por Estonia. Pasó más de 3 años y 11 meses en detención, que resultó ser arbitraria. Sobre la falta de cooperación, ver, además, *Massoud contra Malta*.

Con gran polémica, la Gran Sala del TEDH, sostuvo en *Saadi contra Reino Unido* que el artículo 5 no impone ninguna obligación de examinar que ‘la detención de una persona para impedir su entrada ilegal en el país se estime razonablemente necesaria, por ejemplo, para impedir que cometa una infracción o fuga.’¹⁸⁵ La decisión se produjo tras el caso *Chahal*, donde se declaró que no se requerían bases adicionales para la detención; todo lo que se requirió fue que el Sr. Chahal fuera detenido ‘con miras a la deportación’.¹⁸⁶ Por el contrario, el Sr. Saadi fue detenido con el fin de impedirle su entrada ilegal. El Tribunal encontró que siete días de detención con el fin de agilizar una solicitud de asilo es un motivo legítimo para la detención. En otras palabras, parece que en virtud del CEDH, un Estado puede efectuar la detención para evitar una entrada no autorizada; no es relevante si la detención era necesaria para evitar tal entrada ilegal. Por otro lado, el CDH ha sostenido que la conveniencia administrativa no es una base válida para la detención en sí misma.¹⁸⁷ Sin embargo, ya que existe una sustancial superposición entre los Estados que son parte tanto del PIDCP como del CEDH, un Estado Parte del CEDH puede estar violando los derechos de los individuos bajo el artículo 9 del PIDCP si simple o automáticamente ejerce la detención con base en los dos motivos del CEDH sin mayor justificación. Más concretamente, el CEDH establece en el artículo 60 que: ‘Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.’

Sin embargo, el análisis en *Saadi* está viciado por numerosos motivos. En primer lugar, separa el motivo o el propósito de la detención de su necesidad: si la detención no es necesaria, ¿cómo puede lograr o estar relacionada con su propósito? El propósito, por tanto, no existiría. El caso *Chahal* es algo distinto de *Saadi* porque en el primero la detención se requirió con el propósito de (o ‘con miras a’) la deportación y tal deportación, sostuvo el Tribunal, debe ser razonablemente previsible; de este modo el criterio de necesidad es ya una consideración intrínseca del motivo. ¿Cómo pudo el TEDH en *Saadi* adoptar un enfoque diferente del aplicado para el retorno? La segunda preocupación sería con respecto a *Saadi* es que no se reconoce la solicitud de asilo como un acto lícito y, por lo tanto, el Tribunal trató al Sr. Saadi, quien había solicitado asilo antes de su detención, como si todavía no se encontrara ‘legalmente en’ el territorio. Este análisis diverge de otras sentencias en cuanto al significado de ‘legalmente en’ el territorio (y por analogía, ilegalmente en o con entrada no autorizada) y fue discutida anteriormente en 1.2.1. La opinión disidente también criticó a la mayoría por ‘no otorgar

¹⁸⁵ *Saadi contra Reino Unido*, párr. 45.

¹⁸⁶ *Chahal contra Reino Unido*, TEDH, Demanda No. 22414/93, 15 de noviembre de 1996. El TEDH reconoció que la duración de la detención de Chahal pudo volverla arbitraria, pero encontró que existían algunas salvaguardas vigentes para garantizar que eso no hubiera sucedido. Ver, también, *Massoud contra Malta*.

¹⁸⁷ *Van Alphen contra los Países Bajos*, párr. 5.8.

importancia al hecho de [que el Sr. Saadi solicitó asilo a su llegada]¹⁸⁸ y por no distinguir entre las categorías de los no nacionales.

No obstante, el TEDH tanto en *Chahal* como en *Saadi* reconoció que existen límites a esa detención y que está sujeta a las normas relativas a la arbitrariedad. El Tribunal afirmó en *Saadi* que se requiere que la detención sea ‘una parte legítima del proceso’ para otorgar el permiso migratorio.¹⁸⁹ Sobre esta base, tendría que haberse demostrado, por ejemplo, que la vía rápida o los procedimientos acelerados son una base legal para la detención, especialmente si superan el período de 7 días reconocido en *Saadi*. Las autoridades de inmigración tendrían que haber demostrado que no podían procesar las solicitudes rápidamente sin aplicar la detención, o que el procedimiento acelerado de asilo sigue siendo la base para la detención, en la medida que este se prolonga.

El tercer factor para asegurar que la detención no es ilegal en virtud del CEDH es que también debió existir una conexión entre el motivo de la permitida privación de la libertad y el lugar y condiciones de detención.¹⁹⁰ El TEDH ha concluido que la detención de cuatro niños en un centro cerrado junto a adultos, uno de los cuales había mostrando signos de trauma psicológico grave, era incompatible con su extrema vulnerabilidad y por lo tanto, violaba el artículo 5 (1) (f) (así como otras disposiciones relativas a los estándares de cuidado, citadas previamente).¹⁹¹ De esto se desprende que, si bien existe una facultad inicial de detención en virtud del CEDH, los principios de necesidad y proporcionalidad se aplican a las decisiones de prolongarla, así como a las condiciones de detención.

Cuarto, al igual que el artículo 9 del PIDCP, la detención en virtud del CEDH también será ilegal si ha habido un elemento de mala fe o engaño por parte de las autoridades.¹⁹²

Por último, y lo más relevante para este estudio, el TEDH ha hecho unas cuantas, aunque no muchas, declaraciones relativas a las AD. No obstante, ha indicado que cada Estado debe establecer garantías suficientes en la legislación para proteger contra la detención arbitraria, lo que necesariamente incluiría AD. En particular, el TEDH afirmó en *Massoud*:

Es difícil concebir que en una pequeña isla como Malta, donde es poco probable escapar por mar sin poner en peligro la propia vida y huir por vía aérea significa

¹⁸⁸ *Saadi contra Reino Unido*, opinión disidente, p. 31.

¹⁸⁹ *Saadi contra Reino Unido*, párr. 45.

¹⁹⁰ *Bouamar*, párr. 50; *Aerts contra Bélgica*, 1998-V, 30 de julio de 1998, párr. 46; *Enhorn contra Suecia*, Demanda No. 56529/00, 10 de diciembre de 2002, párr. 42.

¹⁹¹ *Muskhadzhiyeva et al contra Bélgica*, TEDH, Demanda No. 41442/07, 19 de enero de 2010, párr. 69-75.

¹⁹² *Bozano contra Francia*; *Conka contra Bélgica*, TEDH, Demanda No. 51564/99, 5 de febrero de 2002

exponerse a un estricto control, las autoridades no tuvieran a su disposición otras medidas para asegurar una eventual expulsión.¹⁹³

En el contexto específico del retorno, Las Veinte directrices sobre el retorno forzoso del Comité de Ministros del Consejo de Europa abordó la cuestión de las alternativas, así como otras cuestiones.¹⁹⁴ Estas directrices reflejan en gran medida las obligaciones que figuran en el CEDH, con algunas garantías adicionales importantes. De particular importancia para este estudio es la Directriz 6.1 que dispone lo siguiente:

Una persona sólo puede ser privada de su libertad con el fin de garantizar la ejecución de una orden de expulsión... si, después de un cuidadoso examen de la necesidad de la privación en cada caso, las autoridades del Estado de acogida han concluido que el cumplimiento de una orden de expulsión no puede garantizarse tan efectivamente recurriendo a medidas no privativas de la libertad como los sistemas de supervisión, la obligación de notificarse periódicamente a las autoridades, la libertad bajo fianza u otros sistemas de garantía. [Subrayado añadido.]

El mismo principio se debería aplicar por analogía a la detención en la fase final.

4.2 Unión Europea

La UE ha examinado la cuestión de la detención tanto en los contextos de asilo como de retorno. Se aborda cada uno en su momento.

La detención migratoria aún no ha sido exhaustivamente regulada en el acervo en materia de asilo de la UE. Dos directivas se refieren a la detención, pero ninguna es una declaración completa de las obligaciones internacionales o europeas. La primera, la Directiva sobre procedimientos de la UE, establece que ‘Los Estados miembros no mantendrán a una persona detenida por la única razón de que sea un solicitante de asilo.’¹⁹⁵ Esto cumple con el principio general contemplado en la Convención de 1951 según el cual solicitar asilo no es un acto ilegal y los solicitantes de asilo no deben ser objeto de sanciones penales o de otro tipo.¹⁹⁶ El artículo 18 (1) se puede interpretar como una excepción al artículo 5 (1) (f) del CEDH que permite la detención, según lo concluido en *Saadi*, con el fin de impedir que un individuo entre ilegalmente: la excepción es que el individuo esté solicitando asilo. Podría decirse que es una norma más

¹⁹³ *Massoud contra Malta*, párr. 68.

¹⁹⁴ Consejo de Europa, *Veinte directrices sobre el retorno forzoso*, disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/42ef32984.pdf>.

¹⁹⁵ Artículo 18 (1), *Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado*, L 326/13

¹⁹⁶ Artículo 31 (1), Convención de 1951 (se examina más adelante).

estricta que la desarrollada en *Saadi* (ver *supra*), aunque también podría argumentarse que el Sr. Saadi no fue detenido ‘simplemente’ porque era un solicitante de asilo, sino más bien para acelerar su solicitud de asilo. Sin embargo, cuando la detención es automática y no se tiene en cuenta la intención de solicitar asilo, aun cuando el objetivo pueda ser facilitar la tramitación de las solicitudes de asilo, esto constituiría una violación del artículo 18 (1).

El artículo 18 (2) prevé además una ‘revisión judicial rápida’. Artículo 21 (1) (a) de la misma Directiva establece que el ACNUR tendrá acceso a los solicitantes de asilo, incluidos los que están internados. Cuando asistencia jurídica y representación legal se proporcionan de conformidad con el artículo 15, los asesores jurídicos y otros consejeros han de tener acceso a recintos cerrados, como centros de internamiento y zonas de tránsito.¹⁹⁷

La Directiva de acogida de la UE, el segundo instrumento del acervo en materia de asilo de pertinencia en este estudio, es igualmente vaga en cuanto a la detención. Esta define ‘detención’ como ‘el confinamiento de un solicitante de asilo por un Estado miembro en un lugar determinado donde se priva al solicitante de la libertad de circulación’.¹⁹⁸ Esta definición se aplicaría a un amplio espectro de medidas restrictivas de la libertad de circulación, más allá de las privaciones totales de la libertad. En particular, la Directiva acogida de la UE establece que la acogida de solicitantes de asilo retenidos debe hacer frente específicamente a sus necesidades en dicha situación de retención.¹⁹⁹ Podría decirse que la detención que no cumple con sus necesidades sería ilegal, haciendo un parangón con la sentencia del TEDH en *Muskhadzhiyeva* descrita anteriormente.

Finalmente, la Carta de los Derechos y Libertades Fundamentales de la UE garantiza el derecho a la libertad y a la seguridad a los nacionales de la UE²⁰⁰, que es pertinente en este contexto ya que los ciudadanos de la UE son detenidos en centros de inmigración en espera de una solicitud de asilo o de su deportación o extradición en virtud del derecho penal o por razones de orden público o seguridad. Por otra parte, el derecho a la libertad de circulación en la Unión debe disfrutarse en condiciones de igualdad y sin discriminación.²⁰¹

¹⁹⁷ Artículo 16 de la Directiva sobre procedimientos de la UE.

¹⁹⁸ Artículo 2 (k), *Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo*. (Directiva de acogida de la UE).

¹⁹⁹ Preámbulo (10) y el artículo 13 de la Directiva de recepción de la UE.

²⁰⁰ Artículo 6, Carta de la UE.

²⁰¹ Por ejemplo Francia, en el momento de la redacción de este estudio, fue objeto de investigación por la Comisión Europea por la expulsión del territorio, sin el debido proceso, de alrededor de 700 gitanos nacionales de la UE: Comisión Europea, ‘La Comisión Europea evalúa los recientes hechos en Francia, discute sobre la situación general de los gitanos y la legislación de la UE sobre la libre circulación de los ciudadanos de la UE’, Doc. IP/10/1207, Bruselas, 29 de septiembre de 2010; ‘Have your Roma back’, *The Economist*, 19 de agosto de 2010, disponible en inglés en: http://www.economist.com/blogs/easternapproaches/2010/08/frances_expulsion_roma.

La investigación fue abandonada después de que Francia se comprometiera a modificar sus leyes.

También en el contexto de los retornos, la Directiva del retorno de la UE codifica algunos arraigados principios del derecho internacional contra la detención arbitraria: ‘la detención sólo debe servir a ‘fin de preparar el retorno’; debe ser ‘lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión’ (artículo 15 (1)), y cuando no hay una la ‘perspectiva razonable de expulsión’, la detención deja de estar justificada y la persona en cuestión deberá ser ‘puesta en libertad inmediatamente’ (artículo 15 (4)).²⁰² Estipula además que los Estados miembros sólo podrán optar por la detención de nacionales de terceros países cuando otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo [no] puedan aplicarse con eficacia en el caso concreto.²⁰³ Esto crea un primer deber de examinar en cada caso concreto si una AD sería suficiente para satisfacer todas las necesidades.²⁰⁴ La Directiva del retorno coincide con la tendencia general en el derecho internacional de evaluar las opciones de alternativas para garantizar la libertad y la seguridad de la persona. De hecho, de acuerdo con la FRA-UE, aproximadamente dos tercios de los países de la UE prevén la posibilidad de utilizar AD en la etapa inicial o en etapa de revisión,²⁰⁵ y varias sentencias nacionales han establecido que las autoridades deben aplicar medidas más indulgentes cuando la detención no es necesaria.²⁰⁶ El problema es que estas alternativas se usan muy poco o se aplican con frecuencia sólo cuando los centros de detención están llenos (se examina más adelante).

Se prevén alternativas cuando la expulsión se prorroga, incluyendo el apersonamiento periódico ante las autoridades, el depósito de una garantía financiera, la entrega de documentos específicos o la estancia en una localidad designada.²⁰⁷ Como subraya Baldaccini, ‘no existe obligación recíproca de los Estados miembros que garantice las condiciones básicas de subsistencia de las personas en estas circunstancias, a pesar de que el preámbulo exhorta a que sea abordada (considerando 12).²⁰⁸ Este vacío en el derecho internacional general en torno a las obligaciones posteriores a la liberación es una de las áreas cruciales que deben ser abordadas por los Estados por múltiples razones, una de las cuales es garantizar que las personas sean tratadas con humanidad y que puedan comparecer si fuera requerido (discutido más adelante).

²⁰² A. Balaccini, ‘La Directiva del retorno de la UE: Principios y protestas’ (2010) 28 (4) *Refugee Survey Quarterly* 114-138, p. 129.

²⁰³ Artículo 15 (1), Directiva 2008/115/CE del Consejo (Directiva del retorno de la UE).

²⁰⁴ Una posición similar es adoptada por la UE-FRA en su informe, *Detención de nacionales de terceros países en los procedimientos de retorno*, p. 67.

²⁰⁵ UE-FRA, *Detención de nacionales de terceros países en los procedimientos de retorno*, p 72-81.

²⁰⁶ Ver, por ejemplo, Tribunal Constitucional de Austria (Verfassungsgerichtshof Österreich): B 223/06, 291/06 (27 de febrero de 2001), B 362/06 (24 de junio de 2006); Tribunal Constitucional de Eslovenia U-I-297/95 (28 de octubre de 1998)

²⁰⁷ Artículo 10 (2), Directiva del retorno de la UE.

²⁰⁸ Balaccini, ‘Directiva del retorno de la UE: Principios y protestas’, p. 129.

Además de los anteriores principios, la Directiva del retorno establece los límites máximos de detención con miras a la expulsión.²⁰⁹ Sin embargo, estos límites han sido muy criticados²¹⁰ y todavía se debe poner a prueba su compatibilidad con las normas de derechos humanos en un tribunal internacional. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la UE ha sostenido que una persona no puede ser detenida más allá del plazo máximo, incluso si no tiene documentos válidos, ha actuado de manera agresiva o no tiene medios de subsistencia o alojamiento.²¹¹ En otras palabras, el artículo 15 no permite la detención más allá del plazo máximo por razones de orden público o seguridad.²¹² De los 27 Estados miembros, sólo nueve no han establecido límites legales de tiempo para la detención previa a la expulsión, o para ciertos tipos de expulsión.²¹³ Los 17 Estados que establecieron plazos iniciales y máximos, los hicieron en rangos de 60 días a seis meses y de seis meses a 18 meses, respectivamente.²¹⁴ Sigue siendo un motivo de preocupación que el límite máximo establecido por la Directiva del retorno sea más amplio que el impuesto en la mayoría de los Estados miembros de la UE, lo que cuestiona su compatibilidad con la práctica estatal, además ha alentado a algunos Estados a extender sus límites máximos previos.²¹⁵ Si bien los límites máximos ayudan en la reducción de la naturaleza arbitraria de la detención, estos límites deben ser humanos y apelables. La existencia de AD (o su ausencia) sería pertinente para determinar si la duración de la detención es necesaria y si sus objetivos podrían haberse alcanzado por otros medios.

²⁰⁹ La Directiva del retorno de la UE impone un límite inicial para la detención previa a la expulsión de seis meses (artículo 15 (5)), que normalmente no debería ampliarse. Sin embargo, puede extenderse hasta por 12 meses a razón de dos ‘circunstancias excepcionales’ definidas expresamente. Las dos excepciones son: a) la falta de cooperación de la persona en cuestión o b) demoras en la obtención de la documentación necesaria. (artículo 15 (6)). En ambos casos, las extensiones deben ser reguladas por la ley y se deben desplegar todos los esfuerzos razonables para llevar a cabo la operación de expulsión. El plazo máximo absoluto de la detención con fines de expulsión conforme a la Directiva del retorno de la UE, por lo tanto, es de 18 meses, después de los cuales debe ordenarse la liberación. Conforme a lo decidido por el TJCE en *Kadzoev contra Bulgaria*, el periodo en el artículo 15 (5) y (6) debe interpretarse como la duración máxima de la detención y debe incluir cualquier período de detención previo a que las normas de la Directiva entraran en vigor, pero no incluye ningún período de detención en espera de una solicitud de asilo, que se rige por otras leyes.

²¹⁰ Ver, ACNUR, *Posición del ACNUR sobre la Propuesta de la Directiva sobre procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio*, 16 de junio de 2008, 2. Ver, también, Consejo Europeo para los Refugiados y los Exiliados y Amnistía Internacional, Declaración conjunta, ‘Directiva del retorno: El Parlamento Europeo y los Estados miembros atentan contra el respeto de los derechos de los migrantes’, 20 de mayo de 2008, disponible en inglés en:

<http://www.ecre.org/files/ECRE%20AI%20Joint%20PR%20Returns%20Directive.pdf>.

²¹¹ *Kadzoev contra Bulgaria*.

²¹² *Ibíd.*

²¹³ Ver, FRA-UE, *Detención de nacionales de terceros países en los procedimientos de retorno*, p. 43 (mapa útil en la p. 44).

²¹⁴ *Ibíd.*, p. 44.

²¹⁵ Al menos un Estado miembro, Italia, ya ha aumentado el período de detención al plazo máximo permitido en la Directiva (de 60 días a 18 meses): ‘Italy targets illegal Immigrants’, *BBC News*, 23 de junio de 2008, citado en Balaccini, ‘Directiva del retorno de la UE: Principios y protestas’, p. 130. Otro Estado miembro, Grecia, aumentó los períodos de detención de tres a seis meses a partir de junio de 2010: Relator Especial del Consejo de Europa, *Informe sobre detención*, n.5.

4.3 Américas²¹⁶

El sistema interamericano de derechos humanos adopta un enfoque similar al acogido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre la cuestión de la detención, es decir, que '[e]l debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio.'²¹⁷ La detención sólo debe aplicarse como medida excepcional después de haber evaluado su necesidad en cada caso individual y por el plazo más breve posible.²¹⁸ Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión afirman claramente que: 'Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia. Al aplicarse las medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, los Estados Miembros deberán promover la participación de la sociedad y de la familia...'²¹⁹ La Corte IDH también ha confirmado que incluso en momentos de emergencia las normas contra la discriminación se aplican en el contexto de las garantías de hábeas;²²⁰ además la Comisión IDH ha señalado que el derecho a la libertad se aplica a las personas interceptadas en alta mar.²²¹

La Corte IDH ha confirmado recientemente su posición en una decisión sobre la repetida entrada irregular de un migrante ecuatoriano, señalando que las políticas migratorias que tienen como elemento central la detención obligatoria de los migrantes irregulares son arbitrarias e incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En

²¹⁶ Se espera un informe temático sobre detención de la Comisión IDH.

²¹⁷ Corte IDH, *Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC-18, 17 de septiembre de 2003, Ser. A No. 18/03, párr. 121. El debido proceso legal, en este contexto incluye el derecho a la asistencia consular, en referencia a Corte IDH, *Opinión consultiva sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, OC-16/99, 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, OC-16/99.

²¹⁸ Comisión IDH, Resolución. No. 03/08, *Derechos humanos migratoria, estándares internacionales y la Directiva de retorno de la UE*. (sin fecha), disponible en:

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6444.pdf>.

²¹⁹ Comisión IDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, Principio III (4).

²²⁰ Corte IDH, *Opinión consultiva sobre el hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, OC-8/87, 30 de enero de 1987, Ser. A No. 8, párr. 19.

²²¹ Ver, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra los Estados Unidos*, Comisión IDH, Caso 10.675, Informe No. 51/96, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 re contra at 550 (1997), 13 de marzo de 1997, donde la Comisión IDH declaró que: 'En lo que se refiere al 'Derecho a la libertad' según lo dispuesto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Comisión opina que el acto de interceptar a los haitianos en embarcaciones en alta mar constituye una violación del derecho a la libertad de los haitianos según lo dispuesto en el artículo I. En vista de ello, la Comisión considera que el Gobierno de los Estados Unidos contravino el derecho a la libertad de Jeannette Gedeon, Dukens Luma, Fito Jean, de los cuatro haitianos que fueron entrevistados en la Base Naval de los Estados Unidos en Guantánamo y el de muchos otros no identificados.' (Párr. 169)

particular, la Corte subrayó que las autoridades competentes deben verificar en cada caso individual la posibilidad de aplicar medidas menos restrictivas.²²²

4.4 África

A falta de jurisprudencia específica en materia de refugiados demitida por la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, se deja sentado que las normas jurídicas en virtud del artículo 6 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos son las mismas que se disfrutaban en virtud del artículo 9, PIDCP.²²³

5. Garantías procesales

Diversos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos han establecido garantías procesales sobre la detención, sin las cuales la detención puede ser arbitraria y por consiguiente ilegal.²²⁴ La mayoría se incluyen expresamente en las disposiciones pertinentes y han sido posteriormente más delimitadas por la jurisprudencia. Un principio rector de los procedimientos es que ‘entre mayor sea el efecto sobre la vida del individuo... mayor será la necesidad de protección procesal...’²²⁵

La subpárrafos pertinentes del artículo 9 del PIDCP disponen que:

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.
4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

²²² Vélez Loor contra Panamá, Corte IDH, Ser. C No. 218, 10 de diciembre de 2010, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8140.pdf>.

²²³ Existe jurisprudencia general sobre la prohibición de la detención arbitraria que apoya esta posición: ver, African Human Rights Law Reports, disponible en inglés en:

<http://www.chr.up.ac.za/index.php/ahrlr-downloads.html>. El Relator Especial de la UA sobre refugiados, solicitantes de asilo, migrantes y desplazados internos en África se ha ocupado de las denuncias concretas sobre el trato de los detenidos en el Centro de repatriación Lindela en Sudáfrica: Informe de las actividades del periodo intercesiones de junio a noviembre de 2006, Comisionado Bahame Tom Nyanduga, disponible en inglés en: www.achpr.org/english/info/rdp_intersess_40.html.

²²⁴ Ver, por ejemplo, *Jeebhai contra el Ministro del Interior* (139/2008) [2009] ZASCA 35 (31 de marzo de 2009) (Tribunal Supremo de Apelación, República de Sudáfrica), donde se declaró que la detención y deportación en cuestión fueron ilegales ‘debido a que se llevaron a cabo sin cumplir con los procedimientos imperativos prescritos por la Ley’ (párr. 53).

²²⁵ *Suresh contra Canadá* (Ministro de Inmigración y Ciudadanía) [2002] 1 S.C.R. 3, 11 de enero de 2002 (Corte Suprema de Canadá), citado en *Charkaoui contra Canadá* (Ministro de Ciudadanía e Inmigración) [2007] 1 S.C.R. 350, 23 de febrero de 2007 (Tribunal Supremo del Canadá).

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Se encuentran similares derechos procesales en los instrumentos regionales de derechos humanos de África, las Américas y el Consejo de Europa.²²⁶

En resumen, las garantías procesales pertinentes para la detención migratoria son las siguientes:

- Cualquier solicitante de asilo o migrante detenido debe ser llevado sin demora ante un juez u otra autoridad;
- El motivo para la custodia debe basarse en los criterios de legalidad, es decir, establecidos por ley por una autoridad competente;
- Debe ser fijado un plazo máximo por ley y la custodia no debe en ningún caso ser ilimitada o excesivamente larga;
- Un solicitante de asilo o migrante debe ser notificado de la medida privativa de la libertad en una lengua que comprenda, incluyendo las condiciones para presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal;
- Los Estados deben ubicar a los solicitantes de asilo y los migrantes en locales separados de los presos por delitos penales, y
- El ACNUR, el CICR y, cuando proceda, las organizaciones no gubernamentales deben tener acceso a los lugares de detención.²²⁷

Estas garantías procesales se aplican independientemente de la condición de solicitante de asilo u otra condición migratoria, y en caso de ingreso o expulsión del territorio.

5.1 Informar los motivos de arresto o detención

Las personas detenidas deben ser informadas de las razones o motivos de su detención, que deben ser comunicados en el plazo más breve posible y en una lengua que la persona comprenda (y no un idioma que se supone que la persona entienda). En términos de lo

²²⁶ Artículo 6, CADHP; artículo 7, CADH. El artículo 5 del CEDH de manera similar, establece: '(2) Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella. (4) Toda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal. (5) Toda persona víctima de detención o de una privación de libertad contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.'

²²⁷ Ver, GTDA Deliberación No. 5, E/CN.4/2000/4, anexo II; GTDA Informe de 1998, E/CN.4/1999/63, párr. 69 y 70 sobre los principios 3, 6, 7, 8, 9 y 10.

que constituiría una demora injustificada en el suministro de dicha información, el TEDH sostuvo que esperar 76 horas antes de recibir las razones de detención es demasiado tiempo.²²⁸ La información proporcionada debe incluir también los procedimientos vigentes para impugnar la legalidad de la orden de detención.²²⁹

5.2 Revisión periódica

Como se mencionó anteriormente, mientras que un período inicial de detención puede ser lícito, los períodos prolongados de tiempo pueden no serlo.²³⁰ A fin de garantizar que la detención legal no se convierta en ilegal o arbitraria, cualquier período de detención debe estar sujeto a revisiones periódicas.²³¹ Se consideró ilegal, por ejemplo, la detención en régimen de incomunicación de un apátrida de facto en espera de deportación.²³² La detención obligatoria e inapelable también ha sido considerada arbitraria.²³³ Existen limitadas directrices sobre lo que constituye una revisión periódica aceptable, sin embargo, el estudio de la FRA-UE indica que más de la mitad de los Estados de la UE prescribe límites que van de las 48 a las 72 horas²³⁴ y el periodo máximo lo establece Letonia con 10 días. Canadá, en tanto, establece un proceso de revisiones administrativas regulares, inicialmente a las 48 horas, luego de 7 días y después cada 30 días, y es, probablemente, la mejor práctica.²³⁵

5.3 Derecho a impugnar la detención ante un órgano judicial y la posibilidad de que ordene la puesta en libertad

El derecho a impugnar la legalidad de la detención debe incluir el derecho de acceso a un tribunal.²³⁶ Cualquier cosa inferior a un tribunal no cumple con las obligaciones de un Estado en virtud del artículo 9 (4) del PIDCP y otros instrumentos internacionales.²³⁷

²²⁸ *Saadi contra Reino Unido*, p. 84.

²²⁹ CEPT, Veinte años de lucha contra la tortura, 19º Informe anual, párr. 86; GTDA, A/HRC/13/30, párr. 61.

²³⁰ *Spakmo contra Noruega*, Com. CDH, No. 631/1995, párr. 6.3.

²³¹ *A. contra Australia*, párr. 9.2.

²³² *Al-Nashif contra Bulgaria*, TEDH, Demanda No. 50963/99 (20 de junio de 2002).

²³³ *A. contra Australia y C contra Australia*.

²³⁴ FRA-UE, *Detención de nacionales de terceros países en los procedimientos de retorno*, p. 57.

²³⁵ *Ley de Inmigración y Protección de Refugiados* (Canadá), División 6

²³⁶ *Al-Nashif contra Bulgaria*, párr. 92; *S.D. contra Grecia*, 53541/07, 11 de junio de 2009, p. 76

²³⁷ *Torres contra Com Finlandia*, Comité de Derechos Humanos. No. 291/1988, 5 de abril de 1990 *Vuolanne c. Finlandia*, Com Comité de Derechos Humanos. No. 265/1987, 7 de abril de 1989; *Amuur contra Francia*. Ver también, Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Jorge Bustamante, Misión a los Estados Unidos de América, en el Informe al Consejo de Derechos Humanos, séptimo período de sesiones, A/HRC/7/12/Add. 2, 5 marzo de 2008, p. 9: «la política de Estados Unidos es una salida larga de la etapa con las obligaciones internacionales. Las autoridades policiales y de inmigración no han logrado desarrollar un procedimiento de recurso apropiadas, y para todas las prácticas propósitos tienen absoluta discreción para determinar si un extranjero puede ser puesto en libertad ...»

Aun cuando la decisión inicial de detención es tomada por un órgano administrativo, el artículo 9 (4) del PIDCP (y disposiciones equivalentes) garantiza el derecho a la revisión judicial.²³⁸ Por otra parte, dicha revisión debe ser efectiva, incluiría una posibilidad real de acceder al recurso,²³⁹ el tribunal debe estar facultado para ordenar la excarcelación (que podría requerir medidas alternativas que impongan menos restricciones a la libertad y el movimiento),²⁴⁰ y el tribunal debe tener la facultad de examinar la legalidad de una detención a la luz de los requisitos de las normas internacionales o regionales de derechos humanos.²⁴¹ La revisión meramente formal no cumple las obligaciones de un Estado en virtud de estas disposiciones.²⁴² Además, la revisión debe ser rápida o inmediata. Las impugnaciones constitucionales o jurídicas largas o complicadas, por ejemplo, no serían suficientes para cumplir con este requisito.²⁴³ El *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión* de la ONU reitera que cualquier forma de detención o prisión deberá ser ordenada por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad.²⁴⁴

Los retrasos en la prestación de la revisión judicial también pueden conducir a violaciones de los derechos a la libertad y la seguridad personales. El TEDH ha encontrado, por ejemplo, que un retraso de 32 a 46 días en una revisión judicial sobre la legalidad de la detención es excesivo.²⁴⁵ Algunos países también imponen límites de tiempo a las solicitudes de las personas que tratan de ejercer los derechos a la revisión judicial dentro del derecho administrativo. Aunque por lo general existen algunos estatutos sobre la limitación, especialmente para evitar juicios exasperantes o ‘sin esperanza’, los plazos impuestos deben ser razonables. No obstante, no puede haber límites a la impugnación de la detención en sí misma, ya que mientras más dure la detención más probable es que sea arbitraria y más remoto es que logre sus objetivos.

Una ‘impugnación efectiva’ puede imponer la obligación a los Estados de prestar asistencia jurídica. Dos ‘enemigos’ del estado de derecho se dice que son el hecho de no

. Dado que estas medidas discrecionales que no están sujetas a revisión judicial, las actuales prácticas de los Estados Unidos violan el derecho internacional ‘El sistema de detención de Australia también se ha encontrado a la falta de salvaguardias procesales adecuadas y eficaces: C c. Australia.

²³⁸ Vuolanne c. Finlandia, párr. 9.6.

²³⁹ Conka contra Bélgica, párrs. 46 y 55.

²⁴⁰ A. c. Australia, párr. 9,5; C c. Australia, párr. 8.3.

²⁴¹ Ver, Massoud contra Malta, que encontró que el artículo 409A del Código Penal de Malta a ser ineficaz como medio de impugnación, ya que no llegó a examinar el legalidad de la detención a la luz de las exigencias de la CEDH. Esta posición podría tener ramificaciones para otras jurisdicciones que no han incorporado el derecho internacional en sus marcos jurídicos nacionales: Australia y aquí la reticencia del Tribunal Supremo de Australia para tener en cuenta las obligaciones internacionales de tratados de derechos humanos al decidir cuestiones de detención de inmigrantes: ver, Al -Kateb.

²⁴² Esto también se ajusta con el artículo 2 (3) del PIDCP, que obliga a un derecho a un recurso en virtud del derecho internacional por la violación de los derechos.

²⁴³ Massoud 243 contra Malta.

²⁴⁴ Resolución de la Asamblea General la ONU 43/173, 9 de diciembre de 1988.

²⁴⁵ Sánchez-Reisse c. Suiza, TEDH, Demanda No. 9862/82, párrs. 59-60.

prestar asistencia jurídica a aquellos que la necesitan (en referencia específica a tal negativa a los refugiados) y los retrasos en la provisión del recurso.²⁴⁶ En *Zamir contra el Reino Unido*, la Comisión Europea de Derechos Humanos (Comisión EDH) declaró que ‘no sería razonable esperar que el demandante presente su propio caso teniendo en cuenta la complejidad de los procedimientos involucrados y su limitado dominio del inglés.’²⁴⁷ Ver, también, las decisiones en el caso *Chahal y Conka contra Bélgica*, donde el TEDH concede gran importancia a la falta de representación legal para determinar si un recurso existente era efectivo.²⁴⁸ La Directriz 9 de las *Veinte directrices sobre el retorno forzoso* del Consejo de Europa indica también que ‘la asistencia jurídica debe ser proporcionada de acuerdo con la legislación nacional.’²⁴⁹ Asimismo, el artículo 13 (4) de la Directiva del retorno afirma, ‘[l]os Estados miembros velarán por que la asistencia jurídica y/o la representación legal necesaria se conceda, previa solicitud, de forma gratuita con arreglo a la legislación nacional pertinente o las normas relativas a la asistencia jurídica gratuita...’ Aquí, por supuesto, el derecho a la asistencia jurídica gratuita no es ilimitado y está sujeto a las disposiciones legales nacionales, incluidos los medios de prueba, salvo que tal negativa puede violar otros derechos humanos.

5.4 Carga de la prueba

La carga de la prueba para establecer la legalidad de la detención reposa en el gobierno en cuestión.²⁵⁰ Como se destacó anteriormente, el Estado debe demostrar que existe una base legal para la detención en cuestión, que la detención está justificada con arreglo a los principios de proporcionalidad y necesidad,²⁵¹ y que ha tenido en cuenta otros medios menos invasivos para lograr los mismos objetivos y que estos no eran aplicables.

5.5 Derecho a la indemnización por detención ilegal o arbitraria

Junto con el derecho a un recurso efectivo contra las violaciones de derechos humanos que se encuentra en un sinnúmero de instrumentos de derechos humanos,²⁵² está la garantía específica de indemnización en los casos de detención ilegal o arbitraria.

²⁴⁶ Bingham, *El estado de derecho*, p. 87-88.

²⁴⁷ *Mohammed Zamir contra el Reino Unido*, Comisión EDH, Demanda No. 9174/80, Informe de la Comisión 11 de octubre de 1983, párr. 113

²⁴⁸ *Chahal contra el Reino Unido*, párr. 130 y *Conka contra Bélgica*, párr. 44-45.

²⁴⁹ Ver, también, *Luboya y Otro contra Estado* (2007) AHRLR 165 (Tribunal Supremo de Namibia 27/2003, 3 de mayo de 2007), encontrando que la nacionalidad o la condición de extranjero no debe ser un impedimento para la asistencia jurídica o representación legal.

²⁵⁰ Ver, por ejemplo, *Khan y otros contra Ministro del Interior y Otro* (15343/06) [2006] TPD (26 de junio de 2006) (Tribunal Superior de Sudáfrica, Provincia de Transvaal).

²⁵¹ Ver, *Saadi contra el Reino Unido*, por una posible excepción al requisito de necesidad (*supra*).

²⁵² Ver, por ejemplo, el artículo 2 (3), PIDCP; artículo 25, CADH, artículo 13, CEDH.

5.6 Seguimiento e inspección independiente

Una de salvaguardia necesaria contra la detención arbitraria es un seguimiento e inspección periódicos e independientes. El artículo 35 de la Convención de 1951 exige a los Estados que cooperen con el ACNUR y esto se ha interpretado como la concesión del acceso del ACNUR a los solicitantes de asilo [y otros bajo su mandato], incluyendo aquellos en detención.²⁵³ Mientras que muchos Estados permiten el acceso del ACNUR a los solicitantes de asilo de manera sistemática, muchos otros países no lo hacen.²⁵⁴ Si bien ahora existen muchos organismos internacionales y regionales de seguimiento y/o inspección, también deben establecerse organismos nacionales de inspección. El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura refuerza esta norma ya que prevé visitas automáticas a los centros de detención (en lugar de basarse en el consentimiento del Estado Parte), así como la obligación de crear o designar mecanismos nacionales de inspección.²⁵⁵

6. Condiciones de tratamiento en la detención que pueden conducir a la detención arbitraria

Aunque este documento no se refiere específicamente a las condiciones en los centros de detención *per se*, estos son pertinentes en la medida en que las condiciones precarias o inadecuadas o aquellas inapropiadas para una persona en particular pueden hacer que una detención legal se convierta en arbitraria y, por lo tanto, en una contravención al artículo 9 del PIDCP y otras disposiciones pertinentes de derechos humanos internacionales o regionales. Por ejemplo, el TEDH sostuvo en *Muskhadzhiyeva* que la detención de niños en un centro de tránsito creado para adultos, no sólo constituía un trato inhumano y degradante, en violación del artículo 3 del CEDH (uno de los cuatro niños habían mostrado graves signos de trastornos psicológicos y síntomas de traumas psicológicos), sino que también representaba que la detención de niños era ilegal.²⁵⁶ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha declarado que los migrantes no deben

²⁵³ ACNUR, *Directrices sobre detención*, Directriz 5 (v).

²⁵⁴ Ver, por ejemplo, ACNUR, Comunicación escrita sobre el caso *Abdolkhani y Karimnia contra Turquía*, TEDH, Demanda No. 30471/0 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados), enero de 2009, disponible en inglés en: www.unhcr.org/refworld/docid/4991ad9f2.html, indica la falta de acceso a potenciales solicitantes de asilo en centros de detención de Turquía.

²⁵⁵ Sobre el Protocolo Facultativo y la detención de refugiados y solicitantes de asilo, ver más adelante A. Edwards, 'El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y la detención de refugiados' (2008) 57 *International and Comparative Law Quarterly* 789-825. Notar, también, que la decisión en *Khan y otros contra Ministro del Interior y Otro* (15343/06) [2006] TPD (26 de junio de 2006) (Tribunal Superior de Sudáfrica, Provincia de Transvaal), donde el tribunal señaló que ninguna de las interacciones entre el oficial de migración y la parte demandante estaban sujetos a un control independiente y que esto produjo el conflicto de estas medidas con el PFCAT (esta declaración se hizo a pesar de que Sudáfrica no era parte del PFCAT a la fecha en cuestión).

²⁵⁶ *Muskhadzhiyeva y otros contra Bélgica*, TEDH, Demanda No. 41442/07, 19 de enero de 2010.

ser detenidos en las cárceles y que los Estados están obligados a instituir protecciones especiales para las personas vulnerables.²⁵⁷ Tales condiciones también pueden violar otras disposiciones autónomas, como la prohibición absoluta de la tortura, las penas o los tratos crueles, inhumanos o degradantes,²⁵⁸ el derecho a la integridad personal durante la detención,²⁵⁹ y el derecho a la vida privada y la vida familiar.²⁶⁰ Asimismo, pueden violar derechos como el derecho al desarrollo de los niños,²⁶¹ a la salud, en particular, a la salud mental,²⁶² y a un adecuado nivel de vida.²⁶³ Debido a que la detención puede crear significativos obstáculos en la capacidad del individuo de adelantar su proceso judicial,²⁶⁴ en una determinada situación esto también puede interferir con el derecho a buscar asilo, al debido proceso y al recurso efectivo.

²⁵⁷ Comisión IDH, Resolución. No. 03/08, Derechos humanos migratoria, estándares internacionales y la Directiva de retorno de la UE, p. 2. En los EE.UU., por ejemplo, en 2006, alrededor del 57 por ciento de los migrantes detenidos fueron recluidos en cárceles locales y del condado: ‘Critics Decry Immigrant Detention Push’, Associated Press, 25 de junio de 2006. En Canadá, las personas con enfermedades mental o que presenten signos de agresión suelen ser transferidas de las instalaciones de migración a cárceles provinciales: Entrevista, ciudadanía e inmigración en Canadá, Toronto, mayo de 2010 y, ver, Sociedad de Esquizofrenia de Ontario, *Doble enjuiciamiento: Deportación de imputados con enfermedades mentales: Un documento de debate*, marzo de 2010.

²⁵⁸ Artículo 7 del PIDCP; artículos 1 y 16, UNCAT; artículo 5, DUDH; artículo 3, CEDH; artículo 5, CADH; artículo 5, la Comisión ADHP. En este sentido, ver *Abdolkhani y Karimnia contra Turquía* No.2), TEDH Demanda No. 30471/08, 27 de julio de 2010, donde el Tribunal declaró que la detención de los refugiados durante tres meses en el sótano de la sede de la policía constituye una violación del artículo 3 del CEDH; *A.A. contra Grecia*, Demanda TEDH. 12186/08, 22 de julio de 2010, donde se encontró una violación del artículo 3, a causa de la detención de un solicitante de asilo en condiciones penosas en un centro de detención en Grecia.

²⁵⁹ Artículo 10, PIDCP. Ver, por ejemplo, *Francesco Madafferi et al. contra Australia*, CDH, Com. No. 1011/2001, 26 de agosto de 2004: el CDH consideró que la separación de una familia en espera de expulsión, causando dificultades financieras y psicológicas, violaría el artículo 10 (1) del PIDCP.

²⁶⁰ Artículos 17 y 23, PIDCP; artículo 11, CADH; artículo 8, CEDH; artículo 12, DUDH.

²⁶¹ Discutido *infra*.

²⁶² Artículo 12, PIDESC; artículo 12, CEDAW; artículo 24, CDH.

²⁶³ Artículo 11, PIDESC.

²⁶⁴ En el caso de EE.UU. *DeMore contra Kim*, Justice Souter en su opinión disidente señaló que la detención previa a la expulsión puede ‘impedir la capacidad del extranjero de preparar y presentar su caso sobre la misma cuestión de la expulsión. Por lo tanto, argumentó que la detención migratoria en estos procedimientos debe exigir un mayor interés del gobierno en comparación con en el caso de los detenidos con órdenes finales de expulsión. Continuó diciendo que ‘el reconocimiento [de la Corte Suprema] de que la grave sanción que representa la expulsión debe estar justificada por un mérito de la prueba más alto, no significa mucho cuando el INS puede detener, transferir y aislar a los extranjeros de sus abogados, testigos y pruebas.’ (*DeMore contra Kim*, 538 US 510, 554 (2003) (Souter J. disidente)). No está lejos de concebir también que la detención puede interferir con la capacidad de preparar su solicitud de asilo. El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes llegó a una conclusión similar, notando que ‘los inmigrantes suelen ser trasladados a centros de detención aislados, lo cual interfiere sustancialmente con el acceso a la asistencia legal y a los miembros de la familia.’ (Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos migratoria, Jorge Bustamante, Misión a los Estados Unidos de América, en el Informe al Consejo de Derechos Humanos, séptimo período de sesiones, A/HRC/7/12/Add. 2, 5 marzo de 2008, p. 11).

7. Derecho a la libertad de circulación y elección de residencia en virtud del derecho internacional

El artículo 12 del PIDCP establece el derecho a la libertad de circulación de quienes están legalmente en el territorio y a elegir su lugar de residencia. El artículo 12 (y disposiciones equivalentes en las legislaciones internacionales y regionales, señaladas a continuación) es relevante para los propósitos de este trabajo debido a que la mayoría de las opciones de AD implican algún nivel de restricción de libertad o de la propia libertad de circulación y elección de residencia, y estos están regulados por el derecho internacional. Designar la residencia en una dirección particular o en un distrito o región específica es un ejemplo de ello. Las severas restricciones a la libertad de movimiento de quienes están legalmente en el territorio pueden considerarse una privación de la libertad y por lo tanto la situación particular se movería del ámbito del artículo 12 a aquel previsto en el artículo 9.²⁶⁵ La distinción entre las restricciones a la libertad de circulación y a la privación de la libertad es ‘solamente una cuestión de grado o intensidad y no de naturaleza o sustancia.’²⁶⁶

La subpárrafos pertinentes del artículo 12, disponen:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

La *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven* de la AG reitera una disposición casi idéntica,²⁶⁷ mientras que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (ICPMW) garantiza el mismo derecho a los trabajadores migratorios y a sus familias (ya sean documentados o indocumentados).²⁶⁸ La mayoría de los instrumentos regionales y subregionales contienen disposiciones similares.²⁶⁹ La

²⁶⁵ Ver, por ejemplo, *Celepli contra Suecia*, CDH Com. No. 456/1991, 26 de julio de 1994 y *Karker contra Francia*, CDH Com. No. 833/1998, 30 de octubre de 2000.

²⁶⁶ *Guzzardi contra Italia*, párr. 93.

²⁶⁷ Artículo 5, *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, Doc. ONU. A/RES/40/144, 13 de diciembre de 1985.

²⁶⁸ Artículo 39, CIPTMF.

²⁶⁹ Ver, por ejemplo, artículo 12, Comisión ADHP; artículo 22, CADH; artículo 2, CEDH; artículo 2 del Protocolo No. 4 del CEDH *reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio*, ETS 155, 16 de noviembre de 1963. Ver, también, artículo 7 (1), Directiva de acogida de la UE, que es la más explícita, acordando el derecho de los solicitantes de asilo de ‘circular libremente por el territorio’, aunque también faculta a un Estado miembro a limitar ese derecho a ‘una zona que les haya asignado’. Prevé que un solicitante de asilo

CERD afirma igualmente que el derecho a la libertad de circulación y residencia en el territorio del Estado deberá cumplir con las obligaciones a la no discriminación.²⁷⁰ Ver, también, la discusión sobre el artículo 26 de la Convención de 1951 y la Convención sobre apatridia de 1954, mencionada anteriormente en 1.2.1.

7.1 Legalmente en el territorio

El artículo 12 (y equivalentes disposiciones regionales de derechos humanos sobre la libertad de circulación y el artículo 26 de la Convención de 1951 y la Convención sobre apatridia de 1954) se aplica únicamente a quienes están ‘legalmente en el territorio’. Esto se explica ampliamente *supra* en relación con el artículo 26 de la Convención de 1951 y la Convención sobre apatridia de 1954 y generalmente incluye a refugiados, solicitantes de asilo registrados, apátridas registrados fuera de su país de residencia habitual, o apátridas que viven en su lugar de residencia habitual. Cualquier restricción al artículo 12 del PIDCP, por lo tanto, debe ser considerada en el tenor literal del artículo 12 (3), en lugar de la interpretación restrictiva del artículo 12 (1).

7.2 Limitaciones al derecho a la libertad de circulación

El artículo 12 (1) establece el principio general de que toda persona que se halle legalmente en el territorio tiene el derecho a la libertad de circulación y elección de la residencia. Las personas tienen derecho a circular de una parte a otra y a establecerse en el lugar de su elección, sin tener que justificar tal elección.²⁷¹ Aunque este no es un derecho irrestricto a la libertad de circulación, ninguna restricción debe ‘anular el principio de la libertad de circulación’.²⁷² El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha declarado enfáticamente: ‘La libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona’²⁷³ y por lo tanto cualquier restricción a la libertad de circulación debe ser estrictamente necesaria.²⁷⁴

Existen varias excepciones admisibles especificadas en el artículo 12 (3): seguridad nacional, orden público, salud o moral públicas, o derechos y libertades de terceros. Estas limitaciones permisibles deben cumplir con tres requisitos:

- Deben estar previstas por ley (ver el análisis anterior en relación con el mismo requisito en virtud del artículo 9, PIDCP).

puede ser asignado a un área particular por razones de ‘interés público, de orden público o cuando así lo requirieran la tramitación rápida y la supervisión eficaz de su solicitud’, aunque no debe afectar su vida privada o el acceso a los beneficios estipulados en la Directiva,

²⁷⁰ Artículo 5 (d) (i), CERD.

²⁷¹ CDH, Observación general No. 27: Libertad de circulación, párr. 5.

²⁷² CDH, Observación general No. 27: Libertad de circulación, párr. 2.

²⁷³ *Ibid.*, párr. 1.

²⁷⁴ *Ibid.*, párr. 2.

- Sólo deben ser impuestas para servir a uno de los propósitos permisibles enumerados y ser necesarias para protegerlos.²⁷⁵
- Deben ser compatibles con otros derechos reconocidos en el Pacto (en particular, el principio de no discriminación).

Las limitaciones que figuran en el artículo 12 son exhaustivas. Ya que representan excepciones a la regla general de la libertad en términos amplios y la libertad de circulación, deben ser necesarias en todas las circunstancias, se debe realizar una evaluación de proporcionalidad y la carga de la prueba incumbe al Estado Parte que debe justificar la restricción.²⁷⁶ También deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado.²⁷⁷ Por lo tanto, las restricciones a la circulación están sujetas a un similar conjunto de salvaguardas que otras formas de privación de la libertad. Si las condiciones de notificarse ante las autoridades pueden alcanzar los objetivos deseados en lugar de una residencia designada, por ejemplo, entonces debe adoptarse la medida menos perturbadora. Si el pago de un bono satisface los objetivos de la orden, y este fue considerado el que menor perturbación causó al individuo, entonces éste debería ser el aplicado.

8. Protecciones y consideraciones especiales

8.1 Niños

Además de las garantías generales esbozadas anteriormente, las cuales se aplican tanto a los adultos como a los niños, las vulnerabilidades específicas de los niños requieren salvaguardas adicionales contra la privación arbitraria de la libertad. Como señaló el TEDH en *Muskhadzhiyeva*, la extrema vulnerabilidad de los niños está por encima de la condición de extranjero ilegal.²⁷⁸ La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de la ONU contiene una serie de disposiciones sobre la protección de los derechos de los niños en general y de los niños solicitantes de asilo en particular.²⁷⁹ El artículo 37 brinda a los niños el derecho general a no ser detenido o privado de su libertad. Toda detención permitida debe ceñirse a la ley, debe ser utilizada sólo como medida de último recurso y durante el período más breve posible.²⁸⁰ En todas las situaciones y en todo momento, el

²⁷⁵ *Ibíd.*, párr. 14.

²⁷⁶ *Ackla contra Togo*, CDH, Com. No. 505/1992, 25 de marzo de 1996, párr. 10.

²⁷⁷ CDH, Observación general No. 27: Libertad de circulación, párr. 14.

²⁷⁸ *Muskhadzhiyeva y otros contra Bélgica*.

²⁷⁹ A los efectos del presente documento se entiende por ‘niños’ todas las personas menores de dieciocho años de edad: artículo 1, CDN. El artículo 1 de la CDN en realidad prevé que se ‘entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.’

²⁸⁰ Artículo 37 (b) de la CDN dispone: ‘Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño 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;’ ‘Ver, también, normas casi idénticas en las reglas 1 y 2 de las *Reglas de las Naciones Unidas para la*

‘interés superior del niño’ ha de ser la consideración primordial.²⁸¹ Como norma general, ‘los menores solicitantes de asilo no deben ser detenido.’²⁸² Esto requiere que todas las alternativas posibles, incluida la liberación sin condiciones, deben considerarse antes de la detención²⁸³ (ver la Parte C). Se exige además que ‘deberá hacerse todo lo posible, incluso acelerar los procesos pertinentes, con objeto de que los menores no acompañados o separados de su familia sean puestos en libertad y colocados en otras instituciones de alojamiento.’²⁸⁴ Para los niños apátridas, la resolución de la nacionalidad y la identidad debe ser una prioridad.²⁸⁵ En el caso de los menores extranjeros hijos de apátridas en detención, se deben registrar los nacimientos y se deben aplicar medidas para prevenir la apatridia, incluyendo las opciones de obtener la nacionalidad sobre la base del *jus soli*.²⁸⁶

protección de los menores privados de la libertad (1990) y las reglas 17 (b) y (c) de las *Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores de la ONU* (Reglas de Beijing) (1985). Ver, además, ACNUR, *Los niños refugiados: Directrices sobre protección y cuidado* (1994), capítulo 7. Ver, también, Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, Informe anual del 11º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, Doc. ONU. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 43, que declara: ‘... las políticas y programas públicos deberían garantizar la protección de los niños frente al internamiento y la deportación, y las leyes sobre migración deberían contener disposiciones concretas encaminadas a satisfacer las necesidades y los derechos de los niños en esas circunstancias. En particular, en esas leyes deberían incluirse principios relativos a los derechos de los niños como el de no recurrir al internamiento más que como último recurso, medidas prioritarias y alternativas al internamiento y la prohibición de deportar a los niños no acompañados como castigo a su estatus migratorio irregular.’ Ver también, Plan de Acción sobre los menores no acompañados de la UE (2010-2014), 6 de mayo de 2010, COM (2010) 213 final, p. 9.

²⁸¹ Artículo 3, CDN. Ver, por ejemplo, *Bakhtiyari contra Australia*, CDH 1069/2002, donde el CDH observó que en este caso los niños habían sufrido los efectos adversos de la detención de manera demostrable, documentada y continuada hasta el momento de su liberación y, en consecuencia, el Comité concluyó que las medidas (de su detención) no habían sido guiadas por el interés superior del niño. Los dos niños habían estado en detención migratoria durante 2 años y 8 meses hasta el momento de su liberación. La detención era arbitrariamente contraria contra al artículo 9 (1) del PIDCP y también violaba el artículo 24 (1) del mismo tratado. Ver, también, artículos 5, 10 (1) y 17 (5) de la Directiva del retorno de la UE. Ver, además, Comisión IDH, Res. 03/08 Derechos humanos de los migrantes, estándares internacionales y la Directiva del retorno de la UE, p. 2.

²⁸² Directriz 6, ACNUR, *Directrices sobre la detención*.

²⁸³ Ver, por ejemplo, *Bakhtiyari contra Australia*, CDH Com. No. 1069/2002, 6 de noviembre de 2003. Ver también, Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17: ‘En el supuesto de privación de la libertad de los niños, la detención debe realizarse conforme a la ley, durante el período más breve que proceda y siguiendo los principios de excepcionalidad, determinación temporal y último recurso. Asimismo, las condiciones en las que el niño puede ser detenido deben ser las mismas que rigen la detención de los adultos, pero reconociendo que ‘la niñez requiere de derechos adicionales y de un cuidado especial’. Además, para la detención de niños ‘deben darse condiciones mucho más específicas en las que resulte imposible resolver la situación con cualquier otra medida.’ En pág. 19.

²⁸⁴ Comité CDN, Observación general No. 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Doc. ONU. CDH/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párr. 61.

²⁸⁵ El artículo 7 de la CDN establece que el niño tiene derecho al registro de su nacimiento, a un nombre y una nacionalidad.

²⁸⁶ Conclusión del Comité Ejecutivo No. 106 (LVII) de 2006 sobre la identificación, prevención y reducción de la apatridia y la protección de los apátridas, párr. (j), (l) y (q); artículo 6 (2), *Convención Europea sobre Nacionalidad* de 1997; artículo 1, *Convención para Reducir los Casos de Apatridia* de 1961.

Muchos Estados aceptan que los niños no acompañados o separados no deben ser detenidos en ningún caso,²⁸⁷ mientras que otros reconocen que la detención sólo debe ser invocada en circunstancias excepcionales.²⁸⁸ El Comité CDN ha señalado que la detención no podrá justificarse solamente por que el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente.²⁸⁹ Estos niños deben ser alojados en hogares provisionales o en centros especiales de recepción mientras se consideran soluciones a más largo plazo.²⁹⁰ El GTDA también ha sostenido que: ‘Dada la existencia de alternativas a su detención, es difícil imaginar una situación en la que la detención de un niño no acompañado sería compatible con lo dispuesto en la segunda frase del párrafo b) del artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, según la cual esa detención se llevará a cabo solo como medida de último recurso’.²⁹¹

Además de los menores no acompañados o separados, cada vez más Estados reconocen que las familias con niños tampoco deberían ser detenidas,²⁹² y se han introducido diversas opciones de alternativas en varios países (que se discuten en la Parte C). Surgen cuestiones complicadas acerca de cuándo puede ser necesario detener a uno o ambos padres de un niño. Al igual que todos los casos que conciernen a los niños, su interés superior debe seguir siendo de primordial importancia. Debido a esto, y a otros derechos humanos que podrían estar implicados (como el derecho a la vida familiar),²⁹³ los solicitantes de asilo adultos que son responsables de niños deben ser detenidos sólo en circunstancias excepcionales. Debido a la trascendencia de la detención de los padres sobre los derechos de los demás (es decir, sus hijos), los Estados deben evaluar cuidadosamente la necesidad de la detención y, como se señaló anteriormente, comprobar que otras medidas menos restrictivas no hubieran podido lograr los mismos objetivos. La decisión de separar al menor de sus padres contra su voluntad debe ser objeto de revisión

²⁸⁷ El estudio de la FRA-UE se encontró, por ejemplo, que un tercio de los países de la UE prohíbe la detención de niños con fines de expulsión: FRA-UE, *Detención de nacionales de terceros países en los procedimientos de retorno*, p. 82-96. Sin embargo, no hay información similar sobre los niños en el inicio del proceso de asilo.

²⁸⁸ *Ibíd.*

²⁸⁹ Comité CDN, Observación general No. 6 (2005), El tratamiento de los menores no acompañados y fuera de su país de origen, Doc. ONU. CDH/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párr. 61.

²⁹⁰ ACNUR, *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*, Ginebra, 1997, p. 10; ACNUR, *Directrices sobre la detención*, Directriz 6.

²⁹¹ GTDA, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Presidente-Relator: El Hadji Malick Sow, Doc. ONU. A/HRC/13/30, 18 de enero de 2010, párr. 60. Ver, también, la decisión de un tribunal alemán que indicó que, en comparación con los adultos, se requirió un umbral más alto para concluir que las alternativas a la detención no eran suficientes: Alemania/Oberlandesgericht (Tribunal Regional) Colonia, decisión del 11 de septiembre de 2001, Asunto No. 16 Wx 164/02, citado en la FRA-UE, *Detención de nacionales de terceros países en los procedimientos de retorno*, n. 350.

²⁹² Hungría, Italia e Irlanda prohíben la detención de niños antes de su expulsión; por su parte, Bélgica, Chipre y Malta tienen la política de que los menores de 18 años no deben ser mantenidos en detención: por FRA-UE, *Detención de nacionales de terceros países en los procedimientos de retorno*, p. 82-96. En 2010, el RU eliminó la detención administrativa de niños.

²⁹³ Artículo 9 (1), CDH; artículo 17, PIDCP; artículo 8, CEDH, artículo 7, Carta de los Derechos Fundamentales de la UE; artículo 18, CADHP; artículo 17, CADH

judicial.²⁹⁴ En particular, los niños solicitantes de asilo [y apátridas] privados de su medio familiar tienen derecho a protección y asistencia especiales.²⁹⁵

En el caso excepcional de que un menor solicitante de asilo, refugiado o apátrida sea detenido, tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión.²⁹⁶ Los niños también tienen derecho a participar en las decisiones que afectan sus vidas,²⁹⁷ lo que incluye la obligación de los Estados de proporcionar a los niños la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo, incluso en todos los procesos migratorios y de asilo.²⁹⁸ Cualquier revisión judicial debe ser efectiva, es decir, que el tribunal debe tener la facultad de ordenar la liberación o la reunificación. Además, todo niño que ha sido internado tiene derecho a un examen periódico del tratamiento a que está sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.²⁹⁹

No garantizar que las condiciones de detención respondan a las necesidades de un menor volvería la detención arbitraria. ‘Se dispondrá lo necesario para que el alojamiento sea adecuado para los menores y esté separado del de los adultos, a menos que lo contrario se considere conveniente en interés superior del menor.’³⁰⁰ El TEDH ha aclarado que un centro cerrado no es adecuado para la ‘extrema vulnerabilidad’ de un niño migrante no acompañado, entre otras cosas porque las instalaciones no responden a sus necesidades especiales.³⁰¹ Un tribunal sudafricano recalcó las obligaciones de los Estados de garantizar que ‘se satisfacen las necesidades básicas de todos los niños, en particular los niños [migrantes] no acompañados...’, incluyendo la vivienda adecuada, la higiene, la supervisión y la dieta adecuada para niños.³⁰² En la práctica, existen pocos ejemplos de

²⁹⁴ Artículo 9 (1), CDH.

²⁹⁵ Artículos 20 (1) y 22 (2), CDH.

²⁹⁶ Artículo 37 (d), CDH.

²⁹⁷ Artículo 12, CDH.

²⁹⁸ UNICEF, *Manual de implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, edición revisada, 2002, páginas 166 y 179 (‘Manual de UNICEF sobre la implementación de la CDN’).

²⁹⁹ Artículo 25, CDH.

³⁰⁰ Comité CDN, Observación general No. 6 (2005), El tratamiento de los menores no acompañados y fuera de su país de origen, Doc. ONU. CDH/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párr. 63. Ver, también, *Muskhadzhiyeva y otros contra Bélgica* y Directriz 11.3 de las Veinte directrices sobre el retorno forzoso del Consejo de Europa; artículo 17 (3), Directiva del retorno de la UE.

³⁰¹ *Mitunga contra Bélgica*, TEDH, Demanda No. 13178/03, 12 de octubre de 2006, párr. 103. Ver, también, *Centre for Child Law contra Ministro del Interior y otros* (22866/04) [2004] TPD (13 de septiembre de 2004) (Tribunal Superior de Sudáfrica (Provincia de Transvaal)), donde se declaró que la detención de los niños junto a los adultos en el centro de detención Lindela era ilegal. Justice De Vos señaló que en ese caso ‘el Estado tiene la obligación directa de garantizar la prestación de las necesidades socioeconómicas básicas de los niños que carecen del cuidado de la familia al igual que los niños extranjeros no acompañados’ (párr. 17).

³⁰² Ver, *Lawyers for Human Rights contra Ministro de Seguridad y otros* 17 (5824/2009) [2009] NGHC (15 de mayo de 2009) (Tribunal Superior de Sudáfrica; Tribunal Superior de Norte y Sur de Gauteng, Pretoria), p. 31-34.

acuerdos de detención adecuados para los niños y numerosos estudios han demostrado los efectos tremendamente perjudiciales de la detención en los niños.³⁰³ La CDN también contiene diversas disposiciones sobre la adopción de todas las medidas apropiadas para proteger a los niños contra todas las formas de violencia y explotación,³⁰⁴ a las que están más expuestos en un entorno de detención.³⁰⁵ Como el Comité CDN ha aclarado que ‘el programa tendrá como fundamento la ‘atención’ y no la ‘privación de libertad’’.³⁰⁶ Esto incluye las evaluaciones apropiadas de la edad, ya que las evaluaciones inadecuadas de la edad pueden llevar a la detención prolongada de los menores solicitantes de asilo.³⁰⁷

8.2 Personas con enfermedades mentales o físicas o con discapacidades

La investigación demuestra que la detención migratoria tiene extensos y altamente perjudiciales efectos sobre la salud mental (y a veces sobre la salud física) de los encarcelados.³⁰⁸ Se debe plantear seriamente la posibilidad de AD para aquellos con enfermedades mentales preexistentes o para quienes sufren de un trauma, u otros acuerdos que satisfagan sus necesidades de tratamiento y estén conformes a las garantías desarrolladas en el artículo 9 del PIDCP (descrito anteriormente). Existe una serie de cuestiones de derechos humanos que entran en juego, incluyendo la protección contra los tratos crueles, inhumanos o degradantes, y el derecho a condiciones de detención dignas.³⁰⁹ Existe una intersección muy clara con otras categorías o vulnerabilidades ‘en riesgo’, como la edad y/o el género.³¹⁰

³⁰³ Ver, por ejemplo, Comisión de Derechos Humanos de Australia, *Investigación Nacional sobre los niños en detención migratoria*, 13 de mayo de 2004, disponible en inglés en: http://www.hreoc.gocontraau/human_rights/children_detention_report/report/index.htm, Medical Justice, ‘*Crueldad patrocinada por el Estado*’, *Los niños en detención migratoria*, 9 de septiembre de 2010, disponible en inglés en: <http://www.medicaljustice.org.uk/content/view/1420/89>.

³⁰⁴ Artículo 19, CDH. Ver, también, artículos 11, 32, 33, 34, 35 y 36, CDH.

³⁰⁵ La exposición de los niños a motines, intentos de suicidio y otros actos de violencia ha ocurrido en muchos lugares: ver, en particular, los informes de la Comisión Australiana de Derechos Humanos, *Investigación Nacional sobre los niños en detención migratoria* y Medical Justice, ‘*Crueldad patrocinada por el Estado*’, *Los niños en detención migratoria*.

³⁰⁶ Comité CDN, Observación general No. 6 (2005), El tratamiento de los menores no acompañados y fuera de su país de origen, Doc. ONU. CDH/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párr. 63.

³⁰⁷ Del mismo modo, las evaluaciones de la edad se tornan importantes en este contexto para evitar que los adultos no relacionados sean detenidos o alojados junto a los niños.

³⁰⁸ Ver, por ejemplo, G.J. Coffey et al., ‘El significado y las consecuencias en la salud mental de la detención migratoria a largo plazo para las personas que solicitan asilo’ (2010) 70 *Social Science & Medicine* 2070-2079, que incluye un resumen de los estudios recientes sobre el mismo tema.

³⁰⁹ Artículos 7 y 10 (1), respectivamente de PIDCP.

³¹⁰ Conclusión del Comité Ejecutivo, No. 110 (LXI), 2010, sobre los refugiados con discapacidad y otras personas discapacitadas a las que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados brinda protección y asistencia, hace notar la naturaleza múltiples o intersectorial de la discriminación en el párrafo 6 del preámbulo. La Conclusión señala, por ejemplo, que ‘los niños con discapacidad corren un mayor riesgo de maltrato, negligencia, abandono, explotación, problemas de salud, exposición a trastornos psicosociales a más largo plazo, separación de la familia y denegación del derecho a la educación’, (párrafo 7 del preámbulo).

Además, las investigaciones han señalado que el daño psicológico puede ocurrir como consecuencia de haber sido detenidos durante largos períodos, independientemente de cualquier condición preexistente. Un estudio de 2010 realizado por el Servicio Jesuita a Refugiados sobre inmigrantes detenidos en 23 países de la UE llegó a la conclusión, por ejemplo, que la detención crea vulnerabilidades en personas que no presentan tales vulnerabilidades al inicio o que no cumplen los criterios del gobierno sobre las personas con ‘necesidades especiales’.³¹¹ Institucionalmente, esto necesariamente tendrá consecuencias a largo plazo para los sistemas nacionales y locales de salud por aquellos admitidos en el territorio en calidad de refugiados o por medio de otras vías legales de permanencia. La práctica de algunos Estados de transferir a las cárceles provinciales a las personas con enfermedades psicológicas graves o a quienes presentan graves signos de trauma o estrés, en lugar de considerar mejores alternativas, debe definirse como una aplicación de mala fe de las obligaciones de derechos humanos y plantea interrogantes en torno a las violaciones del derecho a la libertad y seguridad personales y a la protección contra los tratos inhumanos o degradantes.³¹² La Directiva de acogida de la UE requiere que las personas con necesidades específicas sean evaluadas individualmente, incluyendo a las personas con discapacidades.³¹³ La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD) también exige que las personas con discapacidad disfruten de sus derechos sin discriminación, incluyendo, expresamente, el derecho a la libertad y seguridad de la persona y que esto obliga a los Estados a realizar ‘ajustes razonables’ o cambios en la política de detención para que concuerden con sus requerimientos y necesidades.³¹⁴ La CIDPD establece además que los procedimientos de inmigración deben ser accesibles a las personas con discapacidades, especialmente cuando ello sea necesario para facilitar su derecho a la libertad de desplazamiento.³¹⁵

Como regla general, las personas con ‘deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo’³¹⁶ no deben ser detenidas. Si la detención es estrictamente necesaria en un caso individual, y no existieran medios menos intrusivos para lograr los mismos objetivos, las condiciones de detención deben ser adaptadas para satisfacer sus necesidades, incluyendo, por ejemplo, la disponibilidad de una educación adecuada para los niños con discapacidad; la comunicación de información, procedimientos, decisiones y políticas de manera adecuada y accesible; la prestación de servicios de salud especializados y otros servicios; y una rápida y sistemática identificación y registro de

³¹¹ Servicio Jesuita para Refugiados - Europa (SJR-E), *Vulnerabilidad durante la detención*, junio de 2010. Esta investigación demuestra que ‘mujeres jóvenes, niños y personas que llevan más de tres meses detenidas, sufren graves consecuencias de estrés, ansiedad, depresión, insomnio y pérdida de peso.’ El estudio se centró en las opiniones de los propios detenidos.

³¹² Canadá, por ejemplo, transfiere a los inmigrantes detenidos que padecen enfermedades psicológicas a las cárceles provinciales en lugar de ordenar su puesta en libertad: Ciudadanía e Inmigración de Canadá, Entrevista, mayo de 2010.

³¹³ Artículo 17 (1), Directiva de acogida de la UE.

³¹⁴ Artículo 14, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2008 (CIDPD).

³¹⁵ Artículo 18 (1) (b), CIDPD.

³¹⁶ Comité Ejecutivo, Conclusión No. 110, párrafo 3 del preámbulo.

estas personas.³¹⁷ Igualmente, puede ser preciso adaptar las AD a las necesidades de las personas con discapacidades y sus familias para que puedan beneficiarse del derecho a la libertad y a la seguridad de la persona sobre la base de la igualdad con las personas sin discapacidad. Esto podría incluir, por ejemplo, que las instalaciones de alojamiento se adapten a la determinada discapacidad física o intelectual, como lo requiere la CIDPD,³¹⁸ o la posibilidad de notificación electrónica, como por teléfono, para las personas con discapacidad o dificultades de movilidad.

8.3 Mujeres

Cuando no existen instalaciones de alojamiento separadas para mujeres y hombres que no tienen ninguna relación entre ellos, o cuando las necesidades especiales de las mujeres no pueden ser atendidas durante la detención, las AD pueden ofrecer la única solución. Como regla general debería evitarse la detención de mujeres embarazadas en sus últimos meses de gestación y de madres lactantes, que pueden necesitar cuidados especiales.³¹⁹ También se deben tener en cuenta los acuerdos alternativos para satisfacer las necesidades particulares de las mujeres, incluyendo los problemas en torno a la violencia y la explotación.³²⁰

8.4 Personas mayores

Las personas mayores también pueden requerir cuidados y asistencia especiales en razón de su edad, su vulnerabilidad, la disminución de su movilidad, su salud psicológica y otras condiciones. Sin tal cuidado y asistencia, cualquier detención puede llegar a ser ilegal. Además, deben tomarse en cuenta arreglos alternativos para sus circunstancias particulares, incluyendo su bienestar físico y mental.³²¹

³¹⁷ *Ibíd.*, párr. (C), (f), (h), (j).

³¹⁸ Ver, artículo 19, CIDPD sobre la vida independiente en la comunidad, que reconoce el derecho de las personas con discapacidad de vivir en forma independiente en la comunidad y tener ‘acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta.’ (Artículo 19 (b)).

³¹⁹ ACNUR, Directrices sobre la detención, Directriz 8.

³²⁰ Por ejemplo, deberían estar disponibles medidas especiales para proteger el derecho a vivir dignamente de las mujeres que han sido víctimas de trata dentro del país.

³²¹ Ver, por ejemplo, artículo 17 (1), Directiva de acogida de la UE.

C. Alternativas a la detención migratoria: Aspectos prácticos y funcionales

Existe una gran diversidad de programas y acuerdos sobre las AD que actualmente operan en varios países.³²² Estos se pueden categorizar bajo los siguientes subtítulos (y se explican con más detalle a continuación):

1. Libertad o puesta en libertad sin condiciones o bajo palabra
2. Libertad condicional
3. Libertad bajo fianza, caución, aval/garante
4. Libertad bajo supervisión comunitaria o gestión de casos
 - 4.1. Modelos operados por las ONG
 - 4.2. Modelos híbridos de cooperación o alianzas entre los gobiernos y las ONG
 - 4.3. Modelos operados por el gobierno
5. Residencia designada en un centro de alojamiento específico
6. Pulsera electrónica, notificación electrónica o localización por satélite
7. Horario restringido
8. Medidas complementarias

Como se señaló en la Parte B de este estudio, muchas AD implican algún tipo de restricción de circulación u otra privación de la libertad, y por lo tanto están sujetas a la supervisión de los derechos humanos. Las alternativas que implican restricciones a la circulación o privaciones de la libertad sólo deben ser impuestas cuando sean necesarias y proporcionadas a los objetivos en cuestión. Para satisfacer estos requisitos se debe tomar la medida menos invasiva en cada caso individual. Esto necesariamente incluiría una evaluación de si las condiciones de liberación son necesarias. En la sección titulada 'medidas complementarias', se destacan algunos ejemplos de criterios sobre cómo evaluar si la detención es necesaria y proporcionada. Aunque estas herramientas no son en realidad AD como tal, podrían ser un componente importante del cumplimiento de las obligaciones en el marco del derecho a la libertad y la seguridad personales.

³²² Aproximadamente dos tercios de los Estados miembros de la UE prevén la posibilidad de imponer AD en relación con los retornos, ya sea antes de recurrir a la detención o en el momento de la prórroga, (FRA-UE Estudio, Cuadro 6, p. 73).



D. Cuadro 1

Esta parte del estudio tiene como objetivo exponer las diversas opciones de AD, además de algunos ejemplos concretos sobre cómo funcionan en la práctica, así como desmontar y examinar los factores y características que dan cuenta de su éxito o efectividad.³²³ Aquí se examinan programas pilotos previos y vigentes para identificar algunos principios rectores o el contenido mínimo en torno a las alternativas.

Hay un largo camino por recorrer antes de que las AD sean sistematizadas. La Relatora Especial sobre detención del Consejo de Europa ha señalado que:

Cuando se encuentran alternativas establecidas por la ley, éstas están redactadas en términos vagos o requieren que el individuo en cuestión cumpla con un alto umbral antes de que puedan ser aplicadas. Por otra parte, con frecuencia su uso se asocia a un alto nivel de discreción y existen pocas directrices claras y consistentes.³²⁴

Sin embargo, cada vez hay más ejemplos de AD que podrían ser replicados, extendidos y/o adaptados a otros contextos. El objetivo principal de este trabajo es la investigación empírica realizada en cinco lugares: Australia, Bélgica, Canadá, Hong Kong y el Reino Unido (es decir, Escocia), con material adicional extraído de fuentes secundarias. Vale la pena recordar que éstas deberán adaptarse a la situación de cada país y a su particular contexto jurídico, socioeconómico y político. A pesar de la naturaleza *sui generis* de algunas AD, la adopción de prácticas similares en determinadas regiones puede ser aconsejable en la medida que los Estados tienen están interesados en que los individuos,

³²³ La cuestión de si una particular AD es exitosa o efectiva es obviamente tendenciosa y dependerá de la perspectiva adoptada y los objetivos que cada alternativa está tratando de lograr. Para los gobiernos, reducir las fugas y el retorno de solicitantes de asilo rechazados pueden ser los objetivos finales; para los grupos de derechos humanos, un programa puede ser exitoso por el simple hecho de que las personas son liberadas de la detención. Por lo tanto, es una noción bastante flexible, y es más cualitativa que cuantitativa. En este estudio se utiliza principalmente para responder a los objetivos gubernamentales, notando que la mayoría de las alternativas a la detención satisfacen muchas cuestiones de derechos humanos (con excepción de las situaciones extremas) y por lo tanto también puede ser visto como un 'éxito' en ese frente.

³²⁴ Relatora Especial del Consejo de Europa, *Informe sobre detención*, párr. 38.

teniendo conocimiento que una AD se aplica en un lugar y no en otro, se trasladen a ese lugar. También es importante destacar que se han asociado algunas consecuencias negativas no deseadas a determinadas AD. Estas se exponen con miras a la adopción de medidas para minimizarlas.



E. Cuadro 2

1. Libertad o puesta en libertad sin condiciones o bajo palabra

La AD ideal es que se ordene la libertad en primer lugar, o la puesta en libertad sin condiciones o bajo protesta. Filipinas, por ejemplo, ofrece una certificación a los solicitantes de asilo y pone en libertad a los solicitantes de asilo sin condiciones. Por otro lado, la legislación sudafricana requiere la liberación de la detención de cualquier persona que solicite asilo, a menos que prevalezcan otros intereses como la seguridad nacional. Como se destaca en la Parte B de este estudio, la detención sólo es legal en virtud del derecho internacional de los derechos humanos si es necesaria y proporcionada, y esto debe ser evaluado en cada caso individual. Esto coloca la carga de la prueba sobre el Estado que debe aportar los motivos de por qué la detención es necesaria y proporcionada en cada caso individual. En muchos sentidos, esto da lugar a una presunción contra la detención. Para decirlo de otro modo, existe un derecho a la libertad y a la seguridad personales, salvo en justificadas circunstancias juzgadas de acuerdo a la ley.

2. Libertad condicional

La mayoría de los países cuentan con sistemas formales de revisión de la detención administrativa.³²⁵ Estos sistemas permiten la liberación de los individuos, ya sea sin condiciones o sujeta a una o más condiciones adaptadas a sus circunstancias individuales. Por ejemplo, Francia, Luxemburgo y Sudáfrica exigen a los solicitantes de asilo que se presenten personalmente para renovar los documentos de identidad.³²⁶ Otros países como Austria, Canadá, Dinamarca, Grecia, Hong Kong, Irlanda, Japón, Noruega, Suecia y los Estados Unidos, tienen marcos legales que pueden requerir que los individuos comparezcan ante las autoridades policiales o migratorias a intervalos regulares.³²⁷ Casi todos los países de la Unión Europea y Australia, por ejemplo, permiten el uso de la comparecencia y/o el registro como una alternativa.³²⁸

Sin embargo, persisten varios problemas prácticos, como que en muchos lugares donde estas alternativas están previstas por ley, no siempre son accesibles en la práctica; que se imponen condiciones de forma automática y sin una evaluación individual de la necesidad; y que a veces son impuestas de manera excesivamente onerosa (y en algunos casos, esto podría acarrear una restricción innecesaria a la circulación o una privación arbitraria de la libertad (ver la Parte B)).

Las condiciones para la liberación pueden incluir una o más de las siguientes obligaciones:

- a. Registrar el lugar de residencia ante las autoridades competentes y notificarlas de cualquier cambio de dirección u obtener su permiso antes de cambiar tal dirección;
- b. Entregar el pasaporte y/u otros documentos;
- c. Comparecer a las citas, incluyendo los procedimientos de determinación de la condición refugiado o apátrida;
- d. Notificarse ante las autoridades u otros (por ejemplo, grupos comunitarios) periódicamente (en algunos casos esto se puede hacer a través de sistemas telefónicos electrónicos, lo que sería de particular importancia para las personas con dificultades de movilidad o discapacidad);³²⁹
- e. Vivir en un domicilio designado o en un particular distrito administrativo o estar prohibido residir en determinados lugares. En algunos países, esta alternativa también se utiliza como una herramienta de dispersión para la distribución

³²⁵ Como se señaló en la Parte B, el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona exige que toda detención esté sujeta a revisiones periódicas y que el órgano de recurso administrativo o judicial debe tener la facultad de ordenar la excarcelación. La única excepción en el mundo industrializado parece ser Australia.

³²⁶ Field y Edwards, *Alternativas a la detención*, pp.28-30.

³²⁷ Field y Edwards, *Alternativas a la detención*, pp.28-30.

³²⁸ Relatora Especial del Consejo de Europa, *Informe sobre detención*, párr. 44.

³²⁹ Por ejemplo, el programa ISAPII de EE.UU. permite que las personas se reporten por teléfono.

equitativa de los solicitantes de asilo y migrantes en el país y asegurar la distribución de responsabilidades en todas las regiones y la asignación equilibrada de recursos para satisfacer las necesidades de los solicitantes de asilo.

No hay nada de mágico acerca de los sistemas que admiten posibilidades para la libertad condicional. Esto, junto con los sistemas de fianza (a continuación), es sin duda el modelo menos oneroso para el Estado. Sólo tiene un costo mínimo, ya que por lo general puede depender de sistemas preexistentes de revisión periódica de la detención. Sin embargo, esto pareciera estar subutilizado y las cortes y tribunales administrativos de algunos países parecen reacios a la liberación de migrantes mediante estos sistemas.³³⁰

3. Libertad bajo fianza, caución, aval/garante

Muchos países cuentan con sistemas que permiten la libertad bajo fianza, caución o aval/garante. Está disponible, por ejemplo, en el Reino Unido, Eslovenia, Finlandia y Dinamarca,³³¹ y en Canadá, Japón y la República de Corea del Sur.³³² Los términos ‘fianza’, ‘caución’ y ‘aval/garante’ son similares en naturaleza y se aplican de manera diferente de acuerdo a los marcos jurídicos nacionales. En general, el término ‘fianza’ se utiliza para denotar un depósito financiero a nombre de las autoridades con el fin de garantizar la futura asistencia del individuo a las entrevistas, audiencias o a otros actos de comparecencia requeridos. La suma de dinero se devuelve si el individuo comparece como es exigido, de lo contrario se perderá. El importe de la fianza debe ser calculado sobre una base razonable de lo que el individuo tendría la posibilidad de pagar y que lo animaría a comparecer (o lo desalentaría a desaparecer). El importe debe tener en cuenta que muchos solicitantes de asilo no están en capacidad de pagar grandes sumas de dinero (y como se muestra en la experiencia de Hong Kong, quienes pueden pagar grandes sumas de dinero por lo general también están en posición de no preocuparse si lo pierden³³³). Como se muestra más adelante en relación con el Programa de Fianza de Toronto, existen modos de aliviar la discriminación económica inherente a un sistema de libertad bajo fianza. Algunos estudios han indicado que el pago de la fianza puede tener poca correlación con los índices de comparecencia y que puede ser impuesto innecesariamente, especialmente si las personas sujetas a libertad bajo fianza están en su país elegido de destino y por lo tanto ya tienen un incentivo para comparecer.³³⁴

El término ‘caución’ se utiliza para denotar un acuerdo legal, a veces con avales (se explica más adelante), garantizando el fiel cumplimiento de actos y deberes tales como la

³³⁰ Relatora Especial del Consejo de Europa, *Informe sobre detención*, párr. 44.

³³¹ Relatora Especial del Consejo de Europa, *Informe sobre detención*, párr. 47.

³³² Información proporcionada por la Coalición Internacional sobre la Detención, intercambio de correos electrónicos, diciembre de 2010

³³³ Entrevista, Oficina de Seguridad, Hong Kong, septiembre de 2010

³³⁴ Field y Edwards, *Alternativas a la detención*, p. 50.

futura asistencia a entrevistas, investigaciones y/o procedimientos de expulsión, junto con los requisitos de reportarse periódicamente. El término ‘aval’ se aplica a la situación en la cual una persona u organización responde por la comparecencia de un solicitante de asilo o de otro migrante irregular. El ‘garante’ acuerda que si la persona no compareciera, está disponible a pagar parte o la totalidad de la cantidad acordada (el ‘aval’).³³⁵ No se requiere pagar ninguna cantidad por adelantado.

El mejor enfoque sobre las opciones de fianza/caución/aval/garante es que deben estar disponibles dentro de los procedimientos normales de evaluación de la legalidad de la detención, y, preferentemente, estas evaluaciones deberían ser periódicas y automáticas. Aunque muchos sistemas jurídicos prevén la libertad bajo fianza, es cuestionable en qué medida los migrantes podrán beneficiarse de estos.³³⁶ Por lo menos en el caso de Canadá, esto ha llevado al gobierno a introducir un fiador financiado por el gobierno.

3.1 Programa de Libertad Bajo Fianza de Toronto, Canadá: Audiencias automáticas de libertad bajo fianza y sistema de fianzas financiado por el gobierno

En Canadá existe el derecho a la revisión automática y periódica de la detención migratoria amparado por la Ley de Inmigración y Protección de Refugiados (IRPA), que permite la libertad con o sin condiciones. Canadá tiene un sistema metódico de libertad bajo fianza que se complementa con un programa profesional de libertad bajo fianza financiado por el gobierno (Programa de Libertad Bajo Fianza de Toronto o TBP, por su nombre en inglés). El TBP ha estado funcionando desde 1996. En Canadá se permite la detención migratoria, ya sea en un centro correccional³³⁷ o en un centro de detención de inmigrantes, si ‘[el individuo] representa un peligro para el público, si su identidad está en cuestión o si existen razones para creer que no comparecerá a los procedimientos

³³⁵ Tener en cuenta que en algunos sistemas, ‘aval’ se refiere a la persona que da la garantía (garante).

³³⁶ Por ejemplo, el sistema del Reino Unido de libertad bajo fianza no automática está técnicamente a disposición de todos los inmigrantes detenidos después de 7 días y ofrece asistencia legal para tales solicitudes. No obstante, el índice de solicitudes de libertad bajo fianza con respuestas afirmativas sigue siendo bajo y con frecuencia muchos detenidos se representan a sí mismos en las audiencias de libertad bajo fianza debido a la renuencia de algunos abogados a buscar su liberación. En 2007, por ejemplo, hubo 8.950 solicitudes de libertad bajo fianza de las cuales sólo 1.990 fueron concedidas (22%), 4.108 casos fueron rechazados (46%) y 2.830 solicitudes (32%) fueron retiradas antes de que la decisión fuera emitida: Bail for Immigration Detainees (BID), Detención migratoria en el RU, preguntas frecuentes, disponible en inglés en: <http://www.biduk.org/download.php?id=96>. Bail for Immigration Detainees (BID) es una organización no gubernamental que presta asistencia a los migrantes detenidos para realizar sus solicitudes de libertad bajo fianza. En 2007, apoyó 2.000 solicitudes de libertad bajo fianza, debido a que los asesores jurídicos eran renuentes a buscar la libertad bajo fianza de sus clientes.

³³⁷ Existen muchas preocupaciones sobre la detención de solicitantes de asilo y otros migrantes dentro de las instalaciones correccionales: ver la Parte B del presente estudio.

migratorios.³³⁸ Los oficiales de inmigración están obligados a examinar las razones de la detención y tienen la facultad de ordenar la liberación con o sin condiciones dentro de las primeras 48 horas. También se realizan evaluaciones automáticas y periódicas de la detención después de 48 horas, o inmediatamente después, y después de 7 días, y luego cada 30 días.³³⁹ Estas evaluaciones se llevan a cabo ante un miembro de la División de Inmigración de la Junta de Inmigración y Refugiados (IRB) (una autoridad cuasi-judicial competente en la determinación de la condición de refugiado).³⁴⁰ También está disponible la revisión judicial. La Agencia Canadiense de Servicios Fronterizos (CBSA) representa al gobierno en la revisión de la detención y las audiencias de admisibilidad, mientras que el detenido tiene derecho a asesoría jurídica y asistencia legal, con sujeción a los medios y méritos de prueba.

El objetivo del sistema es liberar a las personas de la detención tan pronto como sea posible si no hay necesidad de detenerlos, y si otras condiciones podrían satisfacer a las autoridades para asegurar la comparecencia. En muchos sentidos, Canadá opera una presunción contra la detención. La CBSA indica que el 90-95 por ciento de los solicitantes de asilo son liberados en la comunidad.³⁴¹ Las regulaciones de 2002 estipulan explícitamente que se deben explorar ‘alternativas a la detención.’³⁴² El mismo sistema se aplica a la detención al ingresar y al salir (es decir, quienes buscan asilo, así como quienes enfrentan la expulsión). Las condiciones de liberación pueden incluir el depósito de una suma de dinero (el monto mínimo normal es de \$2.000 CAD y la cantidad promedio es \$5000 CAD) o la firma de un acuerdo garantizando una determinada cantidad (garantía de cumplimiento), con o sin las demás condiciones de ‘cumplimiento’, tales como la notificación ante autoridades, el registro de la dirección, la comparecencia en los procedimientos de inmigración, etc. Una tercera parte puede pagar la fianza en estas circunstancias.

El sistema anterior se complementa con el TBP, cuyo objetivo es eliminar la ‘discriminación financiera’ inherente al sistema migratorio de libertad bajo fianza,³⁴³ donde es particularmente probable que los solicitantes de asilo estén en desventaja porque sus recursos y vínculos comunitarios y familiares son muy escasos o porque carecen de ellos. Su director describe el programa como ‘libertad bajo fianza profesional’

³³⁸ Agencia Canadiense de Servicios Fronterizos (CBSA), Hoja informativa: Arrestos y detenciones, julio de 2009, disponible en inglés en: <http://www.cbsa-asfc.gc.ca/media/facts-faits/007-eng.html>. El Reglamento de Inmigración y Protección de los Refugiados establecen los factores relevantes a considerar, incluyendo si la persona ha cumplido condenas penales; tiene historial de incumplimiento de las normas de inmigración; tiene vínculos con la comunidad; demuestra voluntad de cooperar con las autoridades; tiene vínculos la delincuencia organizada, incluyendo la trata y el tráfico; y las consideraciones de orden público y seguridad nacional.

³³⁹ S. 57, Ley de Inmigración y Protección de Refugiados.

³⁴⁰ Por favor, tener en cuenta que la información presentada en este documento era jurídicamente válida a mayo de 2010, aunque se habían propuesto una serie de cambios al sistema de asilo en Canadá durante el período de elaboración de la investigación y durante todo el período posterior.

³⁴¹ Entrevista, CBSA, Toronto, mayo de 2010.

³⁴² Reglamento 248 (e), Ley de Inmigración y Protección de los Refugiados, 2002.

³⁴³ Field y Edwards, *Alternativas a la detención*, p. 86.

en contraste con los modelos comunitarios más *ad hoc* de Canadá, donde grupos de las diásporas o las organizaciones comunitarias pueden pagar una fianza u ofrecer sus nombres como garantes de determinados individuos (ver más adelante). El TBP actúa de manera diferente a los sistemas normales de fianza/caución en la medida que en el marco del programa no se paga nada a las autoridades para lograr que cualquier migrante sea liberado de la detención y no se firman garantías de cumplimiento.³⁴⁴ En cambio, el TBP, en virtud de un acuerdo con la CBSA, actúa como el fiador de determinados individuos que de otra forma no podrían ser liberados. El TBP acepta tanto a los solicitantes de asilo como a las personas en espera de deportación. El TBP lleva a cabo una intensiva entrevista de selección con las personas en cuestión para evaluar su idoneidad para la supervisión (se describe a continuación). El acuerdo de cooperación entre el TBP y la CBSA significa que, a diferencia de los procedimientos normales de libertad bajo fianza, la CBSA se basa en el juicio del TBP en la selección de sus clientes, haciendo que el sistema sea eficiente, ya que rara vez surge una objeción del gobierno a la puesta en libertad de determinado individuo. El individuo y/o la familia son puestos en libertad bajo ‘supervisión’ del TBP en particulares condiciones (se describe a continuación).

El TBP ha logrado un éxito considerable en términos de sus índices de cumplimiento. En el año fiscal 2009-10, de 250-275 clientes puestos en libertad por el TBP, sólo 3,65 por ciento se dieron a la fuga, lo que equivale a 12 ‘clientes perdidos’. La proporción de los llamados ‘clientes perdidos’ incluso ha mejorado en los últimos años.³⁴⁵ Existe una mínima distinción entre la proporción de ‘clientes perdidos’ que son solicitantes de asilo en comparación con aquellos en espera de expulsión.³⁴⁶ Según el director del programa, varios ingredientes fundamentales son la base del éxito del programa.³⁴⁷ El primero es el concepto de ‘cumplimiento voluntario’ según el cual las personas ‘aceptan’ ser supervisadas por el TBP.³⁴⁸ Esto se efectúa para crear un sentido de dignidad y responsabilidad en los individuos liberados hacia el programa, del cual es parte la firma de un acuerdo entre el individuo y el TBP sobre los deberes de cada parte. El contrato notifica al individuo que en caso de no comparecer a alguna cita o cualquier otra

³⁴⁴ El estudio de Field y Edwards afirmó erróneamente que había incentivos económicos directamente vinculados con el pago de cauciones por individuos a las autoridades de inmigración. Por el contrario, la CBSA paga anualmente una suma fija de dinero por el servicio del TBP y este no entrega ninguna ‘caución’ a las autoridades para la liberación de personas específicas. En caso de una fuga individual del programa, no hay sanciones ni pérdida de dinero, ya que este no ha sido recibido. Sin embargo, el TBP tiene un incentivo para asegurarse de que las personas cumplan con los requisitos del programa con el fin de garantizar que siga siendo efectivo y sea financiado en los años subsecuentes. Esto ha llevado a algunas acusaciones de ONG contra el TBP porque lo consideran ‘muy selectivo’ sobre a quién se compromete a supervisar; acusaciones negadas por el TBP.

³⁴⁵ Por ejemplo, en el año fiscal 2002-2003, la proporción del total de clientes perdidos en relación con todos los migrantes que interpusieron recursos fue de 5,65 por ciento: Field y Edwards, *Alternativas a la detención*, p. 88.

³⁴⁶ Entrevista, Dave Scott, Director Ejecutivo del TBP, mayo de 2010.

³⁴⁷ Entrevista, Dave Scott, Director Ejecutivo del TBP, mayo de 2010.

³⁴⁸ Si bien existe una noción de ‘cumplimiento voluntario’ en la medida en que las personas están de acuerdo con ser liberadas bajo la supervisión del TBP, cuando no hay otras opciones de liberación disponibles, difícilmente es un proceso totalmente voluntario con igualdad de armas.

violación de los términos del acuerdo, será reportado a la CBSA (que luego emitirá una orden de arresto en todo Canadá)³⁴⁹ El TBP, por su parte, se compromete a proporcionar información y asesoría sobre una amplia gama de servicios, etc.

El segundo ingrediente fundamental es la ‘supervisión comunitaria’, argumentó también *infra*, lo que el TBP cree que hace que el cumplimiento sea más probable porque los solicitantes de asilo y otros migrantes se benefician de su compromiso con el programa. Es decir, existe un incentivo para cumplir. Las personas puestas en libertad mediante el TBP reciben asistencia y asesoría sobre la forma de navegar por los sistemas de asilo, inmigración y servicios sociales de Canadá. El TBP ayuda a las personas a encontrar vivienda y a acceder a la atención en salud, al bienestar social y al trabajo (cuando esté permitido) o a presentar los documentos necesarios, incluyendo las solicitudes de asilo y los permisos de trabajo. Recientemente ha contratado personal especializado en salud mental y temas de adicción, y se espera esto conducirá a un aumento de las personas puestas en libertad gracias al TBP, en lugar de la práctica actual de transferir a tales personas de centros de detención de inmigrantes a cárceles provinciales de máxima seguridad.³⁵⁰ Es evidente que una supervisión de este tipo no será apropiada para todos los migrantes.

Las personas puestas en libertad a través del TBP tienen inicialmente la obligación de reportarse dos veces por semana a las oficinas del TBP en el centro de Toronto. Los requisitos de reportarse se suavizan a medida que se desarrolla la confianza entre las dos partes y no haya lapsos en el acto de reportarse. Más tarde puede instituirse la notificación telefónica en lugar de la presentación personal. El TBP requiere prueba de que un individuo ha participado en los programas asignados, tales como recibos de cursos de inglés, talonarios de pago si trabaja o compromiso con un plan de tratamiento, si fuera necesario, etc. Los clientes también están obligados a residir en una dirección aprobada por el TBP, y deberá informar al TBP si cambia de dirección. El TBP asiste en la búsqueda de vivienda, a menudo junto con albergues locales, y lleva a cabo controles

³⁴⁹ La presentación de informes de no-cumplimiento de los particulares por TPB para el gobierno es considerado por el PDD como uno de sus puntos fuertes, ya que es un importante incentivo para participar, sin embargo, es este factor que ha impedido a las ONG de Canadá de la expansión del sistema con la gobierno. Esto es para ser comparado con el modelo australiano (explicado más adelante), donde las ONG apareció mucho menos preocupado por la presentación de informes a los particulares que no cumplan con los términos de su liberación. Una opción alternativa que puede salvar la brecha entre estos dos puntos de vista es que ninguna de las obligaciones de información se hacen a las autoridades de inmigración, mientras que el sector de las ONG proporciona asistencia y otros servicios sin ningún tipo de obligación de informar sobre los clientes que no cumplen. Es decir, las organizaciones no gubernamentales se las agencias de prestación de servicios sin responsabilidad de ejecución, que se mantiene con las autoridades de inmigración.

³⁵⁰ Ver, Sociedad de Esquizofrenia de Ontario, *Doble enjuiciamiento: Deportación de imputados con enfermedades mentales: Un documento de debate*, marzo de 2010. En línea con la decisión en *Muskhadzhiyeva y otros contra Bélgica* (ver la Parte B), se puede argumentar que la detención de personas con enfermedades mentales y otros problemas psicológicos en cárceles provinciales de máxima seguridad constituye una detención arbitraria ya que las instalaciones son claramente inadecuadas para su tratamiento y recuperación.

sobre el terreno. Además, los individuos deben estar haciendo ‘algo productivo’ que sea permitido por la IRPA (por ejemplo, a algunos no se les permite trabajar). También está el requisito de cooperar con el TBP y con los procedimientos de inmigración, incluyendo, por ejemplo, la consecución de documentos para facilitar su expulsión. Si el individuo no se reporta o no cumple las condiciones de su liberación será reportado por el TBP a las autoridades, lo que a su vez dará lugar a una acción ejecutoria.

A pesar de sus altas índices de liberación y cumplimiento de las condiciones de liberación, el programa ha enfrentado diversas denuncias. En primer lugar, algunas ONG se quejan de que el TBP y la CBSA están demasiado relacionados, y que el TBP es ‘muy selectivo’ con sus clientes y con ello deja de lado a muchas personas que no pueden ser liberadas, pero para quienes estaba destinado el programa. Una ONG aseguró que el sistema de selección del TBP es ‘semejante a un interrogatorio de inmigración’ y afirmó que, por lo tanto, no se ha ampliado el grupo de personas puestas en libertad. Una segunda crítica es que muchas personas puestas en libertad por el TBP deberían haber sido liberadas bajo condiciones mínimas y otra es que la IRB depende demasiado de él (es decir, lo aplica en exceso). Por ejemplo, fueron concedidas casi el 99 por ciento de las solicitudes del TBP para la liberación bajo su supervisión.³⁵¹ Una preocupación final es la duración del proceso de selección o eliminación. El proceso de selección dura aproximadamente un mes y puede extenderse por más tiempo. Una de las razones de la demora se debe a que el director examina personalmente cada solicitud.³⁵² Sin embargo, la respuesta del TBP es que a veces ellos retrasan su vinculación en un caso concreto a fin de asegurarse de aceptar sólo aquellos casos que no han sido puestos en libertad bajo palabra o bajo condiciones que los individuos pueden cumplir por sí mismos. Conseguir el equilibrio adecuado parece ser uno de los retos de este proceso.

Otras ONG pidieron que el programa sea replicado en el resto de Canadá (en la actualidad sólo opera en Toronto³⁵³); y hubo críticas de que el número de liberados en el programa seguía siendo demasiado bajo (250 a 275 en el año 2009-2010, de los cuales 113 (o sea el 37 por ciento) eran ‘nuevas’ liberaciones). De estos, 42 estaban en la categoría de refugiados. El resto fueron casos ya existentes. El TBP recibió un total de 412 solicitudes en el mismo período, lo que asciende a una tasa de aceptación del 67 por ciento de las solicitudes (el 33 por ciento no fue aceptado como cliente). En comparación, Ontario tiene un promedio de 377 personas nuevas por mes (el promedio por año es de

³⁵¹ Entrevista, Dave Scott, Director del TBP, mayo de 2010. Esto indicaría que es muy raro que un funcionario de inmigración de la IRB libere a un detenido bajo las condiciones mínimas si el TBP se ofrece a proporcionar la ‘libertad bajo fianza’, incluso si una supervisión tan exhaustiva no es necesaria.

³⁵² Entrevista, Dave Scott, Director del TBP, mayo de 2010.

³⁵³ La razón detrás de su enfoque en Ontario se debe a que es la provincia que recibe la mayor parte de solicitantes de asilo y otros migrantes irregulares que ingresan a Canadá y tiene el mayor número de detenidos migratorios. En febrero de 2010, por ejemplo, el número total de personas detenidas en Canadá fue de 1180, de las cuales 709 fueron a Ontario. De los 574 solicitantes de asilo detenidos, 344 fueron ubicados en Ontario. CBSA, *Estadísticas nacionales sobre detención*, febrero de 2010 (en el archivo del autor).

aproximadamente 4.524).³⁵⁴ Si bien algunos solicitantes del TBP son referidos por abogados, refugiados y comunidades de inmigrantes, la mayoría llegan directamente de la CBSA.

En esencia, el TBP actúa como garante de individuos y familias que de otro modo no tendrían suficientes recursos o vínculos familiares o de otro tipo para costear una fianza. Es, por lo tanto, una AD, pero también puede actuar como una alternativa a las formas tradicionales de liberación, cuando, por ejemplo, las autoridades dependen demasiado de él y se convierte en un requisito previo para la puesta en libertad. El TBP afirma que no acepta casos, por ejemplo, cuando el individuo no puede ser expulsado (los cubanos, por ejemplo) ya que estas personas deben ser liberadas bajo las condiciones mínimas. Por otro lado, el TBP indica que no acepta clientes con alto riesgo de fuga y relacionados con la delincuencia.³⁵⁵

Existen otros grupos en Canadá que realizan una función similar a la del TBP, aunque no son financiadas por el gobierno. Muchos grupos y centros de acogida comunitarios desean proponer su dirección o nombre como garante/fiador/aval con el fin de facilitar la liberación de una persona o familia. Estos pueden incluir grupos de diáspora o las ONG registradas u otras organizaciones benéficas. Parece haber poca diferencia en los índices de fuga entre los puestos en libertad por estos grupos y por el método más formal del TBP.³⁵⁶ Sin embargo, el TBP puede confirmar que el número total de ‘clientes perdidos’, se debe a sus rigurosas obligaciones de reportarse y a otros controles, como el acompañamiento a los clientes al aeropuerto para su expulsión. En comparación, los migrantes puestos en libertad puede estar muy poco tiempo bajo la supervisión de las otras alternativas, y así el control del cumplimiento no ocurre de la misma manera.

Algunos abogados de inmigración mencionaron un cierto malestar con respecto a la libertad bajo fianza de diásporas que prestan sus nombres para actuar como garantes, pero en casos donde no existían vínculos previos o reales. Este lado del sistema de libertad bajo fianza, que no está regulado y ni controlado, puede conducir a la explotación y el abuso de los liberados bajo la supervisión de individuos o grupos particulares. Se denunciaron casos en que los migrantes se ven obligados a entregar sus cheques de asistencia social a los garantes; otros se encontraron en condiciones de vida precarias, míseras y hacinadas. En otras palabras, el sistema puede funcionar como un sistema de reembolso, incluso al borde de la extorsión en casos particulares, mientras

³⁵⁴ Esta cifra se toma de tres meses de estadísticas, por lo que puede no ser totalmente exacta para un año: 410 nuevos detenidos en diciembre de 2009, 340 en enero de 2010, y 380 en febrero de 2010. Esto equivale al 58 por ciento del total recibido en el Canadá (en total 1.945 en los mismos tres meses). Las estadísticas anuales aún no estaban disponibles.

³⁵⁵ Entrevista, Dave Scott director del TBP, mayo de 2010.

³⁵⁶ Field y Edwards, *Alternativas a la detención*, p. 26: Hamilton House, por ejemplo, informó que el 99 por ciento de sus residentes ha cumplido con el procedimiento de asilo completo; Matthew House informó que sólo 3 de cada 300 residentes (1 por ciento) desapareció durante un período de cinco años; Sojourn House reporta que según sus estadísticas 3 solicitantes de asilo de 3600, durante un período de seis años, había desaparecido de sus locaciones y del procedimiento de asilo.

algunos individuos garantes tiene cinco o más ‘clientes’. Han aflorado otros casos sobre mujeres atacadas sexual y físicamente o forzadas a la prostitución por sus garantes. Los abogados indicaron que en estas circunstancias los clientes son renuentes a denunciar la explotación o el abuso porque al hacerlo corren el riesgo de ser devueltos a la detención. Sin embargo, podría decirse que sería conveniente que estos casos fueran transferidos a la supervisión a través del TBP. Irónicamente, no existe el derecho automático o sistemático de impugnar las condiciones de alguien que ha sido puesto en libertad en Canadá. Esto pone de manifiesto otras razones por las cuales un sistema administrado de libertad bajo palabra tiene sus ventajas, especialmente para aquellos que no tienen conexiones ‘reales’ con la comunidad.³⁵⁷

Por último, el costo del TBP es particularmente atractivo: tan sólo \$10-12 CAD por persona al día, comparado con el costo promedio en las cárceles provinciales de \$179 CAD por persona al día.

4. Libertad bajo supervisión comunitaria o gestión de casos

Esta sección documenta las AD denominadas ‘supervisión comunitaria’ o ‘gestión de casos comunitaria’. Tres tipos de alternativas se pueden incluir en este acápite. La primera es cuando las organizaciones comunitarias y las ONG realizan directamente la ‘supervisión’ o ‘gestión de casos’. Los ejemplos se han tomado de Australia y Hong Kong. El segundo es cuando existe un programa conjunto entre el gobierno y las ONG, lo que podría ser denominado una cooperación híbrida o modelo de alianza. Un ejemplo proviene de Australia. El tercer tipo visto previamente aquí son las alternativas administradas por el gobierno, en las cuales los individuos son supervisados por funcionarios del gobierno y dirigidos a servicios públicos ya existentes o mejorados. Los ejemplos son de Bélgica y Escocia. La puesta en libertad en la comunidad se hace a menudo en combinación con otra AD, como los requisitos de comparecencia ante las autoridades o la libertad bajo fianza.

4.1 Modelos ejecutados por las ONG

4.1.1 Australia: ‘bridging visas’ y/o visas temporales de estancia legal y la supervisión y el apoyo comunitarios

³⁵⁷ Muchos sistemas de libertad bajo fianza o caución operan sobre la base de que tener vínculos con la comunidad es un indicador favorable de comparecencia, sin embargo, no es claro si existe evidencia que apoye esta hipótesis. El factor más importante puede ser si la persona ha llegado a su destino elegido, lo cual puede o no estar relacionado los vínculos familiares o comunitarios preexistentes; que la persona dentro de un procedimiento de asilo o de otro tipo coopere de alguna manera con las autoridades en su expulsión; y si esta es tratada con dignidad y humanidad mientras estos procedimientos están en curso.

En el marco del sistema de inmigración de Australia, la detención de un extranjero en situación ilegal es obligatoria hasta que la persona obtenga una visa (que podría ser el estatuto de refugiado o de una visa transitoria (*bridging visa*), por ejemplo) o sea expulsada.³⁵⁸ Por tanto, no hay consideración de la necesidad de la detención en casos individuales, o de cualquier otro factor.³⁵⁹ Bajo este sistema, la única posibilidad de liberación es proporcionar a la persona un estatus legal temporal.³⁶⁰ Esto se logra a través de una visa sustantiva (como la condición de refugiado) o a través de una visa discrecional (*bridging visa*).³⁶¹ Una *bridging visa* es una visa temporal concedida a discreción del Ministro a las personas que están en proceso de aplicar para una visa sustantiva o haciendo los arreglos para salir de Australia. La visa se otorga por un período de tiempo específico o hasta que se produce un evento especificado.³⁶² Con la *bridging visa* la persona tiene derecho a vivir en la comunidad. Se estima que actualmente hay 56.000 personas con *bridging visa*,³⁶³ que en su mayoría son personas que habían entrado legalmente en Australia como turistas, estudiantes, visitantes temporales o con otro tipo de visa y que iniciaron un caso de inmigración, mientras tenían esa visa.³⁶⁴ Es decir, los principales beneficiarios del programa son individuos que ya vivían en la comunidad y a quienes se les ha vencido la visa o han incumplido de alguna manera una condición de su visa. La *bridging visa* también se puede conceder a las personas que están en detención migratoria, permitiéndoles ser puestas en libertad en

³⁵⁸ Per s. 189 (1), Ley de Migración de 1958. Curiosamente, las personas que ingresan a Australia a través de un '*excised territory*' (territorio excluido) están reguladas por el artículo 189 (3) de la Ley de Migración, que establece que '[s]i un funcionario sabe o sospecha razonablemente que una persona en un lugar excluido en alta mar es un extranjero en situación ilegal, el oficial *puede* detener a la persona.' Podría parecer que están exentos de la política de detención obligatoria que se aplica en otros lugares, y esto podría abrir las posibilidades para el litigio en caso de no realizarse una evaluación individual.

³⁵⁹ La Ley de Migración de 1958 establece que cualquier individuo que entre sin autorización a Australia debe ser detenido. La Sección 189 (1) de la Ley establece que si un funcionario sabe o sospecha razonablemente que una persona en la zona de migración es un no-nacional en situación ilegal (es decir, una persona que no es australiana y no tiene visa vigente), el oficial debe detener a la persona. La detención se prolonga hasta que se conceda una visa de protección o se proceda a la expulsión de Australia. Como se señaló en la Parte B de este estudio, se ha concluido que este sistema viola ampliamente el derecho a la libertad consagrado en el derecho internacional y viola las obligaciones jurídicas internacionales de Australia: ver, *A. contra Australia*; *C contra Australia*; *Bakhityari contra Australia*, etc.

³⁶⁰ Para más información sobre el sistema de '*bridging visa*', ver, Parlamento de la Mancomunidad de Australia, *Detención migratoria en Australia: Alternativas comunitarias a la detención*, Segundo informe de la investigación sobre la detención de inmigrantes en Australia, Comité Permanente Conjunto sobre Migración, mayo de 2009, Canberra, p. 25.

³⁶¹ Aunque su uso se ha expandido en los últimos años, las '*bridging visa*' siempre han estado disponibles bajo la Ley de Migración: Entrevista, DIAC, Melbourne, septiembre de 2010.

³⁶² Por ejemplo, una '*bridging visa*' puede cesar cuando se concede una visa sólida, o, por ejemplo, 28 días después de retirar una solicitud de visa, notificación de una decisión sobre la visa o notificación de una revisión de fondo o el resultado de un recurso judicial: *Ibid.*

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ El Gobierno australiano confirma que sólo el 10 por ciento de los 'titulares de visa vencida' fueron detenidos en 2009-10: DIAC, Informe Anual 2009-10, p.171, disponible en inglés en: <http://www.immi.gov.au/about/reports/annual/2009-10/html/>.

la comunidad. Por lo general, estos últimos casos son de personas que no pueden ser expulsados de Australia.³⁶⁵

El sistema australiano se ha estructurado de tal manera que crea un sistema de tratamiento de dos niveles. Quienes entran en Australia legalmente y estando ahí se vence su visa y, subsiguientemente, presentan una solicitud en inmigración, generalmente no son detenidos, mientras que las personas que intenten ingresar a Australia de manera no autorizada (es decir, arribos irregulares por vía marítima y aérea) son habitualmente detenidos. En mayo de 2009, aproximadamente el 15 por ciento de los extranjeros en situación ilegal fueron detenidos después de haber sido localizados,³⁶⁶ aunque esta cifra no incluye a los 5000 ‘balseros’ que actualmente son puestos bajo alguna forma de detención en la Isla de Navidad y en otras partes, incluyendo más de 700 niños.³⁶⁷

Las *Bridging visas* pueden concederse con diversas condiciones adjuntas.³⁶⁸ De esta manera, son similares en naturaleza a la libertad bajo fianza en otras jurisdicciones. Sin embargo, también son distintas en la medida en que proporcionan un ‘estatus legal’, aunque temporal, mientras que en otros muchos países, no necesariamente se considera que las personas que están en libertad bajo fianza están legalmente en el territorio.³⁶⁹ Por otra parte, las *Bridging visas* son diferentes de la libertad bajo fianza en otras jurisdicciones, ya que son totalmente determinadas a discreción del ejecutivo, en lugar de un procedimiento independiente de revisión administrativa o judicial. Este es uno de los elementos más débiles del enfoque de Australia; en otras jurisdicciones sería poco probable que sobreviviera a un escrutinio de derechos humanos.

³⁶⁵ De hecho, fue en medio de la presión de los miembros Liberales sin cartera del Parlamento tras la decisión en *Al-Kateb*, la cual confirmó que su detención era legal a pesar de que no había ninguna perspectiva razonable para su expulsión, que un grupo de personas en situación similar fueron puestas en libertad tras la decisión del Tribunal Superior. Este grupo ahora se beneficia de la *bridging visa* ‘en espera de expulsión’ (estos son casos esencialmente ‘inextricables’).

³⁶⁶ *Detención migratoria en Australia: Alternativas comunitarias a la detención*, p. 25.

³⁶⁷ DIAC, *Resumen de las estadísticas de detención migratoria*, 22 de octubre de 2010.

³⁶⁸ Estas condiciones pueden incluir: el requisito de vivir en una dirección específica y notificar a las autoridades el cambio de dirección; la obligación de pagar los gastos de detención o realizar acuerdos para hacerlo (esto solo se aplica en Australia y, al menos en el caso de los solicitantes de asilo, equivaldría a una doble sanción, en violación del artículo 31 de la Convención de 1951); el requisito de presentar una garantía de cumplimiento, por lo general de \$5.000 a \$50.000 AUD; la condición de no trabajar o restricción a las horas de trabajo; la condición de no estudiar o restricciones en el estudio; las restricciones de los viajes al extranjero: *Detención migratoria en Australia: Alternativas comunitarias a la detención*, párr. 2.49. Recientemente, se ha llegado al acuerdo de que las personas con *bridging visas* pueden trabajar, con sujeción a una evaluación individual, incluyendo si están cooperando con las autoridades, que sustituyó al reglamento anterior de 45 días. Este reglamento preveía que un individuo no tenía derecho a trabajar si no había registrado su intención de aplicar a una visa legal dentro de los 45 días desde su llegada. Aún existen dificultades para ejercer el derecho al trabajo, incluyendo las barreras del idioma, el carácter temporal (4-6 semanas) de la *bridging visa*, etc.

³⁶⁹ Se podría comparar a las visas de ‘admisión temporal’ en el Reino Unido, que se conceden a discreción del Ministro, sin embargo, se considera que las personas con visas de admisión temporal no han entrado en el territorio del Reino Unido y entonces sigue siendo ilegal en términos del derecho interno.

Existe una serie de clases de *bridging visas*, con diversos derechos anexos; sin embargo, está más allá del propósito de este documento explicar el alcance del régimen.³⁷⁰ La duración promedio de una *bridging visa* entre el 1 de julio de 2008 y el 31 de diciembre de 2008 fue de 79 días antes de salir de Australia (no existen estadísticas similares disponibles sobre quienes están en los procedimientos de asilo); sin embargo aproximadamente el 40 por ciento de quienes tienen la *bridging visa* E ('en espera de expulsión') ha estado en esa situación por más de dos años y alrededor del 20 por ciento ha estado en Australia por más de cinco años desde la fecha de emisión de la visa.³⁷¹

Las preocupaciones alrededor de los largos plazos del régimen de *bridging visa* es que para muchas personas, especialmente aquellas cuya probabilidad de expulsión es remota o inexistente o quienes ven retrasada y/o suspendida su solicitud de asilo,³⁷² esta sigue siendo, en el mejor de los casos un estatus legal temporal y en el peor, un estatus incierto y prolongado, sujeto a revocación en cualquier momento.³⁷³ Otro defecto de este régimen es que la concesión de la visa está en la absoluta discreción del Ministro. En otras palabras, la única manera de ser puesto en libertad o de no ser detenido (si ya está en la comunidad) es a través de las facultades discrecionales, sin derecho a apelación. Por otra parte, la detención obligatoria en Australia no está sujeta a revisiones periódicas en cuanto a su legalidad (ya que se considera legal per se: ver la decisión en *Al-Kateb*) y los tribunales no tienen poder para ordenar la excarcelación.³⁷⁴

En conjunción con las *bridging visas*, el sistema australiano prevé dos programas de AD financiados por el gobierno: (a) Plan de Asistencia a Solicitantes de Asilo, que es pagado por el gobierno, pero totalmente administrado por la sociedad civil; y (b) Programa de

³⁷⁰ Ver, en cambio, *Detención migratoria en Australia: Alternativas comunitarias a la detención*.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 34.

³⁷² Por ejemplo, el gobierno australiano en el pasado suspendió la tramitación de las solicitudes de asilo de personas de Timor Oriental en la década de 1990; y recientemente suspendió las solicitudes de asilo de afganos y srilankeses: '*Australia Suspends Asylum Applications from Sri Lanka and Afghanistan*', *Govmonitor*, 11 de abril de 2010. La suspensión habitual de las solicitudes de asilo es contraria al espíritu, si no a la letra, de la Convención de 1951 ya que la Convención establece las condiciones para el cese de la condición de refugiado en el artículo 1C al cual podría recurrir el gobierno en el momento pertinente. La suspensión de las solicitudes de asilo para grupos particulares también pueden constituir una forma indirecta de discriminación y, en cualquier caso, no exime al Gobierno de las obligaciones del debido proceso, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos o como está implícito en la Convención de 1951, una vez que la suspensión es levantada.

³⁷³ Sigue siendo discutible, aunque aún no se ha establecido, que la falta prolongada de estatuto sin la posibilidad de ser retornado podría constituir un trato inhumano o degradante. Como mínimo, Australia debería examinar las solicitudes de las personas que han tenido esas visas por más de 2 años y que no pueden ser expulsadas. Es posible que en su momento puedan acogerse a algún tipo de visa de protección complementaria como lo prevé un proyecto de ley que actualmente está siendo revisado por el gobierno

³⁷⁴ Ver, comentario del Comité de Derechos Humanos de la ONU, *C. contra Australia, supra*. De hecho, hubo al menos 14 ocasiones en las que el Comité de Derechos Humanos de la ONU llegó a conclusiones adversas sobre Australia en los casos de detención migratoria: Sr. Evans, Ministro de Inmigración y Ciudadanía, Departamento de Inmigración y Ciudadanía de Australia, *Nuevas direcciones en la detención - Restauración de la integridad al sistema de inmigración de Australia*, Australian National University, Canberra, 29 de julio de 2008.

Asistencia y Apoyo Comunitario, que se caracteriza por ser una cooperación híbrida o un modelo de alianzas. También hay una serie de planes complementarios de aquellos que están fuera de los criterios de las dos primeras, que son operados y financiados por una diversa ONG. Este estudio visitó la Hotham Mission en Melbourne, Victoria.

(A) Plan de Asistencia a Solicitantes de Asilo (ASAS)

Este programa está dirigido a un grupo específico de personas ‘vulnerables’ que solicitan el reconocimiento de la condición de refugiado en Australia, a quienes se les ha concedido una *bridging visa* para vivir en la comunidad australiana. El programa proporciona subsidio de subsistencia, atención básica de salud, subsidios farmacéuticos, y orientación en casos de tortura y traumas. No es tan completo ni tiene tanta capacidad financiera como el Programa de Asistencia y Apoyo Comunitario (ver 4.2.1). Son los solicitantes inelegibles quienes se benefician de otras ayudas públicas, en relación con un residente permanente (uno de los cónyuges, un prometido *de facto* o que dá su respaldo), y que han estado esperando durante más de seis meses una decisión inicial. En otras palabras, este sistema sólo se inicia después de un retraso de seis meses en una determinación inicial de asilo.

Hay algunas excepciones a estos criterios, como los menores no acompañados, las personas mayores o las familias con niños menores de 18 años, o las personas que no pueden trabajar debido a una discapacidad, enfermedad o efectos de tortura y/o trauma.³⁷⁵ De hecho, el 95 por ciento de los beneficiarios de este programa han estado esperando menos de 6 meses por una decisión, pero son elegibles en virtud de tales excepciones.³⁷⁶ El apoyo termina con el reconocimiento de la condición de refugiado, o después de 28 días desde la notificación de la negación de la condición.³⁷⁷ Están disponibles extensiones para aquellos que hayan apelado al Tribunal de Revisión de Refugiados, pero el apoyo cesa después de la decisión de ese organismo y no hay extensiones para aquellos que solicitan la revisión judicial de esta decisión, o el favor de la discreción ministerial (aquí es donde otras opciones no financiadas por el gobierno han intervenido para llenar los vacíos en el apoyo, ver Hotham Mission, a continuación).³⁷⁸

La Cruz Roja Australiana (ARC) es la principal organización de gestión y ha participado en el programa desde 1992, incluso con muchos grupos de larga data (por ejemplo, refugiados de Timor Oriental en la década de 1990). Las remisiones al programa son realizadas por el Departamento de Inmigración y Ciudadanía de Australia (DIAC), por otras organizaciones, o son auto remisiones (cada solicitante de asilo es informado del programa por escrito).³⁷⁹ En el año 2009-2010 hubo 1.797 casos nuevos en el programa,

³⁷⁵ *Detención migratoria en Australia: Alternativas comunitarias a la detención*, p. 38-39.

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ *Ibid.*

³⁷⁸ Entrevista, Cruz Roja Australiana, Melbourne septiembre de 2010.

³⁷⁹ Entrevista, Cruz Roja Australiana, Melbourne septiembre de 2010.

y otros 1.464 casos se cerraron durante el mismo periodo.³⁸⁰ La ARC indicó que el índice de fuga de las personas en el programa era ‘insignificante’.³⁸¹ La baja tasa de fuga podría atribuirse al componente asistencial del programa, así como al hecho de que muchos participantes se han presentado por su cuenta al programa.

(B) Hotham Mission

A pesar de la existencia de alternativas financiadas por el gobierno, quedan muchas personas en los vacíos de apoyo y supervisión. La ARC es la única agencia de gestión financiada de los programas formales de AD. Por el contrario, Hotham Mission (HM) es una de varias ONG en Australia que opera un programa para aquellos que no están cubiertos por los programas oficiales. HM replica al CASP (descrito más adelante), pero para aquellos que no son elegibles para tal programa. Se describe como un ‘modelo independiente de gestión de casos’, que trabaja en colaboración con el DIAC, pero de modo independiente. Uno de sus principales objetivos es evitar la indigencia de los solicitantes de asilo en la comunidad, lo que se ha sido identificado como un problema cada vez más grave en Australia.³⁸²

El personal de HM acompaña a los clientes a las entrevistas y reuniones con el DIAC y proporcionar asesoría sobre migración, asistencia para encontrar vivienda en la comunidad y derivación a otros servicios. En la actualidad, el programa apoya a 220-250 clientes. Emplean cinco ‘administradores de casos’ que son responsables cada uno de 25 a 30 casos. HM ofrece una pequeña asignación de \$33 AUD por persona a la semana si el cliente no tiene otra forma de ingresos. HM tiene sus propias viviendas (20 casas), pero por lo general es insuficiente para cubrir las necesidades.³⁸³ De hecho, la escasez de viviendas en Australia ha sido citada por varias organizaciones como un verdadero dilema para hacer que estos programas sean viables. El índice de ‘fuga’ es tan baja que HM puede recordar un solo caso que se retiró del programa el año anterior. Como lo ha señalado HM, el término ‘fuga’ no es del todo exacto, ya que es un programa voluntario, por lo que es más una cuestión de personas que se retiran del programa y no que se ‘fugan’ de él. Esto debería ser diferenciado si ellos permanecieran en contacto con las autoridades de inmigración, sobre lo cual no hay estadísticas. Organizaciones como HM siguen prestando estos servicios porque los programas alternativos oficiales sólo se ocupan de una pequeña parte de la necesidad general.

³⁸⁰ Cruz Roja Australiana, Análisis anual de programa 2009-2010, Programas de apoyo a la migración, noviembre de 2010. No hubo desglose sobre cómo se habían resuelto los casos cerrados.

³⁸¹ Entrevista, ARC, Melbourne, septiembre de 2010. No había estadísticas disponibles en la fecha de la escritura de este estudio.

³⁸² Proyecto de solicitantes de asilo Hotham Mission, *Indigentes ocultos de Australia: Enfoques comunitarios para los solicitantes de asilo en la indigencia*, agosto de 2010.

³⁸³ Entrevista, Hotham Mission, Melbourne, septiembre de 2010.

4.1.2 Hong Kong: Libertad bajo palabra con apoyo comunitario

Bajo la presión de una serie de decisiones que cuestionaron la legalidad de la política de detención en Hong Kong,³⁸⁴ en 2008 el gobierno revisó su política de detención e indicó que cada decisión de detener debe basarse en los méritos de cada caso individual. Bajo esta nueva política, la mayoría de los solicitantes de asilo y los denunciantes de torturas han sido y son puestos en libertad;³⁸⁵ y aunque no existe un límite máximo establecido para la detención, la duración promedio se dice que corresponde a alrededor de 14 días de detención.³⁸⁶ Los solicitantes de asilo o denunciantes de tortura puestos en libertad reciben un documento de 'libertad bajo palabra', que puede estar sujeto a numerosas condiciones, tales como la comparecencia a la oficina más cercana a inmigración o el pago de una caución. El documento de 'libertad bajo palabra' se emite por períodos que generalmente van de las 6 a las 8 semanas, lo que incentiva la necesidad de reportarse periódicamente para obtener una prórroga. El documento de 'libertad bajo palabra', sin embargo, no proporcionan un estatus legal a los individuos. A los efectos de la legislación de Hong Kong siguen siendo 'detenidos en espera de expulsión', pero viven en un lugar alternativo de detención (es decir, dentro de la comunidad).

Este sistema de libertad se complementa con un servicio de apoyo financiado por el gobierno operado por el International Social Service (una ONG). Aunque el gobierno de Hong Kong niega su responsabilidad sobre los solicitantes de asilo,³⁸⁷ ellos son absorbidos dentro de los servicios de apoyo operados por el gobierno y el ISS. Estos

³⁸⁴ Varios de estos casos se destacaron en la Parte B. Otros incluyen a *Tan Te Tai Lam contra el centro de detención Tai A Chau* [1997] AC 97 (PC), que supuso la detención de solicitantes de asilo vietnamitas de etnia china a quienes se habían negado el reconocimiento de la condición de refugiado pero que no podían ser expulsados hacia Vietnam porque el gobierno de Vietnam no los readmitiría debido a que no los consideraba nacionales vietnamitas. El Consejo Privado sostuvo que si esta expulsión no se podía llevar a cabo en un plazo de tiempo razonable, entonces la detención era ilegal. En 1996, el Consejo Privado revocó una decisión de la Corte de Apelaciones y determinó, en *Nguyen Tuan Cuong y otros y el Director de Inmigración y otros* [1996] 423 HKCU 1, que el Director de Inmigración no había cumplido su obligación legal conforme a la Parte III de la Ordenanza sobre inmigración al negarse a realizar un examen de selección a los migrantes vietnamitas que habían llegado a Hong Kong desde el sur de China. Tomado de K. Loper, 'Derechos humanos, no devolución y protección de refugiados en Hong Kong' (2010) 22(3) *International Journal of Refugee Law* 404-39.

³⁸⁵ Hong Kong cuenta con un sistema a dos niveles en el cual las personas pueden solicitar asilo (que será evaluado por el ACNUR, ya que Hong Kong no es parte en la Convención de 1951) o pueden aplicar para no ser devueltos debido a un temor de tortura (Hong Kong es parte de la Convención de la ONU contra la Tortura y por lo tanto responsable por el procesamiento de estas solicitudes). Sobre el sistema de Hong Kong, ver Loper, *Ibíd.*

³⁸⁶ Entrevista, ACNUR, septiembre de 2010. Muchos individuos todavía están sujetos a la detención por delitos penales al igual que algunos delitos migratorios, aunque los últimos han sido impugnados, ver, *Mohammad Rahman contra HKSAR*, (2010) 13 HKCFAR 20, FACC 9/2009, 11 de febrero de 2010. Para mayor información sobre el sistema de detención en HK, ver en inglés en: http://www.immd.gov.hk/ehhtml/press_publications.htm.

³⁸⁷ La cuestión de si Hong Kong, un Estado que no es parte de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, tiene responsabilidad sobre los solicitantes de asilo en virtud del principio de derecho internacional consuetudinario de la no devolución, se debate actualmente ante los tribunales: *C contra Director de Inmigración* [2008] HKCU 256, en apelación.

servicios incluyen la búsqueda de alojamiento, la distribución de alimentos y otros bienes materiales, el reembolso de los gastos de transporte y el asesoramiento. La asistencia es ‘en especie’ y se proporciona dinero excepto para el reembolso de los gastos de viaje. Las personas viven dentro de la comunidad y no en grandes centros. No tienen derecho al trabajo. El ISS apoya a 5.526 clientes y podría decirse que es el programa de AD más grande en todo el mundo.

El ISS es una ONG muy bien organizada, con personal especializado en los diversos aspectos de los procesos. Administradores de casos individuales evalúan y determinan las necesidades de cada individuo. El ISS tiene como objetivo operar sobre la base de un administrador de casos por cada 135 clientes. En la actualidad, sin embargo, el índice es de 1:200 clientes. Emplea a 38 administradores de casos.³⁸⁸ El ISS opera en tres oficinas diferentes: dos en Kowloon y una en los Nuevos Territorios. Al igual que algunos de los otros modelos de gestión de casos estudiados, se firma un contrato entre el ISS y la persona sobre sus derechos y responsabilidades, y el contrato se renueva cada mes. La falta de comparecencia a dos suministros de alimentos tendrá como resultado la terminación del acuerdo. En caso de que la persona no se presente, no da lugar a un aviso oficial entre el ISS y el gobierno, aunque las estadísticas mensuales revelarían que el suministro de alimentos u otros artículos está descendiendo. El gobierno informa que el índice de fuga es muy baja, aproximadamente del tres por ciento.³⁸⁹

El costo del programa es de \$108 HKD por persona al día. Ochenta y cinco por ciento de esto es para los servicios directos y el 15 por ciento para gastos administrativos. El costo de la detención migratoria no estaba disponible, pero se estima que es mucho mayor.

Junto con el programa de liberación, el gobierno ha establecido lo que denomina ‘un mayor control administrativo’, donde ahora opera un servicio de ‘abogados de turno’ que ofrece asistencia legal a quienes carecen de medios, y ha impuesto algunas normas de procedimiento.³⁹⁰ Uno de los temas de preocupación en Hong Kong ha sido la lenta tramitación de las denuncias de tortura y, de hecho, hay 6.600 casos pendientes con una estimación de otros 120 nuevos casos cada mes en 2010 (se ha reducido de alrededor de 300 por mes en 2009).³⁹¹ De hecho, se especula que incluso con 300 abogados de turno, tomará de 8 a 10 años despachar los casos rechazados. La duración de los procedimientos de asilo también es larga, con un tiempo de procesamiento promedio de entre 8 a 12 meses,³⁹² mientras que los menores no acompañados pueden esperar por una decisión de 5 a 6 meses.³⁹³

³⁸⁸ ISS, Entrevista, septiembre de 2010.

³⁸⁹ Entrevista, Oficina de Seguridad, Gobierno de Hong Kong, mayo de 2010. Informaron que alrededor de 100 personas de un total de 3000 se fugaron.

³⁹⁰ *FB contra Director de Inmigración* [2007] HCAL 51/2007, 5 de diciembre de 2008

³⁹¹ *Ibíd.*

³⁹² Información proporcionada por el ACNUR en Hong Kong, 18 de noviembre de 2010.

³⁹³ Entrevistas, organizaciones no gubernamentales, Hong Kong, septiembre de 2010.

4.2 Modelos híbridos de alianza o cooperación entre gobiernos y ONG

4.2.1 Australia: Programa de Asistencia y Apoyo Comunitario (*Community Assistance Support Programme, CASP*) (anteriormente, Programa Piloto de Atención Comunitaria (*Community Care Pilot, CCP*))

Además del programa ASAS de Australia, el CCP se desarrolló en 2005 para proporcionar asistencia y apoyo social y de salud a personas con necesidades especiales (o casos ‘excepcionales’ o ‘vulnerables’).³⁹⁴ La lógica detrás del programa piloto fue que si las personas se tratan justamente, son más proclives a comprometerse con el proceso de inmigración y la resolución de sus casos será más eficiente.³⁹⁵ Hay cuatro ‘principios rectores’ del programa: relaciones justas y razonables con los clientes; deber de atender a las personas; informar las decisiones al departamento y al cliente; y resultados oportunos de inmigración.³⁹⁶ El énfasis del programa está en la ‘gestión de casos’, lo que significa la asignación de un ‘administrador de caso’ del DIAC para cada caso, quién es responsable del proceso de la persona, incluyendo el apoyo y la preparación para todos los resultados de inmigración, así como las cuestiones relativas al bienestar social.³⁹⁷ Esto podría incluir la remisión a uno de los otros tres actores del programa, a saber, la Cruz Roja Australiana, a la cual se delega la responsabilidad de la salud y el bienestar; un profesional legal cuando sea pertinente; y/o la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) para la asesoría en el Retorno Voluntario Asistido (RVA).

La participación en el programa se basa en los criterios de elegibilidad en torno a la vulnerabilidad.³⁹⁸ Las personas no vulnerables son elegibles para el Servicio Comunitario

³⁹⁴ Gobierno de Australia, Departamento de Inmigración y Ciudadanía, Hoja informativa 64, Programa de Asistencia y Apoyo Comunitario, 30 de septiembre de 2009.

³⁹⁵ Entrevista, DIAC, septiembre de 2010, Melbourne.

³⁹⁶ Coalición Internacional sobre la Detención, intercambio de correos electrónicos, diciembre de 2010.

³⁹⁷ De alguna manera, la asignación de un ‘administrador de caso’ no es diferente del nuevo modelo de asilo del Reino Unido (NAM) donde el Ministerio del Interior asigna un ‘administrador de caso’ que se encarga de atender todos los aspectos del caso desde la entrevista inicial hasta la integración final o la expulsión. El NAM fue introducido en 2007. La diferencia es que el ‘administrador de caso’ en el Reino Unido se ha limitado al proceso de determinación de la condición de refugiados y a la posterior integración o expulsión, en lugar de relacionarse obligatoriamente a la necesidad de otros servicios. Por otra parte, los administradores de casos son asignados a quienes están o no detenidos: ver, la Immigration Law Practitioners’ Association, Hoja informativa: Nuevo Modelo de asilo, 5 de marzo de 2007.

³⁹⁸ Las personas elegibles por lo general tendrán una o más de las siguientes ‘vulnerabilidades’: vivir bajo los efectos de la tortura y el trauma; experimentar serios problemas de salud mental; padecer graves condiciones de salud; incapacidad de sostenerse a sí mismos de forma independiente en la comunidad (por ejemplo, personas mayores, personas débiles, personas con enfermedades mentales, personas con discapacidad); enfrentar graves dificultades familiares, incluyendo el abuso infantil, violencia doméstica, problemas graves de relación, problemas de comportamiento infantil; suicidas. Gobierno de Australia, Departamento de Inmigración y Ciudadanía, Hoja informativa 64, Programa de Asistencia y Apoyo Comunitario, 30 septiembre 2009.

de Resolución del Estatuto (descrito más adelante en ‘medidas complementarias’). El programa también se aplica a los refugiados reconocidos liberados de la detención migratoria, como una forma de apoyar la transición en su integración en la comunidad.³⁹⁹ Es importante destacar que la ARC y otros actores no tienen un papel en la aprobación o rechazo de los casos. La ARC declaró que reporta a las personas que sistemáticamente no se presentan, pero no las ‘persigue’ (lo cual se considera el papel de la agencia de orden público del gobierno).⁴⁰⁰ El programa piloto opera en Victoria, Nueva Gales del Sur y Queensland,⁴⁰¹ y ahora ha sido aceptado como un programa.

La participación en el programa es voluntaria.⁴⁰² El programa consiste en una evaluación de las necesidades y las circunstancias del individuo a fin de adaptar el apoyo, que puede incluir uno o todos los siguientes servicios:

- Ayuda para gastos básicos.
- Ayuda para la búsqueda de alojamiento adecuado. La ARC verificará la idoneidad del alojamiento y realizará controles periódicos in situ. Los individuos son entonces responsables de efectuar los pagos de alquiler.
- Gastos de atención médica esencial.
- Orientación.
- Ayuda adicional para satisfacer las necesidades básicas de salud y bienestar social. Un fondo de emergencia está disponible para proporcionar asistencia ‘excepcional’, como alojamiento de crisis, hospitalización de emergencia y gastos de ambulancia.⁴⁰³

Entre mayo de 2006 y el 30 de junio de 2008, el programa piloto asistió de diversas maneras a 746 personas. Las nacionalidades más comunes en el programa piloto son las de China, Sri Lanka, Fiji, Indonesia, India y Líbano.⁴⁰⁴ La evidencia sugiere que muchas más personas que necesitan esta ayuda son actualmente elegibles para el programa, como se mencionó anteriormente. En el año 2009 - 2010, el programa se ocupó de 184 casos, de los cuales 102 fueron cerrados durante el mismo período de referencia. De los casos cerrados, al 38 por ciento se le concedió visa, el ocho por ciento partió voluntariamente y un cliente fue expulsado involuntariamente.⁴⁰⁵

³⁹⁹ *Ibíd.*

⁴⁰⁰ Entrevista, Cruz Roja australiana, Melbourne septiembre de 2010. De acuerdo con la ARC, esto ha causado cierta preocupación en relación con uno de sus fundamentales principios fundadores, la confidencialidad, pero en general se ha visto como un componente necesario del programa.

⁴⁰¹ *Detención migratoria en Australia: Alternativas comunitarias a la detención*, p. 36.

⁴⁰² DIAC, Hoja informativa 64, Programa de Asistencia y Apoyo Comunitario, 30 de septiembre de 2009.

⁴⁰³ *Ibíd.*

⁴⁰⁴ *Detención migratoria en Australia: Alternativas comunitarias a la detención*, p. 37.

⁴⁰⁵ ARC, Análisis anual de programa 2009-2010, p. 13. No hubo una explicación más detallada de lo que pasó con el resto de los casos cerrados.

El CCP ha dado como resultado una tasa de 94 por ciento de cumplimiento en un período de tres años.⁴⁰⁶ En el caso de todas las ‘bridging visas’ de cualquier tipo, incluso aquellas que no son directamente asistidas por estos programas, el índice de cumplimiento fue de ‘alrededor del 90 por ciento’ en 2009-2010.⁴⁰⁷ Además, el 67 por ciento de quienes se consideraron inelegibles para una visa se fueron voluntariamente de Australia sin apelar la detención.⁴⁰⁸ De acuerdo con la Coalición Internacional sobre la Detención (CID), las dos características esenciales de los programas de ‘gestión de casos’ son la intervención temprana y la evaluación individual de las necesidades.⁴⁰⁹ El gobierno australiano ha pasado de un ‘modelo de aplicación ‘universal’ a un modelo de gestión individual del caso y el riesgo’, y el éxito es evidente.⁴¹⁰ El CID describe el ‘modelo de gestión de casos’ de la siguiente manera:

La gestión de casos es un enfoque integral y coordinado de prestación de servicios ampliamente utilizado en el sector de los servicios humanos como una forma de lograr la continuidad en la atención de clientes con diversas necesidades complejas. Esto garantiza que la prestación del servicio es impulsada por el ‘cliente’ en lugar de la ‘organización’ y consiste en un modelo de atención individualizado, flexible y basado en las fortalezas. Los administradores de casos son a menudo trabajadores sociales y profesionales en asistencia social, pero también son personas calificadas y con experiencia en el determinado sector donde el enfoque de gestión de casos está siendo utilizado.⁴¹¹

Se identifican tres etapas en el proceso de gestión de casos: la evaluación inicial de las necesidades; la elaboración de un plan para satisfacer estas necesidades; y la supervisión y compromiso continuos.⁴¹² Desde la perspectiva del gobierno, la gestión de casos es un medio de gestión de la inmigración dentro de la comunidad. Esto facilita el retorno voluntario, mientras las personas son tratadas con dignidad y se garantiza un nivel mínimo de asistencia y apoyo. El programa se basa en los principios de la intervención temprana, y todos los resultados posibles están sobre la mesa, no sólo el retorno, un enfoque que se ha encontrado para asistir en el retorno voluntario. No es diferente a la experiencia de Bélgica (descrita en 4.3.1). En muchos aspectos, el programa de Australia se basa en el modelo sueco de liberación de las familias con niños en viviendas compartidas,⁴¹³ si bien se reconoce que muchos otros países cuentan con sistemas de

⁴⁰⁶ Coalición Internacional sobre la Detención, *Gestión de casos como alternativa a la detención migratoria: La experiencia australiana*, junio de 2009, p. 1, disponible en inglés en: <http://idcoalition.org/wpcontent/uploads/2009/06/casemanagementinaustralia.pdf>.

⁴⁰⁷ DIAC, Informe anual 2009-2010, p. 171.

⁴⁰⁸ CID, *Gestión de casos como alternativa a la detención migratoria: La experiencia australiana*.

⁴⁰⁹ *Ibíd.*

⁴¹⁰ *Ibíd.*

⁴¹¹ CID, *Gestión de casos: La experiencia australiana*, p. 4.

⁴¹² *Ibíd.*

⁴¹³ CID, *Gestión de casos: La experiencia australiana*

gestión similares.⁴¹⁴ Otros modelos de ‘gestión de casos’ han tenido índices de éxito similares en términos de un alto nivel de cumplimiento (y cooperación).⁴¹⁵

4.3 Modelos ejecutados por el gobierno

4.3.1 ‘Casas de retorno’ en Bélgica⁴¹⁶

En octubre de 2008 Bélgica estableció dos ‘casas de retorno’, destinadas a facilitar el retorno de las familias con menores de edad que no tenían derecho a permanecer en Bélgica (sin tener que recurrir a la detención). Muchos de estos casos llegaron a conocimiento de las autoridades a través de los arrestos por falta de documentación de la policía, a través de la Oficina de Extranjería por la expiración de la orden final de salir de Bélgica tras el agotamiento de los procedimientos de asilo, o después de la entrega de una orden para salir de Bélgica en el marco de los procedimientos de Dublín II.⁴¹⁷ El enfoque único sobre el retorno se modificó posteriormente para incluir un examen sobre la existencia de algún medio legal que permitiera a las familias permanecer.⁴¹⁸ Contra cualquier presagio y de manera similar a los resultados en Australia, este enfoque más holístico de examinar todas las vías legales para la estancia ha tenido el efecto de aumentar el número de familias que retornan voluntariamente.⁴¹⁹ También ha tenido

⁴¹⁴ Por ejemplo, Bélgica, a continuación. La CID también menciona el Proyecto Milbank Alternative to Detention y el Nuevo modelo de asilo del RU, y el Vera Institute en los EE.UU.: CID, *Gestión de casos: La experiencia de australiana*, p. 5.

⁴¹⁵ Vera Institute of Justice, por ejemplo, tenía un 93 por ciento de índice de comparecencia: Field y Edwards, *Alternativas a la detención*, Anexo sobre los Estados Unidos. Ver el cuadro 1.

⁴¹⁶ Notar que Bélgica también opera dos ‘Centros de Observación y Orientación’ para niños no acompañados y separados donde se les brinda atención, sustento, educación y evaluación especializada en un centro abierto por los primeros 15 días de su estancia antes de ser trasladados a un centro de recepción y a otros lugares locales con instalaciones adecuadas para menores. Sin embargo, debido a la escasez de lugares, a finales de abril de 2010, 134 menores fueron alojados junto a adultos no relacionados: *Arrêté royal du 9 Avril 2007 déterminant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux centres d’observation et d’orientation pour les mineurs étrangers on accompagnés*, Gaceta Oficial del Estado, 7 de mayo de 2009. Además, se han producido debates recientes en el parlamento sobre la ampliación de la filosofía de no de detención para familias con niños en situación irregular (propuesta del nuevo artículo 74/9 de la Ley de Extranjería). Los debates en el parlamento se están llevando a cabo sobre la base de propuestas de ley presentadas en el período 2007-2008 por Flemish Christian Democrats. Deliberadamente no existe una prohibición clara sobre la detención de menores no acompañados. Por el contrario, la ley belga sobre recepción se limita a indicar que los menores no acompañados deben ser alojados en un ‘Centro de Observación y Orientación’, pero el principio de la no detención como tal no está explícito en la ley.

⁴¹⁷ Entrevista, Tutores, Tubize, Bélgica, 7 de junio de 2010.

⁴¹⁸ Esto fue impulsado en parte porque los tutores se dieron cuenta que algunas familias no habían solicitado la regularización mediante los diversos regímenes ad hoc, sin embargo, se beneficiaban de ellos: Entrevista, Tutores, Tubize, Bélgica, 7 de junio 2010.

⁴¹⁹ Al principio, cuando la atención se centró exclusivamente en retorno, sólo el 10 por ciento de las familias retornaron voluntariamente. Después de que se amplió para incluir el asesoramiento en relación con todas las vías posibles para la permanencia, el índice de retorno aumentó al 30 por ciento: Entrevista, tutores, Tubize, Bélgica, 7 de junio de 2010.

como consecuencia la reducción del número de familias que se fugan. De acuerdo con los ‘tutores’, esto ha ocurrido porque las familias ‘se sienten escuchadas’.⁴²⁰

En octubre de 2009, el programa se amplió para incluir a las familias solicitantes de asilo con niños que llegan a la frontera. Por lo general, y casi sin excepción, los solicitantes de asilo en la frontera son detenidos en un centro de tránsito (Centro 127) durante todo el procedimiento de asilo. Esta ley contiene un plazo máximo de dos meses de detención antes de que la liberación deba ser ordenada si la solicitud de asilo aún está pendiente. Si una solicitud de asilo es rechazada, la detención podrá ser prorrogada por dos meses y luego por un mes más (2 +1).⁴²¹ Se ha informado que este período máximo de cinco meses con frecuencia es descatado en el caso de personas que se niegan a embarcarse, ordenándose de nuevo su detención y recomenzando el conteo de tiempo.⁴²² El ACNUR calcula que alrededor del 30 por ciento de todos los detenidos en Bélgica en 2009 eran solicitantes de asilo.⁴²³ La mayoría de los ‘casos de familias en frontera’ trasladados a ‘casas de retorno’ había solicitado asilo a su llegada a la frontera,⁴²⁴ y de estos, las más recientes cifras indican que alrededor del 50 por ciento ha obtenido desde entonces el reconocimiento de la condición de refugiado.⁴²⁵ Esto se compara con el índice promedio de casos éxitos de asilo de 26.85 por ciento correspondiente a Bélgica en su conjunto.⁴²⁶

A los efectos de la legislación belga, las familias que permanecen en ‘casas de retorno’ siguen estando ‘detenidas’.⁴²⁷ En realidad, son libres de entrar y salir cuando les plazca. Hay un horario restringido de 10 p.m. a 8 a.m., aunque no hay presencia las 24 horas en las casas de retorno, excepto por un ‘tutor’ (descrito más adelante) quien está ‘de guardia’ telefónicamente todas las noches. La tercera categoría de personas alojadas en las casas de retorno son los casos de Dublín II.

Hay tres ‘casas de retorno’ en Bélgica, en Zulte, Tubize y Sint-Gillis-Waas. La capacidad es de 6 unidades en un bloque de apartamentos en Tubize, 3 casas en Zulte y 5 casas en

⁴²⁰ Entrevista, Tutores, Tubize, Bélgica, 7 de junio de 2010.

⁴²¹ Ver, Comité Belge D’aide aux réfugiés (BCAR), Fiche d’aide juridique, 6 de agosto de 2009, disponible en francés en:

<http://www.cbar-bchcontrabe/InformationJuridique/NotesJuridique/Detention&Vulnerabilite.pdf>.

⁴²² Es probable que equivalga a la detención indefinida y por lo tanto ilegal ya que los plazos pierden su sentido: ver la Parte B del presente estudio.

⁴²³ Comunicación con el ACNUR en Bélgica, noviembre de 2010.

⁴²⁴ De los otros 11 casos en los que hubo una decisión, 5 obtuvieron un estatuto de protección y 6 fueron rechazados: Verbauwheide, *Alternativas a la detención para las familias con menores de edad: El enfoque belga*, documento de debate para Conferencia de la UE sobre asilo, 13 y 14 de septiembre, 2010, p. 4.

⁴²⁵ Tutores, Tubize, Bélgica, 7 de junio de 2010 (notar que estas estadísticas no son oficiales).

⁴²⁶ ACNUR, Estadísticas de 2009 (notar que esta cifra no incluye el índice de aceptación a la protección subsidiaria).

⁴²⁷ No es diferente a la ‘detención en comunidad’ de Australia donde las personas son puestas en libertad en la comunidad pero se consideran ‘detenidas’ a efectos legales: ver, *Detención migratoria en Australia: Alternativas comunitarias a la detención*, p. 24.

Sint-Gillis-Waas. La capacidad es limitada, pero se prevén planes de expansión de.⁴²⁸ Las casas están ubicadas en la comunidad, en apartamentos provistos y atendidos por el Estado.⁴²⁹

En la medida en que las familias en espera de expulsión estén involucradas, las ‘casas de retorno’ serán justamente consideradas como alternativas a la detención previa a la expulsión. El Estado tiene la facultad de detener a las personas siempre que su retorno sea razonablemente previsible.⁴³⁰ Sin embargo, ¿funcionan como AD para las familias solicitantes de asilo? O bien, ¿las casas de retorno se utilizan solamente como otra instalación de alojamiento (o control), ya que muchas de estas familias deberían o podrían ser puestas en libertad sin condiciones o alojadas en cualquier otro centro de recepción abierta en funcionamiento en Bélgica? Los solicitantes de asilo que entran en Bélgica ilegal o legalmente (solicitudes *sur place*) y que se encuentran en la comunidad, por ejemplo, generalmente no son detenidos, pero son alojados en centros de acogida abiertos.

El objetivo principal del modelo de ‘gestión de casos’ de las ‘casas de retorno’ de Bélgica es ‘preparar a las familias... para todas las posibles respuestas migratorias, sea el retorno o la permanencia legal.’⁴³¹ El modelo de gestión de casos de Bélgica se distingue de las alternativas comunitarias en Australia y Hong Kong, ya que es ejecutado y administrado por el gobierno, en lugar de ser delegado a los grupos de la sociedad civil. Esta distinción también puede ser uno de los factores que justificarían el menor índice de cumplimiento en Bélgica en relación con Australia o con Hong Kong, lo cual debería investigarse más a fondo. Se podría especular, por ejemplo, que la ausencia de un

⁴²⁸ Desde septiembre de 2010, el proyecto se extendió a 5 unidades de vivienda en San Gillis-Waas (Flandes). En Dentergem (cerca de Zulte), tres unidades más han sido identificados, pero por ahora no parece haber ninguna perspectiva de que serán utilizados debido a problemas administrativos: Información, ONG de Bélgica, noviembre de 2010.

⁴²⁹ De acuerdo con un informe reciente, el derecho a la libre circulación está sujeto a normas específicas: por ejemplo, ellos tienen derecho a visitar a sus abogados, llevar a sus hijos a la escuela, comprar alimentos y participar en las celebraciones religiosas: Verbauwhede, *Alternativas a la detención para las familias con menores de edad: El enfoque belga*, documento de debate para Conferencia de la UE sobre asilo, 13 y 14 de septiembre, 2010, p. 2. Durante mi visita a las casas de retorno todas las normas funcionaban de manera informal y las familias gozaban de un derecho a la circulación casi completo. Por ejemplo, cuando debían salir del centro a sus actividades diarias, no debían reportarse formalmente a la oficina, y no había controles diarios sobre la presencia de las familias en los apartamentos. Entrevista, Casa de retorno, 7 de junio de 2007.

⁴³⁰ Ver la parte B de este estudio

⁴³¹ Verbauwhede, *Alternativas a la detención para las familias con menores de edad: El enfoque belga*, documento de debate para Conferencia de la UE sobre asilo, 13 y 14 de septiembre, 2010, p. 5. Inicialmente, el enfoque solo se centraba en los retornos, sin embargo, se consideró que se garantizaría una mejor cooperación con las familias si se aplicaba un enfoque integral a su situación. Si bien algunas familias recibieron el permiso de permanecer de manera regularizada, esto nos lleva a preguntarnos sobre la naturaleza de los procedimientos hasta este punto, si 33 de las 106 familias (es decir, el 31 por ciento) que han pasado por las casas han recibido el permiso de permanencia, ya sea de manera permanente o temporal, incluso por razones médicas, nuevas solicitudes de asilo, motivos temporales que impiden la expulsión, decisión de una corte o condición de refugiado/subsidiaria.

acuerdo entre iguales en los modelos dirigidos por el gobierno podría generar desconfianza en quienes participan en el programa.

La característica de ‘gestión de casos’ de las casas de retorno implica a un grupo de dedicados ‘tutores’ que están en las casas para explicar a las familias el proceso de expulsión y estudiar las posibles opciones legales para quedarse, supervisar las casas, distribuir los bienes de consumo y otros artículos, comunicar las normas de las casas y hacer las citas con los actores relevantes, como abogados, autoridades de inmigración, médicos, etc. También se acuerdan citas con la OIM, que informa a las familias sobre los diferentes paquetes de retorno voluntario. Las familias reciben un subsidio semanal por familia y en las casa se suministran diversos artículos no alimentarios, como productos sanitarios, para bebés y de higiene. Las familias y los tutores inscriben un ‘contrato de confianza’ que se basa en el respeto mutuo y la idea de ‘libertad condicional’, basada en la observación de las normas de la casa. Aunque los tutores son empleados por la Oficina de Inmigración, por lo que son independientes del gobierno, afirman haber tenido éxito en lograr la confianza de las familias. Los tutores indican que pueden decir en las primeras 24 horas si las familias cooperarán con el proceso o huirán.⁴³² Los tutores tienen la obligación de informar a las autoridades de inmigración si una familia desaparece de las casas.

Se debe felicitar a las casas de retorno de Bélgica por su intento de mantener exentas de la detención a las familias con menores; sin embargo, también plantea dudas sobre si algunas familias deben estar en este programa. El hecho de que el 30 por ciento de las familias encuentran otras vías legales para permanecer en Bélgica plantea preguntas en torno a la situación del sistema de migración de Bélgica, ¿por qué las familias tuvieron conocimiento de las diversas vías para conseguir la permanencia legal en Bélgica en una fase tan tardía? ¿Por qué este nivel de consejería se produce sólo después de que se ha emitido una orden de expulsión o que las familias han sido recogidas por la policía de Bélgica? Esto apunta hacia la necesidad de un enfoque más integral en torno a una respuesta más temprana en cuanto a la intervención y el acceso a asesoría jurídica a través del procedimiento de asilo (ver ‘medidas complementarias’ a continuación).

Una de las principales diferencias entre los enfoques de Australia y Hong Kong, por un lado, y las ‘casas de retorno de Bélgica’, por otro, es que esta última proporciona vivienda especialmente designada en lugar de incluir a las familias dentro de una comunidad o un sector privado de viviendas. A pesar de que el gobierno está motivado por la opinión de que las ‘casas de retorno’ representan una ‘ruptura con la vida normal’ y que esto ayuda a las familias a prepararse para el retorno (‘ellos saben que somos serios respecto a su expulsión’⁴³³), no es claro que exista (aún) alguna evidencia que pruebe esta verdad.

⁴³² Entrevista, Tutores, Tubize, Bélgica, 7 de junio de 2010.

⁴³³ Entrevista, Tutores, Tubize, Bélgica, 7 de junio de 2010.

Surge la cuestión de si los servicios de ‘tutoría’ pudieron realizarse en la comunidad o en un centro de acogida abierto en una fase anterior, en lugar de someter a las familias a la perturbación adicional de ser trasladadas (a veces desde instalaciones de recepción), especialmente si tienen niños en la escuela, y sin olvidar los costos adicionales de hacerlo.⁴³⁴ Hay muchas familias solicitantes de asilo en Bélgica que no están detenidas y a quienes se les asignó alguno de los centros de acogida administrados, de diversas maneras, por la Cruz Roja, el Estado, iniciativas locales o por otras ONG.⁴³⁵ No es clara la base que justifica este sistema a dos niveles en Bélgica. Tan pronto como se verifica la identificación de las familias de solicitantes de asilo, pueden ser trasladadas a estos centros de acogida abiertos, en lugar de las ‘casas de retorno’.⁴³⁶ Flemish Refugee Action y otras nueve ONG en Bélgica también han recomendado que estas unidades de vivienda deben ser parte de una política más amplia de orientación sobre la permanencia legal y el retorno, que debe comenzar al inicio del proceso de asilo o en el momento del primer contacto con las autoridades. Esto significaría que la tutoría podría prestarse en las instalaciones de recepción y/o de detención.⁴³⁷

A diferencia de la detención, esto quiere decir que el paradero de las familias cuya expulsión ya ha sido programada es conocido por las autoridades y, en teoría, están disponibles para la expulsión; sin embargo, esto también podría lograrse notificando periódicamente los domicilios, especialmente en el caso de las familias que retornan voluntariamente.

El período promedio de permanencia en las casas de retorno es de 21,4 días. Esto puede aumentar para las familias solicitantes de asilo, debido a que el período habitual de espera antes de que se otorgue una audiencia sobre la solicitud de asilo en Bélgica puede ser de 6 a 8 meses.⁴³⁸ Sin embargo, el tiempo promedio de una decisión para las familias solicitantes de asilo que fueron reconocidas como refugiadas durante su estancia en las unidades de vivienda fue de 24 días. Esto se considera ‘excepcionalmente rápido’ pero será más largo si se presentan apelaciones.⁴³⁹ Una vez más, surge la cuestión de si estas familias no podrían ser acomodadas en la comunidad generalmente. Las ‘casas de retorno’ en este sentido operan como una forma de ‘residencia designada’.

⁴³⁴ En el contexto de belga, la tutoría en las fases tempranas no sería pues realizada por la Oficina de Inmigración (ya que aún no estarían en la fase de expulsión forzada), sino por Fedasil, quien se encarga de la recepción y la asistencia social de los solicitantes de asilo durante el procedimiento y del retorno voluntario después del procedimiento.

⁴³⁵ Ninguno de estos centros de acogida fueron visitados. N. Chmelickova (ed.), *Estudio de las alternativas a la detención de solicitantes de asilo en los Estados miembros*, 2006, disponible en inglés en: <http://www.detention-ineurope.org>.

⁴³⁶ Una de las ventajas de las ‘casas de retorno’ para los solicitantes de asilo parece ser el mayor índice de reconocimiento del asilo (como se señala en el texto anterior). Esto se puede deber a la orientación especial (‘tutoría’) sobre cómo navegar en el proceso de asilo y las citas realizadas con los abogados.

⁴³⁷ Flemish Refugee Action y otras nueve ONG, *Una alternativa a la detención de familias con niños: Examen de un año de funcionamiento*, diciembre de 2009.

⁴³⁸ Información, ONG de Bélgica, noviembre de 2010.

⁴³⁹ Información, ONG de Bélgica, noviembre de 2010

Durante un período de casi dos años (desde el 1 de octubre de 2008 al 2 de septiembre de 2010), 106 familias con 189 niños menores de edad se alojaron en las unidades familiares. En el mismo período, de las 99 familias que dejaron las casas de retorno, 46 familias retornaron a sus países de origen o fueron transferidas a un tercer país (46%),⁴⁴⁰ 19 familias se fugaron (19%); 33 familias fueron liberadas en la comunidad por diversas razones (33%),⁴⁴¹ y 1 niño fue puesto en libertad en un centro para menores.⁴⁴² Al 18 de junio de 2010, de los 90 casos que salieron de las casas de retorno hasta esa fecha, 44 eran parte del grupo de residentes ilegales o grupo original (39%), 30 se derivaron al procedimiento Dublín (33%) y 16 eran casos de solicitantes de asilo en la frontera (18%).⁴⁴³

4.3.2 Glasgow: ‘Proyecto de Retorno familiar’

Si bien la mayoría de los solicitantes de asilo no son detenidos en el Reino Unido, muchos son detenidos durante las etapas iniciales de los controles de identidad o de seguridad,⁴⁴⁴ o durante los procedimientos acelerados; y hasta mediados de 2010 se estimaba que había 2.000 niños en detención con propósitos migratorios cada año.⁴⁴⁵ A excepción de los niños en tránsito, se informa que todos los niños han sido puestos en libertad después del compromiso de la coalición del gobierno de cesar la detención de niños.⁴⁴⁶ La detención también ha formado parte habitual de las operaciones de retorno en el Reino Unido⁴⁴⁷, aunque un estudio reciente indica que la mayoría de los inmigrantes detenidos no son deportados lo que plantea interrogantes sobre la detención indefinida y, por lo tanto, arbitraria.⁴⁴⁸ De acuerdo con el *Manual de ejecución de operaciones* (OEM)

⁴⁴⁰ De estos: 15 retornos con el apoyo de la OIM; 18 casos de Dublín II; 1 traslado por un acuerdo bilateral; 5 expulsiones ‘forzadas’; y 7 casos de rechazo en frontera: Verbauwhede, *Alternativas a la detención para las familias con menores de edad: El enfoque belga*, p. 3.

⁴⁴¹ Las razones incluyen: regularización, razones médicas, nueva solicitud de asilo, estatus temporal sin expulsión, decisión judicial, condición de refugiado/subsidiaria: Verbauwhede, *Alternativas a la detención para las familias con menores de edad: El enfoque belga*, p. 3.

⁴⁴² Esto se debió a que se estableció que el niño no estaba relacionado con el adulto que lo acompañaba: Verbauwhede, *Alternativas a la detención para las familias con menores de edad: El enfoque belga*, p. 3.

⁴⁴³ Información, ONG de Bélgica, noviembre de 2010.

⁴⁴⁴ Ver, por ejemplo, *Saadi contra Reino Unido*.

⁴⁴⁵ Edwards, *Estudio jurídico temático: Reino Unido*.

⁴⁴⁶ Según la Agencia de Fronteras del Reino Unido, aproximadamente 12 niños son detenidos cada mes. Sin embargo, estos niños no son solicitantes de asilo y se dice que están en espera del retorno o en zonas de tránsito en el aeropuerto en espera del retorno inmediato a sus países de origen. Información proporcionada a la autora, Londres, noviembre de 2010. Sobre el compromiso, ver: *La Coalición: Nuestro programa de gobierno: Libertad, equidad, responsabilidad*, mayo de 2010, 17: Inmigración, p. 21, disponible en inglés en:

<http://programmeforgovernment.hmg.gov.uk/files/2010/05/coalition-programme.pdf>.

⁴⁴⁷ El Reino Unido también tiene un sistema de opciones de retorno voluntario asistido, que lleva a cabo en colaboración con la OIM: ver, Edwards, *Estudio jurídico temático: Reino Unido*.

⁴⁴⁸ London Detainee Support Group, *Sin retorno, sin libertad, sin razón: Impugnación de la detención indefinida*, septiembre de 2010, disponible en inglés en:

<http://www.ldsg.org.uk/files/uploads/NoReasonReport0910.pdf>.

de la Agencia de Fronteras del Reino Unido (UKBA) existen tres ‘alternativas a la detención’ en el Reino Unido: la admisión temporal, la libertad condicional o la libertad bajo fianza. La distinción entre estas tres opciones es que la admisión temporal y la libertad condicional pueden ser ordenadas antes de que se imponga cualquier detención, mientras que libertad bajo fianza sólo se concede después de que alguien ya ha sido detenido.⁴⁴⁹ Estas no se discuten aquí. El OEM establece que se debe utilizar AD siempre que sea posible de manera que la detención se utilice tan sólo como medida de último recurso y, además, que debe haber una presunción a favor de la libertad temporal.⁴⁵⁰ A pesar de estas disposiciones, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha observado que en la práctica las AD se aplican sólo cuando no hay espacio de detención disponible, y que la detención se utiliza con frecuencia por mera conveniencia administrativa.⁴⁵¹ Por otra parte, no existe un límite legal de los períodos de detención, lo que lleva a una revisión judicial costosa y periódica.⁴⁵²

También ha habido una serie de proyectos piloto en el Reino Unido, de los cuales el ‘Proyecto de Retorno Familiar’ de Glasgow es un ejemplo.⁴⁵³ El proyecto piloto de la UKBA de Glasgow es similar a las ‘casas de retorno’ de Bélgica, pero con resultados algo diferentes. Al igual que el proyecto de Bélgica, el objetivo del proyecto en Escocia es ‘reducir la necesidad de aplicar la expulsión y la detención en Escocia’.⁴⁵⁴ Su objetivo es alentar a los solicitantes de asilo rechazados a que retornen voluntariamente a sus países de origen por medio del ‘apoyo intensivo a la familia enfocado en ayudar a las familias a tomar conciencia de su estancia en Escocia, confrontar los problemas que retrasan el retorno y fortalecer las habilidades y la preparación para el retorno voluntario’.⁴⁵⁵ El proyecto es sólo para familias y prevé el alojamiento simultáneo de 4 a 5 familias en apartamentos independientes y abiertos. El proyecto observa que hay muchas más familias elegibles de las que caben dentro del proyecto. La característica central del proyecto piloto se describe como ‘intervención’.⁴⁵⁶

⁴⁴⁹ UKBA (2008) *Manual de ejecución de operaciones*, Cap. 55.20. Para más información sobre el proceso de detención en espera del retorno del Reino Unido, ver Edwards, *Estudio jurídico temático: Reino Unido*.

⁴⁵⁰ UKBA (2008) *Manual de ejecución de operaciones*, caps. 55.1.1, 55.20; Ministerio del Interior del Reino Unido (1998) *Más justo, más rápido, más firme: Un enfoque moderno de la inmigración y el asilo*.

⁴⁵¹ Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH) (2001) Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Doc. ONU. CCPR/CO/73/UK y CCPR/CO/73/UKOT, 6 de diciembre de 2001, disponible en: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.CO.73.UK;CCPR.CO.73.UKOT.Sp](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.CO.73.UK;CCPR.CO.73.UKOT.Sp) (06/25/2009).

⁴⁵² Ver, casos mencionados en la Parte B del presente estudio.

⁴⁵³ Otros proyectos pilotos incluyen el Proyecto Milibank en Kent 2007-2008 y el proyecto piloto Liverpool Key Worker (abril de 2009 a marzo de 2010); este último se describe en ‘medidas complementarias’. También tuve conocimiento de otro proyecto en la región de East Midlands, pero no existe documentación al respecto.

⁴⁵⁴ Memorando de entendimiento del Proyecto de retorno familiar, Consejo Municipal de Glasgow, Agencia de Fronteras del Reino Unido y Gobierno de Escocia, versión final de mayo de 2009 (en el archivo de la autora).

⁴⁵⁵ *Ibíd.*

⁴⁵⁶ *Ibíd.*

Tanto el proyecto belga (que se explicó anteriormente) y el proyecto de Glasgow aceptan que la ‘tutoría’ o asesoramiento sobre las opciones de retorno podrían no ocurrir en los hogares habituales de las familias y que la mudanza de las familias a una nueva residencia facilita el retorno, ya que actúa como un ‘ruptura’ con la ‘vida normal’ y ‘hace que las familias tomen en serio su retorno’.⁴⁵⁷ El proyecto piloto de Glasgow todavía tiene que confirmar esto con la evidencia. En su primer año de funcionamiento, ninguna familia alojada en las ‘casas de retorno’ ha retornado voluntariamente.⁴⁵⁸ Esto podría atribuirse a muchos factores, algunos se señalan aquí.⁴⁵⁹

En primer lugar, a diferencia de Bélgica, la ubicación de las casas de retorno en Glasgow es conocida por las comunidades de inmigrantes y se encuentran cerca de sus residencias anteriores (y ya que las familias se desplazan fuera y dentro de las casas y de la comunidad, podría ser que el mensaje que se esparce rápidamente es que el retorno no se lleva a cabo y por lo tanto estimula la resistencia al retorno). En segundo lugar, trasladar a las familias a casas cercanas a su alojamiento anterior difícilmente actúa como una ‘ruptura’ con el pasado, más bien puede parecer otro obstáculo administrativo (incluso un abuso de poder) para su estancia y que no están siendo tratados con dignidad.⁴⁶⁰ En tercer lugar, un proyecto piloto ampliamente criticado que se llevó a cabo en Milibank, Kent

⁴⁵⁷ Entrevista, UKBA, Glasgow, julio de 2010.

⁴⁵⁸ Entrevista, UKBA, Glasgow, julio de 2010. Ver, también, el proyecto piloto Ashford en el que sólo una familia aceptó ser expulsada voluntaria en un plazo de nueve meses y el proyecto Clan Ebor en Yorkshire y Humberside, que no vio el retorno de ninguna de sus 60 familias: OIM, Propuestas para la Revisión de la detención infantil, 22 de junio de 2010. La OIM informó que en 1999 prestó asistencia a más de 34.000 personas para retornar a sus países de origen, de los cuales el 79 por ciento eran hombres solteros. No es claro por qué la OIM se basó en estadísticas de 1999 en su propuesta. Estadísticas más recientes aseguran que en el periodo 2007-2008 (agosto de 2007 a julio de 2008), 2702 personas fueron devueltas por el programa VARRP y 1598 por el programa AVRIN. El *Programa de Retorno Voluntario Asistido y Reintegración* (VARRP) está dirigido a los solicitantes de asilo (incluidos los solicitantes de asilo rechazados) y sus dependientes, incluyendo a las personas cuyas solicitudes están pendientes, cuyas solicitudes han sido rechazadas y quienes han agotado todas las opciones de apelación o quienes están en proceso de apelación, o las personas que están dentro de una de estas categorías y se encuentran detenidas por delitos relacionados con la inmigración. También se aplica a los solicitantes de asilo a quienes se les ha negado el asilo, pero a quienes se les ha otorgado un permiso discrecional para quedarse. El *Programa de Retorno Voluntario Asistido para Migrantes Irregulares* (AVRIM) generalmente se aplica a las personas y sus dependientes que han entrado o permanecido ilegalmente en el Reino Unido, así como las personas que son aceptadas por la Agencia de Fronteras del Reino Unido (UKBA) como víctimas de trata. La mayoría de las solicitudes al VARRP fueron de solicitantes individuales (94,83 por ciento) la mayoría hombres (cerca de 83,69 por ciento). En el caso del AVRIM en el mismo período, la mayoría de las solicitudes (84,64 por ciento) fueron de solicitantes individuales (56 por ciento hombres y 44 por ciento mujeres): Información proporcionada por la OIM, Londres, y citada en Edwards, *Estudio jurídico temático: Reino Unido*. En 2009 sólo el 14 por ciento de los retornos de solicitantes de asilo e inmigrantes del Reino Unido se hicieron a través de uno de estos programas: Ministerio del Interior, Control migratorio: Resumen estadístico trimestral, Reino Unido, diciembre de 2009, Londres: Oficina de Estadística Nacional, citada en The Children’s Society y Bail for Immigration Detainees, ‘Revisión para cesar la detención de niños con fines migratorios: Respuesta’, 1 de julio de 2010.

⁴⁵⁹ Estas son mis observaciones iniciales como autora. Aún no se ha llevado a cabo una adecuada evaluación del proyecto.

⁴⁶⁰ Sin una investigación empírica sobre las razones por las cuales las familias no han cooperado con el proyecto, este punto de vista es puramente especulativo y deductivo.

entre 2007 y 2008 advirtió que la selección de las familias es particularmente decisiva.⁴⁶¹ No es claro que se hayan aprendido las lecciones apropiadas de ese proyecto piloto. Los criterios de elegibilidad del proyecto de Glasgow parecen relacionarse con factores externos en lugar de la idoneidad para este tipo de ‘intervención’.⁴⁶² Los trabajadores sociales del proyecto piloto de Glasgow relataron que la mayoría de las familias que participan en el proyecto consideran que fueron tratadas mal, sino injustamente, en el procedimiento de asilo y por lo tanto no están dispuestas a participar en el debate sobre el retorno, sino más bien en buscar otras maneras de quedarse.⁴⁶³ El punto de vista de los trabajadores sociales es que las familias en el proyecto piloto encontraron que el procedimiento de asilo era particularmente desmotivador, por lo que no estaban dispuestos a ser ‘motivados’ tomando decisiones sobre su retorno. Por otra parte, no hay límite en el número de solicitudes de revisión judicial que se pueden presentar en Escocia (cfr. Inglaterra y Gales), por lo que algunos de los participantes en el programa presentaron después nuevas solicitudes de revisión judicial y fueron puestos en libertad de la ‘casas de retorno’ a la comunidad. Uno de los criterios de elegibilidad es que la familia llegó al final del camino y no tiene opciones para quedarse.

Un cuarto factor es que el enfoque de ‘sólo el retorno’ debe ser ampliado para incluir todas las demás vías legales para quedarse, de lo contrario no conduce a un compromiso constructivo (como se amplió en el proyecto piloto belga para mejorar los índices de retorno y cumplimiento; la enfoque de gestión de casos en Australia también se centra en otras vías legales de permanencia). Una quinta dificultad observada es que los administradores de casos en este proyecto piloto son trabajadores sociales del gobierno, que indicaron que se sentían un conflicto entre la ‘ética del trabajo social y la aplicación de los retornos. Por lo tanto, no es claro que el modelo de ‘trabajo social’ sea necesariamente el más adecuado para este tipo de programas, donde las familias no necesariamente buscan orientación sobre temas sociales, sino orientación real sobre sus opciones legales. Una preocupación adicional es que el proyecto piloto parece menos diseñado para una AD (que se saca a las familias que están detención o evita la detención de algunas familias en particular) que para un proyecto de expulsión. Si bien algunas de estas familias serían elegibles para la detención en espera de expulsión (en cumplimiento

⁴⁶¹ De hecho, el proyecto piloto Milibank fue criticado por no (a) reducir el número de niños que son detenidos y (b) mejorar el índice de retorno voluntario. En particular, una evaluación puso de relieve cómo las familias eran remitidas inapropiadamente al proyecto, incluyendo a quienes no pudieron retornar a su país de origen por diferentes razones, haciendo que el trabajo de quienes dirigen el proyecto piloto sea prácticamente imposible: Ver, por ejemplo, The Children’s Society, *An Evaluative Report on the Milibank Alternative to Detention Pilot*, Milibank, Kent 2007-2008, junio de 2009, disponible en inglés en: <http://www.dianamemorial-fund.org/document.asp?id=1499&pageno=4>.

⁴⁶² Los criterios de selección incluyen tener al menos un menor a cargo; haber agotado sus derechos de apelación; no tener antecedentes de comportamiento violento o inclinación hacia la violencia; no tener problemas médicos que requieren intervención médica importante; que ningún niño esté en situación de riesgo según las normas de protección de los niños; que ningún niño deba presentar exámenes en los siguientes tres meses; ser expulsable; ser elegible para el retorno voluntario asistido a través de la OIM; estar alojados en Glasgow y en la s.95 de apoyo: Anexo A del Memorando de entendimiento de Proyecto Retorno Familiar.

⁴⁶³ Entrevista, trabajadores sociales, Proyecto Retorno Familiar de Glasgow, julio de 2010.

de las garantías jurídicas necesarias descritas en la Parte B del presente estudio), la mayoría de estas familias todavía no estaban sometidas a detención en espera de órdenes de expulsión. Otra diferencia con el proyecto de Bélgica es que se espera que las familias permanezcan en las casas de retorno por 3 meses (cfr. la duración promedio de la permanencia en las ‘casas de retorno’ de Bélgica es de 21 días). Esto significa que existe una urgencia limitada en la etapa de evaluación y planificación en relación con su retorno, ausencia del sentido de urgencia o de la inminencia del retorno, y que el proceso de retorno es, sin duda, interminable.⁴⁶⁴ Una intervención temprana en sus instalaciones de alojamiento normales hubiera sido un uso más humano y más eficiente de los recursos.

En general, es demasiado pronto para evaluar los dos objetivos del proyecto piloto de Glasgow: aumentar la expulsión voluntaria y reducir la detención de familias. En relación a lo primero, no se habían producido expulsiones voluntarias hasta la fecha de la redacción de este estudio. En relación a lo último, no es claro que en realidad funcione como un AD o sea más bien un paso más en el proceso de expulsión. Lo que sí es claro es que se necesita una ulterior investigación, incluyendo las razones por las cuales las familias no están dispuestas a participar en el proyecto.⁴⁶⁵ Muchas ONG han pedido mejoras en el sistema de asilo en su conjunto, afirmando que esto mejoraría el compromiso en cada una de las etapas del proceso, incluso al final. Las mejoras podrían incluir que la información y la asesoría jurídica que se proporciona a las personas sean mejoradas y se presten de manera temprana, y un mejor acceso a las opciones de retorno voluntario (ver, por ejemplo, el proyecto de Liverpool en 9.2 a continuación).

Muchas ONG también han indicado que los insignificantes índices de fuga de las familias con niños⁴⁶⁶ quieren decir que la detención no tiene ninguna utilidad y por tanto es innecesaria.⁴⁶⁷ Su uso como elemento de disuasión también es muy criticado y, como se indica en el presente estudio, no tiene base empírica. Estos puntos de vista también

⁴⁶⁴ Algunas ONG no están de acuerdo con esta posición y sugieren que las familias necesitan tiempo suficiente para preparar el retorno. Mi propia opinión (y compartida con los trabajadores sociales) es que tres meses es demasiado tiempo y que pueden obstaculizar los retornos en lugar de promoverlos. Un período de entre 14 días y 30 días sería óptimo.

⁴⁶⁵ Se han realizado algunas investigaciones sobre las razones de la no participación de los detenidos en los procesos de retorno por Bail for Immigration Detainees y Children’s Society lo que indican que el imperativo principal para la cooperación de las familias han sido las consideraciones de bienestar infantil: Propuesta, ‘Revisión para cesar la detención de niños con fines migratorios: Respuesta’, 1 de julio 2010

⁴⁶⁶ Ver, también, evidencia oral brindada por Dave Wood, UKBA al Comité de Asuntos Interiores, 16 de septiembre de 2009, HC 970-I (Pregunta 25), citada en la propuesta de Medical Justice. El índice general de fuga de los solicitantes de asilo también se ha hallado insignificante en el Reino Unido. Un estudio de la Universidad South Bank en 2002 examinó el grado de cumplimiento de 98 solicitantes de asilo en libertad bajo fianza entre julio de 2000 y octubre de 2001 y encontró que el 90 por ciento cumplió las condiciones de su libertad bajo fianza, a pesar de haber sido originalmente detenidos a causa de un riesgo supuestamente elevado de fuga : I. Bruegel y E. Natamba, *Mantener el contacto: ¿Qué sucede después de que los solicitantes de asilo detenidos son liberados bajo fianza?*, Universidad de South Bank, 2002.

⁴⁶⁷ Propuesta de Medical Justice.

ponen en tela de juicio la base para la promoción y el desarrollo de AD más formalizadas en el Reino Unido, como el proyecto de retorno familiar, en lugar de apoyarse en las alternativas existentes, como la libertad bajo fianza, incluyendo la liberación sin condiciones o con limitadas condiciones (y la expansión y mejoramiento del acceso a las opciones de libertad bajo fianza); liberación con restricciones y admisión temporal; o para familias que no están detenidas, su permanencia en la comunidad con asesoría proporcionada in situ. En cambio, el verdadero reto parece ser cómo lograr que las familias que han agotado las vías legales para permanecer en el Reino Unido participen en el proceso de retorno. Se trata de una cuestión aparte, aunque relacionada, a la detención migratoria y sus alternativas. Una solución ha sido mejorar el proceso de asilo y así fomentar la confianza en el sistema en su conjunto.⁴⁶⁸ Otra respuesta es garantizar que las familias sigan gozando del apoyo en seguridad social, lo que a su vez promueve su participación con las autoridades; o darles acceso a otros derechos, incluido el derecho al trabajo, hasta la expulsión. El modelo canadiense, por ejemplo, permite en la mayoría de casos los derechos al trabajo, lo que parece alentar el compromiso con las autoridades.

5. Residencia asignada

La residencia asignada (o ‘dispersión’) es una práctica común dentro de la Unión Europea.⁴⁶⁹ Es permitida por la Directiva de acogida de la UE (ver el análisis jurídico de la parte B). Suecia, por ejemplo, opera un sistema en el cual las personas son alojadas en casas comunales y apartamentos;⁴⁷⁰ y el Reino Unido dispersa solicitantes de asilo en varias municipalidades del país.

6. Brazaletes y monitoreo electrónico o seguimiento satelital

En el extremo de las restricciones a la libertad están las opciones de brazaletes electrónico y monitoreo electrónico, o seguimiento satelital.⁴⁷¹ Si bien la posibilidad de llamar por teléfono podría ser menos restrictiva que la comparecencia de persona, el uso de los otros métodos electrónicos de seguimiento de los movimientos de una persona pueden ser

⁴⁶⁸ Está más allá del objetivo de este documento el examinar esta propuesta en profundidad, pero se basa en la teoría de que un sistema de asilo más justo y más humano facilitaría el retorno voluntario de aquellas familias que no tienen derecho a permanecer en el Reino Unido: ver, Key Worker Project de Liverpool, discutido más adelante. Otros sistemas como el belga indican que existe evidencia que apoya este punto de vista. Para consultar recomendaciones en el mismo sentido, ver, propuesta de Medical Justice.

⁴⁶⁹ Marx indica que muchos Estados miembros de la UE tienen leyes que permiten que a los solicitantes de asilo se les exija vivir en lugares designados: Marx, ‘Artículo 26 (Derecho de Circulación)’.

⁴⁷⁰ G. Mitchell, ‘Solicitantes de asilo en Suecia: Un enfoque integrado de recepción, detención, determinación, integración y retorno’, agosto de 2001, disponible en inglés en: <http://idcoalition.org/asylumseekers-in-sweden>.

⁴⁷¹ Ver la parte B de este estudio sobre si los brazaletes en el tobillo equivalen a una forma de privación de libertad o detención.

particularmente invasivos. Los brazaletes en el tobillo o la muñeca, por ejemplo, pueden requerir que un individuo esté conectado a la pared por unas tres horas al día con el fin de recargar las baterías.⁴⁷² Esto equivale a una restricción de la libertad y sería inapropiado en los sistemas que reconocen a los solicitantes de asilo u otras personas el derecho al trabajo, ya que podría interferir con su capacidad para hacerlo. Algunos monitores del tobillo también tienen notificaciones de voz que hablan a los portadores. Como resultado, esto no sería apropiado para personas que sufren alguna forma de enfermedad mental. Por otra parte, el uso de brazaletes en el tobillo o la muñeca puede tener el efecto de la criminalización de los portadores, y en muchos casos, cuando se han aplicado, se han usado innecesariamente.⁴⁷³ Un brazaletes en el tobillo, por ejemplo, no impedirá la fuga ya que puede ser removido por la fuerza, por lo que su uso con personas que manifiestan su voluntad de cumplir con los procedimientos de asilo o de otro tipo será probablemente excesivo e innecesario.

7. Detención domiciliaria con horario restringido

La detención domiciliaria con horario restringido está en el extremo de las AD, y sólo debe aplicarse en casos excepcionales. En muchas situaciones, equivaldrá a la privación de la libertad (ver la Parte B). Por lo tanto, no se discute en este artículo.

8. Medidas complementarias a las alternativas a la detención

8.1 Australia: Servicio Comunitario para la Resolución del Estatuto (CSRS)

El CSRS es un mecanismo para ayudar al gobierno australiano a facilitar la pronta resolución de casos. Se aplica a los casos que no son vulnerables (los casos vulnerables son elegibles en otras alternativas descritas anteriormente). Se describe mejor como una medida complementaria para ayudar al gobierno a expedir o acelerar la resolución de casos de personas que viven en la comunidad, que como una AD. Sin embargo, opera junto con las AD y reduce la dependencia de la detención. El CSRS se desarrolló debido a que el gobierno notó que la intervención temprana daba como resultado que las personas eran liberadas de la detención con mayor rapidez e igualmente su condición se resolvía más expeditamente. Con este servicio, las personas eran liberadas con *bridging visas*, con una serie de condiciones anexas, como tomar medidas activamente para salir de Australia o condiciones de presentación ante las autoridades. La libertad bajo fianza se

⁴⁷² Comunicación con la CID en su visita a los EE.UU., septiembre de 2010.

⁴⁷³ En los EE.UU., por ejemplo, donde los brazaletes en el tobillo se utilizaban habitualmente para los solicitantes de asilo, se informa que la organización privada que ganó la licitación del gobierno para proporcionar la supervisión de los solicitantes de asilo dejados en libertad, recibió su pago según el número de unidades utilizadas. Entrevista, ONG de los EE.UU., 2010.

utiliza muy poco de este sistema.⁴⁷⁴ Los administradores de casos de DIAC exploran las opciones migratorias abiertas a las personas, siendo la salida de Australia la única opción. El gobierno australiano ha calculado que este servicio, junto con los paquetes de retorno de la OIM, es más barato que el modelo de ‘detención y deportación’.⁴⁷⁵ Con este servicio la mayoría de las personas salen de Australia en dos semanas y un porcentaje muy bajo de quienes no lo hacen son detenidos.⁴⁷⁶

8.2 Liverpool: ‘Proyecto piloto de Trabajador Clave en el Sector Voluntario’

Otro proyecto piloto que se inició en abril de 2010 en el Reino Unido es el ‘Programa Piloto de *Trabajador Clave* (Key Worker) en el Sector Voluntario’ en Liverpool. Este proyecto piloto tiene como objetivo evaluar el impacto del aumento de la confianza y la comprensión del proceso de asilo de parte del solicitante de asilo (‘confianza del cliente’) sobre los índices de retorno. El proyecto piloto facilita el acceso a soluciones legales efectivas y sostenibles de las solicitudes de asilo y los programas de retorno voluntario para aquellos que no tienen derecho legal a quedarse. En parte, también fue motivado por el objetivo de reducir la indigencia entre los solicitantes de asilo rechazados después de la culminación de sus solicitudes. El proyecto piloto es similar al enfoque de ‘gestión de casos’ ejecutado por las ONG en Australia, en el que las necesidades de asistencia del cliente son identificadas y abordadas, además que los clientes tienen un contacto personalizado para poder comprender plenamente no sólo el proceso de asilo, sino también las consecuencias de la imposibilidad de obtener asilo o cualquier otro estatuto de protección. Esto se conoce como ‘planificación doble’, es decir, tanto para permanecer como para retornar. Sin embargo, otros diversos temas se abordan en las sesiones de consejería, incluyendo: otras opciones posibles de inmigración; la realidad de la detención y la expulsión; y la posibilidad de caer en la indigencia.⁴⁷⁷

En noviembre de 2010, 200 clientes habían sido remitidos por la Agencia de Fronteras del Reino Unido a este proyecto. La gran mayoría (183 clientes) son clientes solos (78 por ciento hombres; 22 por ciento mujeres) con otras 17 unidades familiares. La remisión de los clientes al proyecto no es sistemática, es decir, no se utilizan criterios determinados. El componente de asesoría y asistencia del proyecto piloto es administrado por la organización no gubernamental, Refugee Action. A los ‘trabajadores clave’ se les asigna entre 35 a 40 clientes por cada uno, acordando con ellos los puntos esenciales de intervención y otros intervalos regulares.⁴⁷⁸ La participación en el proyecto es totalmente

⁴⁷⁴ Entrevista, DIAC, Melbourne, septiembre de 2010.

⁴⁷⁵ Entrevista, DIAC, Melbourne, septiembre de 2010.

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ La indigencia es una preocupación real de solicitantes de asilo rechazados en el Reino Unido: campaña *Still Human Still Here*: <http://stillhumanstillhere.wordpress.com>.

⁴⁷⁸ Los cinco puntos clave de intervención son: 1. Antes de la audiencia inicial de asilo (si esto no es posible, entonces antes de que se tome la decisión inicial para así poder suministrar más información

voluntaria; no se utiliza, por ejemplo, como condición para la libertad bajo fianza. Ya que en el Reino Unido la mayoría de los solicitantes de asilo no están detenidos durante todo el procedimiento de asilo (a excepción de los períodos iniciales),⁴⁷⁹ el proyecto piloto no funciona como una AD en este sentido. Sin embargo, el proyecto piloto espera mejorar la satisfacción de los clientes con el procedimiento de asilo y, en consecuencia, mejorar la aceptación del retorno voluntario. Un objetivo secundario es reducir el número de personas detenidas en espera de su expulsión mediante la posibilidad de optar por retornar voluntariamente.

Es demasiado pronto para juzgar si esta hipótesis se revelará cierta, pero después de 7 meses, cinco personas han optado por retornar voluntariamente, otras tres expulsadas forzosamente y otra que fue transferida a detención.⁴⁸⁰ Si bien las cifras son bajas, de las personas en el ‘grupo de control’ (o quienes no tienen acceso al proyecto piloto trabajador clave), sólo se había producido una expulsión voluntaria en ese mismo período. A noventa y nueve clientes se les ha reconocido la condición de refugiado (o aproximadamente el 50 por ciento), mientras que el retorno de otras 32 personas se consideró inviable (por lo general debido a la falta de cooperación por parte de la embajada para autenticar la nacionalidad). Sesenta y nueve clientes permanecen en el proceso, mientras que 12 se han mudado a otras partes del país, es decir, abandonando el proyecto piloto. Alrededor de 7 a 9 personas se han ‘fugado’ durante el periodo de prueba del proyecto piloto (o sea un 4,5 por ciento).⁴⁸¹

8.3 Herramientas de evaluación de riesgos y necesidades

Proporcionar orientación a quienes toman las decisiones administrativas respecto a cuándo y para quién la detención es necesaria y proporcionada en cada caso individual es una importante garantía contra la detención arbitraria. Los tribunales de Hong Kong, por ejemplo, han sostenido que este es requisito para una política legal de detención.⁴⁸² Sin embargo, toda orientación debe ser cuidadosamente equilibrada y no se debe presumir o injustamente alentar la detención por encima de la libertad, ya que esto también sería ilegal.

en caso necesario); 2. Después de la decisión inicial; 3. Antes de la apelación; 4. Después de la apelación; 5. Cuando el apoyo termina. En todas las etapas se realiza una ‘planificación dual’.

⁴⁷⁹ La verdadera excepción a esta afirmación son los individuos que enfrentan los procedimientos de vía rápida, que se producen durante la detención.

⁴⁸⁰ Entrevista, Ryan Nelson, Refugee Action, 11 de noviembre de 2010.

⁴⁸¹ Las estadísticas de UKBA indican que 11 clientes se fugaron de acuerdo a sus criterios; sin embargo, Refugee Action sigue en contacto con dos de estas personas, mientras que otra fue identificada como víctima de trata y fue remitida a otros servicios (es decir, injustamente contada); mientras que una persona haya regresado voluntariamente (y así fue contado equivocadamente). No es claro que ‘fuga’ sea el término correcto para un proyecto piloto de carácter voluntario, en vez de referirse a personas que han optado por interrumpir su participación en el proyecto piloto.

⁴⁸² Discutido en la Parte B.

La UKBA, por ejemplo, elabora una serie de factores que deben tenerse en cuenta para decidir sobre la necesidad y la proporcionalidad de la detención, incluyendo: probabilidad de expulsión y plazos correspondientes; evidencia de fuga anterior; evidencia de incumplimiento de las condiciones de libertad provisional o libertad bajo fianza; antecedentes de acatamiento del control migratorio; vínculos en el Reino Unido, solicitudes pendientes en relación a su caso; edad; historial de tortura; historial de enfermedad física o mental.⁴⁸³

Los EE.UU. están en proceso de desarrollar una ‘herramienta de evaluación del riesgo’, que contiene un complejo sistema de valoración con puntos que se suman o restan según las circunstancias y el perfil del individuo, incluyendo: problemas de salud médica y mental de emergencia y preexistentes, otras vulnerabilidades especiales, cuestiones de seguridad nacional, salud pública y factores de seguridad pública, establecimiento de la identidad, posibilidad de ser expulsado, historial de delitos graves,⁴⁸⁴ historial de supervisión (intentos anteriores de fuga, etc.) y riesgo de huida (incluyendo los vínculos con la comunidad local). Si bien la herramienta de evaluación de riesgo es una mejora con respecto a lo que en general ha sido la política de ‘detener primero, preguntar después’, la herramienta de evaluación de riesgo de los EE.UU., basada en un cálculo matemático, corre el riesgo de convertirse en un ejercicio burocrático y automatizado, además puede llevar sólo a evaluaciones individuales artificiales en lugar de reales. También parece muy inclinado a favor de la detención.⁴⁸⁵

Del mismo modo, el gobierno de Hong Kong ha producido una declaración de políticas sobre los factores a considerar en la decisión de detener o liberar a una persona, sin embargo, todavía tiene significativos problemas, ya que contiene 15 razones ‘para la detención’ y sólo el 6 ‘contra la detención’.⁴⁸⁶ Habida cuenta de este desequilibrio, se podría argumentar que la política equivale a una presunción a favor de la detención, lo cual, según la jurisprudencia de otras jurisdicciones, sería ilegal, y no es una prueba equilibrada para nada.⁴⁸⁷ Cada uno de los factores debe ser considerado y balanceado en cada caso individual.

⁴⁸³ Ver, por ejemplo, UKBA, *Instrucciones de ejecución y orientación*, cap. 55.3.1 - Factores que influyen en la decisión sobre la detención, disponible en inglés en: www.ukba.homeoffice.gov.uk.

⁴⁸⁴ Notar que éstos deben ser tramitados a través del derecho penal y no en relación con el derecho migratorio, según las decisiones indicadas en la Parte B.

⁴⁸⁵ Proyecto piloto versión 28.5.2010, tabla de admisiones, (en los archivos de la autora).

⁴⁸⁶ Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, Oficina de Seguridad, Comunicación sobre la Autoridad de Detención, Sección 29 de la Ordenanza sobre inmigración (cap. 115), enero de 2009 (en el archivo de la autora).

⁴⁸⁷ Ver, por ejemplo, *N (Kenia) contra Secretario de Estado del Departamento del Interior* [2004] INLR 612 y *Ulde contra Ministro de Asuntos Interiores* (320/2008 [2009] ZASCA 34 (31 de marzo de 2009) (Tribunal Supremo de Apelación, Sudáfrica))

D. Lecciones aprendidas y el análisis costo-beneficio

Esta parte del estudio reúne los distintos resultados de los ejemplos de los países examinados en la Parte C. En particular, se evalúan los ejemplos en relación con los índices de cumplimiento/comparecencia así como los costos comparados con la detención/encarcelamiento. También se identifican los distintos elementos de las diversas alternativas que podrían ser replicados o modificados en otros contextos nacionales.

1. Índices de cumplimiento o cooperación

El estudio Field y Edwards concluyó en 2006 que ‘muy rara vez se debía detener o incluso restringir la libertad de movimiento de los solicitantes de asilo antes de un rechazo definitivo de su solicitud o antes del momento en que su expulsión se convierte en un hecho cierto.’⁴⁸⁸ El presente estudio, basado en datos compilados durante cinco años más, llega a la misma conclusión (ver el cuadro 1). Además, ha habido una serie de importantes casos de derechos humanos, así como esfuerzos regionales de regulación (por ejemplo, en el contexto de la UE) que han delimitado el alcance permisible de la detención y que han obligado a algunos gobiernos a cambiar su posición de considerar y aplicar la detención como una rutina a observar la detención como una medida excepcional. En relación con esto último, la consideración de las AD se ha convertido en un componente importante de la reducción de los índices de encarcelamiento. Cada vez hay más evidencia que pone en tela de juicio la finalidad y la efectividad de la detención como una política dirigida a disuadir la migración irregular, prevenir la fuga o garantizar que personas están disponibles para su expulsión. Las motivaciones políticas de la detención se basan cada vez menos en la evidencia empírica.⁴⁸⁹

F. **Tabla 1: Índices de cumplimiento o cooperación**

Programa (solicitantes de asilo; casos de retorno; casos mixtos)	Índice de cumplimiento o cooperación (%) ⁴⁹⁰	Índice de fuga (%)
Australia (mixto)	94	6
Bélgica (mixto)	80	20

⁴⁸⁸ Field y Edwards, *Alternativas a la detención*, p. 50.

⁴⁸⁹ En comparación, las motivaciones políticas de los gobiernos en la aplicación de políticas severas de detención no pueden contabilizarse fácilmente, pero sin duda ponen en tela de juicio la necesidad y la proporcionalidad de la detención y son de hecho irrelevantes para probar la legalidad de la detención en un caso individual.

⁴⁹⁰ Estos índices no siempre toman en cuenta si una persona retorna voluntariamente al final de un proceso, pero incluyen si una persona cumple con los diversos requisitos mientras es puesta en libertad en una de las alternativas.

Friendship House, Pennsylvania ⁴⁹¹	99	1
Hamilton House, Canadá (en su mayoría solicitantes de asilo) ⁴⁹²	99,9	1
Hong Kong (mixto)	97	3
Liverpool Proyecto Piloto Trabajador Clave (solicitantes de asilo)	95,5	4,5
Servicio Luterano de Inmigración y Refugiados ⁴⁹³ (solicitantes de asilo)	99	1
Matthew House, Canadá (en su mayoría solicitantes de asilo) ⁴⁹⁴	99	1
Nueva Orleans ⁴⁹⁵ (mixto)	96	4
Sojourn House, Canadá (solicitantes de asilo) ⁴⁹⁶	99,95	0,05
Universidad South Bank (solicitantes de asilo)	90	10
Toronto Bail Program, (mixto)	96,35	3,65
Vera Institute of Justice ⁴⁹⁷ (solicitantes de asilo)	84	16

En Field y Edwards se identificaron varios factores que influyen en que los solicitantes de asilo y otros cumplan o no con las órdenes de su liberación o si comparecen por diversos procedimientos administrativos y judiciales. Este estudio ha confirmado, ha

⁴⁹¹ En Field y Edwards se informó que Friendship House en Pennsylvania tenía un uno por ciento de índice de fuga de personas puestas en libertad bajo su supervisión (de 100 personas puestas en libertad bajo su cuidado durante un período de cuatro años): Field y Edwards, *Alternativas a la detención*, Anexo sobre los Estados Unidos.

⁴⁹² Field y Edwards, *Alternativas a la detención*, Anexo sobre Canadá.

⁴⁹³ El proyecto experimental de Servicio Luterano de Inmigración y Refugiados en 1999 registró un 96 por ciento de índice de comparecencia de un grupo, en 'alto riesgo de fuga', de 25 chinos solicitantes de asilo puestos en libertad sin fianza o garantía. Ver, también, Esther Ebrahimian, 'The Ullin 22: Shelters and Legal Service Providers Offer Viable Alternatives to Detention', Detention Watch Network, agosto y septiembre de 2000, p. 8.

⁴⁹⁴ Field y Edwards, *Alternativas a la detención*, Anexo sobre Canadá. Matthew House informó que de 300 solicitantes de asilo puestos en libertad bajo su supervisión, sólo 3 se dieron a la fuga en un período de cinco años.

⁴⁹⁵ Nueva Orleans 1998, INS puso en libertad a solicitantes de asilo y otras personas con órdenes de expulsión de más 90 días bajo un programa administrado por la Catholic Charities con una tasa de comparecencia de 96%: Joan Treadway, 'Detainees get chance to change their lives', *New Orleans Times Picayune*, 22 de enero de 2001, p. B-3.

⁴⁹⁶ Field y Edwards, *Alternativas a la detención*, Anexo sobre Canadá. Sojourn House informó que durante un período de seis años con 3.600 personas (aproximadamente 600 por año), sólo dos se dieron a la fuga.

⁴⁹⁷ Entre 1997-2000, el Vera Institute of Justice fue invitado por el gobierno de los EE.UU. para llevar a cabo un proyecto piloto de tres años para supervisar la liberación de detenidos seleccionados. El Programa de Asistencia para la Comparecencia del Vera Institute of Justice encontró que el 84 por ciento de los solicitantes de asilo puestos bajo 'supervisión regular' (principalmente servicios de apoyo y remisión, con cartas y llamadas telefónicas recordatorias) compareció a todas sus audiencias, en comparación con el 62 por ciento de los solicitantes de asilo (fue observado más del 80 por ciento de índice de comparecencia, si se excluye un subconjunto del grupo bajo supervisión que había indicado su deseo de ir a Canadá) cuyas acciones posteriores a su liberación fueron rastreadas como parte de los no participantes al grupo bajo control. Field y Edwards, *Alternativas a la detención*, Anexo sobre los Estados Unidos.

ampliado, y en relación con lo último, ha cuestionado parte de estas conclusiones. Los factores responsables del cumplimiento pueden resumirse de la siguiente manera:⁴⁹⁸

- (a) La prestación de asesoría jurídica. Este estudio recomienda que la prestación de asesoría u orientación jurídica ocurra en los primeros momentos del proceso de asilo. Además, la asesoría u orientación jurídica para personas que enfrentan la deportación debe incluir todas las opciones legales disponibles. se ha encontrado que esto mejora los índices de retorno voluntario.
- (b) Las personas deben entender el procedimiento de asilo y todas las obligaciones relativas a la liberación, incluidas las consecuencias de no comparecer. Este estudio también encontró que suministrar información en una etapa temprana sobre las consecuencias del rechazo de una solicitud de asilo es útil para preparar a los individuos y las familias para el retorno voluntario si es que su solicitud de asilo es rechazada y para mejorar su cooperación con el proceso, incluido el retorno.
- (c) La prestación de apoyo material y alojamiento adecuado durante todo el procedimiento de asilo. Este estudio confirmó esta conclusión y además encontró que este apoyo también debería estar disponible durante el periodo de espera para el retorno, y que esto puede mejorar la cooperación de los individuos con el proceso de retorno.
- (d) En Field y Edwards se señaló que la detección de vínculos familiares o comunitarios o ‘la creación de estos vínculos a través de grupos comunitarios’ aumentaron los índices de cumplimiento. Si bien este estudio no ha examinado este aspecto en detalle, se han puesto de relieve los riesgos de tal sistema y se aboga por que este sistema sea regularizado y/o supervisado. Por ejemplo, el sistema de registro de los grupos comunitarios o de diáspora que prestan sus nombres como fiadores/garantes podría contrarrestar los riesgos de explotación y otras formas de abuso. Este estudio también ha indicado que la falta de lazos familiares o comunitarios no necesariamente se traduce en bajos índices de cumplimiento (de hecho esto no ha sido exhaustivamente probado ni en el estudio Fields y Edwards de 2006 ni en el presente estudio). Las ‘casas de retorno’ de Bélgica alcanzaron índices de cumplimiento del 80 por ciento con un programa que traslada a las familias a un área donde no tienen vínculos familiares o comunitarios. Esto no fue identificado por los directivos de ese programa como un factor de aumento o reducción del cumplimiento o la cooperación.

Por lo tanto, a partir de esta investigación pueden extraerse diversos factores comunes que contribuyen al aumento del índice de cumplimiento:

⁴⁹⁸ Field y Edwards, *Alternativas a la detención*, p. 45.

- Tratar a los refugiados, solicitantes de asilo, apátridas y otros migrantes con dignidad, humanidad y respeto durante todo el procedimiento migratorio pertinente
- Proporcionar información clara y concisa acerca de los derechos y deberes relacionados con la AD y las consecuencias del incumplimiento
- Remitir a asesoría jurídica, incluyendo la asesoría sobre todas las vías legales para quedarse, comenzando en las primeras etapas del procedimiento correspondiente y continuando hasta su final
- Permitir el acceso a material de apoyo, alojamiento y otras condiciones de recepción adecuados
- ‘Tutoría’ individualizada o servicios de gestión de casos.

El trato en los procedimientos de asilo y otros procedimientos legales parece ser uno de los factores que más contribuye con el compromiso positivo con el sistema. Cuando los individuos están descontentos con el sistema o sienten que se han tratados injustamente, es menos probable que cooperen con el mismo sistema hasta el final del proceso y que tomen decisiones sobre el retorno.

Si bien sigue faltando investigación alrededor de las AD en los países llamados de ‘tránsito’,⁴⁹⁹ puede extrapolarse que las personas que enfrentan el retorno se encuentran en una situación similar a quienes no están en sus países de destino elegidos (es decir, están en tránsito). Existe el supuesto gubernamental, por ejemplo, que las personas que enfrentan el retorno son más propensas a fugarse, ya que no han alcanzado sus fines esperados. Según la evidencia empírica esto no tiende a suceder. El TBP, por ejemplo, no ha observado ninguna diferencia en los índices de comparecencia entre los solicitantes de asilo y las personas en espera de deportación.

Mientras tanto, Bélgica observó un 20 por ciento de índice de fuga entre las familias con niños en espera de ser deportados (aunque las estadísticas se basan en una muestra muy pequeña) y el índice de retorno voluntario mejoró desde que introdujeron la consideración de las diversas opciones de permanencia legal.

2. Costos básicos

El argumento de los costos es muy simple: la detención cuesta mucho más que la mayoría de las AD. El ahorro financiero, no obstante, puede no ser un factor de motivación suficiente cuando prevalecen los factores políticos y/o electorales; pero sí proporcionan por lo menos un incentivo para considerar opciones alternativas. La Tabla 2

⁴⁹⁹ La clasificación de países de destino y países de tránsito es un tanto artificial y se basa en las tendencias mundiales básicas en lugar de las motivaciones de los individuos. En toda evaluación sobre la necesidad de la detención para prevenir la fuga se podrían incluir preguntas relacionadas con el país de destino preferido, aunque esto tendría que compensarse con otros factores. En general, casi todos los países son simultáneamente países de tránsito y de destino.

identifica de manera básica los costos de las AD en contraposición del encarcelamiento. Como es de notar, los índices de encarcelamiento no tienen en cuenta las bien documentadas consecuencias a largo plazo de la detención en los servicios de atención en salud física y mental y otros servicios relacionados, además de las perspectivas de una posterior integración de los individuos. Del mismo modo, algunos de los costos de la AD no tienen en cuenta el acceso a servicios generales, en lugar de los proporcionados directamente por la organización implementadora. Por otra parte, los programas de AD identificados aquí son los más intensivos, involucrando la financiación directa del gobierno a varias organizaciones o departamentos gubernamentales. Como se mencionó en la Parte C, los sistemas de libertad bajo fianza y caución son los menos costosos. Sin embargo, existen muy pocos datos sobre sus costos.

G. Tabla 2: Costos de la detención versus costos de las alternativas a la detención

País	Detención por persona por día ⁵⁰⁰	AD por persona por día	Ahorro por persona por día
Australia	\$ 339 AUD; ⁵⁰¹ \$ 124 AUD por 'detención comunitaria'	\$ 7 AUD ⁵⁰² – \$ 39 AUD ⁵⁰³	Entre \$ 333 AUD a \$ 117 AUD
Canadá: Toronto Bail Program	\$ 179 CAD	\$ 10.12 CAD	\$ 167 CAD
Hong Kong	\$ 108 HKD	No disponible	No disponible
Estados Unidos	\$ 95 USD ⁵⁰⁴	\$ 22 USD ⁵⁰⁵	\$ 73 USD

3. Aumento del retorno voluntario para solicitantes de asilo rechazados y otros migrantes

El estudio confirmó evidencia, aunque todavía reducida y poco sistemática, que indica que los solicitantes de asilo y otros migrantes optarán cada vez más por el retorno voluntario dentro de procesos de AD que fuera de ellos. El ejemplo de Bélgica ha

⁵⁰⁰ Los costos pueden variar en función del número de detenidos, especialmente construidas para las instalaciones de inmigración tienen un costo, independientemente del número de detenidos.

⁵⁰¹ el año fiscal 2005-6.

⁵⁰² AUD \$ 7 por persona por día en el marco del Plan de Asistencia de solicitantes de asilo en 2007-8 se basó en 1.867 personas a un costo de 4.790.000 dólares. fecha comparativo en el ámbito de correcciones: la libertad condicional \$ 5.39 AUD pppd, la libertad vigilada pppd \$ 3.94 y \$ 58.83 en casa de detención pppd.

⁵⁰³ Esta es la cifra para el programa CASP, lo que implica un enfoque más amplio.

⁵⁰⁴ 'EE.UU. Detención de solicitantes de asilo y Derechos Humanos', por Bill Frelick, Amnistía Internacional EE.UU., 1 de marzo de 2005.

⁵⁰⁵ 'Aplicación de Inmigración Beneficios Las empresas de Prisiones, New York Times, 19 de julio de 2006;' Detención y Deportación de extranjeros ilegales ', la Oficina del Inspector General del Departamento de Seguridad Nacional, abril de 2006; www.ice.gov, 7 de agosto de 2006. [H. Rep. 109 a 476 (2006), p. 38 en el Informe Lutherin n. 38.

revelado que, irónicamente, los retornos voluntarios mejoraron cuando a los ‘tutores’ se les encargó tener en consideración todas las vías legales para lograr la permanencia. Australia observó un 67 por ciento de retorno voluntario de quienes participaban en sus programas de AD, que es una cifra muy satisfactoria. El programa de Australia también considera todas las opciones legales para la permanencia y no sólo para el retorno. El proyecto piloto de Liverpool ha dado a entender que hasta el momento más personas han retornado voluntariamente dentro del proyecto piloto que dentro del grupo de control (5:1), aunque las estadísticas son demasiado pequeñas para sacar conclusiones firmes. El papel del administrador de casos o el tutor trabajando con la gente y fomentando su confianza en sus opciones de inmigración tan pronto como sea posible, garantizando el acceso a la asesoría jurídica y a la asistencia para la repatriación, parecen ser factores fundamentales para que las personas participen de manera constructiva con el proceso.

4. Establecimiento de ‘garantías mínimas’ y otras consideraciones

Las alternativas a la detención son sólo una parte de los grandes sistemas de asilo y migración. Estos sistemas deberán ser compatibles con los derechos internacionales relativos a la libertad e incorporar salvaguardas contra ilegalidad y la arbitrariedad. Este última debe incluir:

- Establecer los plazos máximos legales de detención.
- Establecer explícitamente en la ley los motivos para la detención.
- Si la detención ha sido considerada, imponer la obligación de examinar primero los medios menos invasivos, que podrían incluir una presunción contra la detención.
- Elaborar directrices claras sobre la forma de evaluar la necesidad y la proporcionalidad de la detención en casos individuales.
- Revisar la detención periódica y automáticamente (la mejor práctica es en el plazo de 48 horas, seguido de 7 días y luego cada 30 días).
- Proporcionar la oportunidad de revisión judicial de toda orden de detención y que los tribunales estén facultados para ordenar la liberación o imponerle condiciones a la liberación.
- Si la detención es necesaria, garantizar que cumple con las normas de derechos humanos.
- Establecer garantías y condiciones especiales para grupos particulares, como niños, adultos mayores, mujeres embarazadas, personas con discapacidad física o mental, etc.
- Cuando una alternativa a la detención implica restricciones a la circulación, crear un sistema de revisión periódica bajo solicitud de las condiciones de la liberación.

Algunas observaciones generales sobre las alternativas a la detención y, particularmente, sobre los sistemas de gestión de casos se enumeran a continuación:

- Introducir la gestión de casos desde el inicio de los procedimientos de asilo, incluyendo la remisión a asistencia jurídica, salud y otros servicios necesarios adecuados.
- Adaptar la gestión de casos y/o la supervisión comunitaria a cada individuo basándose en tres etapas: evaluación de necesidades, planificación y liberación.
- Si fuera conveniente, pactar contratos entre el individuo y la organización de liberación o los administradores de casos para garantizar que ambas partes son conscientes de sus derechos y responsabilidades y de las consecuencias del incumplimiento.
- En la medida de lo posible promover el ‘compromiso voluntario’.
- Seleccionar cuidadosamente a los participantes, sobre todo en la etapa final (¿las personas están dispuestas a comprometerse con el proceso y a cooperar? Si no es así, ¿por qué no?).
- Instituir salvaguardas para garantizar que la liberación de personas a alternativas que implican alguna forma de restricción de la libertad no se convierta en un impedimento a la comparecencia cuando es posible la libertad condicional o bajo palabra.
- Desconectar los requisitos de notificación ante un oficial de inmigración que dan lugar a sanciones y a la aplicación de la ley del componente de gestión de casos y prestación de servicios con el fin de fomentar la confianza y la cooperación en el proceso, aunque esto también puede depender de acuerdos de alianzas.
- Separar la selección y la remisión de los clientes de la organización de prestación de servicios (una excepción podría ser el TBP, que lleva a cabo su propia evaluación de selección).
- Alertar a las personas sobre toda la gama de opciones legales para la permanencia y las consecuencias del incumplimiento.
- Adaptar los programas de AD a cualquier necesidad especial o específica de individuos o grupos, como personas con discapacidad, niños, etc.
- En el caso de los niños, perseguir un modelo de ‘cuidado’ antes que un modelo de ‘cumplimiento’, incluyendo la adaptación específica de acuerdos, tutoría y asesoría y orientación especializados. Pueden ser necesarios acuerdos especiales para los menores no acompañados.
- Reconocer y responder a los riesgos de de las AD, como los riesgos de explotación y otros abusos.
- Evitar contratos con organizaciones de liberación que incentivan medidas más restrictivas de lo necesario.⁵⁰⁶
- Reconocer los efectos primarios y secundarios de una AD, que pueden tener efecto sobre si se percibe como un éxito y su supervivencia a largo plazo.⁵⁰⁷

⁵⁰⁶ Por ejemplo, el contrato del gobierno de los EE.UU. con Behaviour Inc., que condicionaba los pagos a la cantidad de brazaletes en los tobillos empleados, fue considerado un fomento innecesario del uso de brazaletes en muchas personas: Entrevista, ONG de los EE.UU., julio de 2010.

E. Conclusión

La primera mitad de este estudio resume el marco jurídico internacional aplicable a la detención migratoria. En particular, se destaca el deber de los Estados de considerar los medios menos invasivos para lograr los objetivos perseguidos por la detención. Implementar programas de AD puede ser una manera de lograrlo.

La segunda parte del estudio destaca una serie de AD que se están aplicando actualmente en varios Estados, desde la libertad sin condiciones a la libertad bajo diversas condiciones a programas totalmente financiados y organizados de supervisión comunitaria, asistencia y gestión de casos. El estudio confirmó que los proyectos o procedimientos adecuadamente gestionados (por ejemplo, la libertad bajo fianza) pueden garantizar altos índices de cumplimiento de los procedimientos de asilo, así como de los procedimientos de retorno. Estos también demostraron ser significativamente más baratos que el encarcelamiento o la detención, no sólo en costos directos, sino también respecto a los costos a largo plazo asociados con la detención, como el impacto en los servicios de salud, problemas de integración y otras dificultades sociales.

Si bien no hay un solo ejemplo recomendado, un hallazgo fundamental que surge durante todo el estudio es la observación de que tratar a las personas con dignidad y humanidad en la entera duración de los procesos de asilo y retorno y establecer directrices claras sobre los derechos y las responsabilidades puede dar lugar a mejores tasas de cumplimiento, costos más bajos, mejores y más efectivos sistemas de asilo y mayores índices de retorno voluntario. Este estudio encontró que las AD que prevén el acceso a asesoría jurídica, a la entera gama de servicios sociales y de salud y a material de apoyo y alojamiento satisfactorios dan como resultado la voluntad de los clientes de cumplir con diversos requisitos de reportarse y de otros tipos, incluyendo, en algunos casos, una mayor aceptación de las opciones de retorno voluntario. Por otra parte, estas medidas pueden repercutir en mejoras en los sistemas de asilo, recepción y gestión de la migración. Este estudio ha puesto de manifiesto la necesidad de garantizar que existen condiciones de acogida humanas en general con el fin de evitar otros problemas, como la indigencia.

El desarrollo de las políticas gubernamentales en este ámbito no puede basarse en suposiciones sobre el probable comportamiento de los migrantes y en cambio debe basarse en evidencia empírica. La investigación realizada para este estudio, junto con la

⁵⁰⁷ P. ej. el piloto Escocia se refiere primordialmente a facilitar el retorno voluntario, y no necesariamente mantener a las personas de la detención, aunque se trata de un resultado secundario / objetivo.

investigación de otros, encontró que la mayoría de las alternativas a la detención alcanzan un 90 por ciento o más de cumplimiento cuando los individuos son liberados bajo control y supervisión adecuados. Se constató además que si todas las opciones de permanencia legal pasan a ser parte de un proceso de gestión de casos, el índice de retorno voluntario puede incluso aumentar (algo contrario a la intuición). Si bien no forma parte directamente de este estudio, el éxito de los programas con personas en espera de su deportación (en términos de índices de cumplimiento y de retorno) cuestiona la opinión general de suponer índices más bajos de cumplimiento en los países de tránsito que en los países de destino.⁵⁰⁸ Vale la pena explorar más a fondo si algunas de las lecciones aprendidas en el contexto del retorno podrían transferirse a los llamados ‘países de tránsito’.⁵⁰⁹

El estudio también señaló que sin orientación y supervisión claras de la liberación y de las condiciones de la liberación, pueden surgir riesgos de explotación y deben adoptarse medidas para evitarlos. También se consideró de modo general que los aspectos de la ejecución de las AD, como parte de los sistemas de gestión de la migración, deben separarse de las organizaciones que operan los proyectos alternativos. Asimismo, hubo algunas excepciones donde diversas organizaciones no tuvieron ningún inconveniente en ser también parte del componente de aplicación. Esto tendría que ser evaluado sobre la base del contexto nacional en cuestión.

⁵⁰⁸ Cf. Field y Edwards considera que los índices de comparecencia pueden variar dependiendo de si un individuo está en su destino elegido, pero esto no se funda en la evidencia: Field y Edwards, *Alternativas a la detención*, p. 45.

⁵⁰⁹ La descripción de un país en particular como país de ‘tránsito’ o de ‘destino’ es bastante unidimensional. La mayoría de los países son países de tránsito y de destino simultáneamente y la cuestión más relevante es si los individuos están en su destino elegido.

Anexo A: Tabla de casos

Casos internacionales

Comisión Europea de Derechos Humanos

Agee contra Reino Unido 7 DR 164, 1976

Zamir contra Reino Unido, Comisión EDH, Demanda No. 9174/80, 11 de octubre 1983

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra los Estados Unidos, Comisión IDH, Caso 10.675, Informe No. 51/96, 13 de marzo 1997

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

A. contra Australia, CDH, Com. No. 560/1993, 3 de abril 1997

Ackla contra Togo, CDH, Com. No. 505/1992, 25 de marzo 1996

Bakhtiyari contra Australia, CDH, Com. No. 1069/2002, 23 de octubre 2003

C contra Australia, CDH, Com. No. 900/00, 13 de noviembre 2002

Celepli contra Suecia, CDH, Com. No. 456/1991, 26 de julio 1994

Francesco Maddafferi et al. contra Australia, CDH, Com. No. 1011/2001, 26 de agosto de 2004

Karker contra Francia, CDH, Com. No. 833/1998, 30 de octubre 2000

Mukong contra Camerún, CDH, Com. No. 458/1991, 21 de julio 1994

Spakmo contra Noruega, CDH, Com. No. 631/1995, 05 de noviembre 1999

Torres contra Finlandia, CDH, Com. No. 291/1988, 05 de abril 1990

Van Alphen contra los Países Bajos, CDH, Com. No. 305/1988, 23 de julio 1990

Vuolanne contra Finlandia, CDH, Com. No. 265/1987, 7 de abril 1989

Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas

J.H.A. contra España, CAT, Com. No. 323/2007, 21 de noviembre 2008

Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de las Naciones Unidas

GTDA Opinión No. 45/2006, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del séptimo periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/7/4/Add.1, 10 de enero de 2008

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Aerts contra Bélgica, TEDH, Informes 1998-V, 30 de julio 1998

Al-Nashif contra Bulgaria, TEDH, Demanda No. 50963/99, 20 de junio 2002

Amuur contra Francia, TEDH, Demanda No. 19776/92, 25 de junio 1996

Ashingdane contra Reino Unido, TEDH, Demanda No. 8225/78, 28 de mayo 1985

Bouamar contra Bélgica, TEDH, Ser. A. No. 129, 29 de Febrero 1988
Bozano contra Francia, TEDH, Demanda No. 9990/82, 18 de diciembre 1986
Chahal contra Reino Unido, TEDH, Demanda No. 22414/93, 15 de noviembre 1996
Ciulla contra Italia, TEDH, Demanda No. 11152/84, 22 de febrero 1989
Conka contra Bélgica, TEDH, Demanda No. 51564/99, 05 de febrero 2002
Dougoz contra Grecia, TEDH, Demanda No. 40907/98, 06 de marzo 2001
Enhorn contra Suecia, TEDH, Demanda No. 56529/00, 10 de diciembre 2002
González c. España, TEDH, Demanda No. 43544/98, 29 de junio 1999
Guzzardi contra Italia, TEDH, Demanda No. 7367/76, 6 de noviembre 1980
H.L. contra el Reino Unido, TEDH, Demanda No. 45508/99, 5 de octubre 2004
Massoud contra Malta, TEDH, Demanda No. 24340/08, 27 de julio 2010
Medvedyev contra Francia, TEDH, Demanda No. 3394/03, 29 de marzo 2010
Mikolenko contra Estonia, TEDH, Demanda No. 10664/05, 8 de enero 2010
Mitunga contra Bélgica, TEDH, Demanda No.13178/03, 12 de octubre 2006
Moustaquim contra Bélgica, TEDH, 13 EHRR 802, 1991
Muskhadzhiyeva et al contra Bélgica, TEDH, Demanda No. 41442/07, 19 de enero 2010
Omwenyeke contra Alemania, TEDH, Demanda No. 44294/04, 20 de noviembre 2007
Saadi contra Reino Unido, TEDH, Demanda No. 13229/03, 29 de enero 2008
Sánchez Reisse c. Suiza, TEDH, Demanda No. 9862/82, 21 de octubre 1986
Salah Sheek c. los Países Bajos, TEDH, Demanda No. 1948-04, 11 de enero 2007
Dakota del Sur CONTRA Grecia, TEDH, Demanda No. 53541/07, 11 de junio 2009
Shamsa contra Polonia, TEDH, Demanda No. 45355/99 y 45357/99, 27 de noviembre de 2003
Vasileva contra Dinamarca, TEDH, Demanda No. 52792/99, 25 de septiembre 2003
Winterwerp contra los Países Bajos, TEDH, Ser. A, No. 33, 24 de octubre 1979
Wloch contra Polonia, TEDH, Demanda No. 27785/95, 19 de octubre 2000

Tribunal Europeo de Justicia

Kadzoev contra Bulgaria, TJCE, Caso C-357/09, 30 de noviembre 2009

Jurisprudencia Nacional

Australia

Al-Kateb contra Godwin [2004] HCA 37

Ruddock contra Vadarlis [2001] FCA 1329

Canadá

Charkaoui contra Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración) [2007] 1 SCR 350

Sahin contra Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración) [1995] 1 FC 214

Suresh contra Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración) [2002] 1 SCR 3

Estados Unidos

Boumediene contra Bush, 553 EE.UU. 723 (2008)

DeMore contra Kim EE.UU. 538 510, 554 (2003)
Foucha contra Louisiana, 504 EE.UU. 71 (1992)
Hamden contra Rumsfeld, 548 EE.UU. 557 (2006), 126 S. Ct. 2749
Nguyen contra B.I. Incorporated 435 F. Supp .2 d 1109 (D. Oregon 2006)
Rasul contra Bush, 542 EE.UU. 466 (2004), 124 S. Ct. 2868
Zadvydas contra Davis, 533 EE.UU. 678 (2001)

Hong Kong

'A' contra Director de Inmigración [2008] HKCU 1109
C contra Director de Inmigración [2008] HKCU 256
FB contra Director de Inmigración [2007] HCAL 51/2007
Hashimi Habib Halim contra Director de Inmigración [2008] HKCU 1576
Nguyen Tuan Cuong y otros contra Director de Inmigración y otros [1996] 423 HKCU1
Shum Kwok-sheer contra Hong Kong SAR [2002] 5 HKCFAR 318
Tan Te Lam contra Centro de detención Tai A Chau [1997] AC 97 (PC)

Namibia

Luboya y Otro contra Estado [2007] AHRLR 165

Nueva Zelanda

Procurador General contra el Consejo de Refugiados de Nueva Zelanda Inc. [2003] 2 NZLR 577

Países Bajos

Shokuh contra los Países Bajos, Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos), 9 de diciembre de 1988, *Revue du droit des étrangers*, No. 52, enero - febrero 1989

Reino Unido

A y otros contra Secretario de Estado para Asuntos Internos [2004] UKHL 56
Abdi Ahmed Abdillahi contra Secretario de Estado para Asuntos Internos [2010] EWHC 808
Mohamad Aziz Ibrahim y Aran Omer contra Secretario de Estado para Asuntos Internos [2010] 746 EWHC
N (Kenia) contra Secretario de Estado para Asuntos Internos [2004] 612 INLR
La Reina sobre la Demanda de Abdi Ahmed Abdillahi contra Secretario de Estado para Asuntos Internos [2010] 808 EWHC
La Reina sobre la Demanda de MM (Somalia) contra Secretario de Estado para Asuntos Internos [2009] EWHC 2353 (Admin.)
R contra Director de la prisión de Durham, ex p. Hardial Singh [1984] 1 WLR 704
R contra Secretario de Estado para Asuntos Internos, ex p. Khawaja [1984] AC 74
R. (Khadir) contra Secretario de Estado para Asuntos Internos [2005] 39 UKHL
Secretario de Estado para Asuntos Internos contra JJ y otros [2007] 45 UKHL

Secretario de Estado para Asuntos Internos contra AF [2007] UKHL 46, [2008] 1 AC 440

Secretario de Estado para Asuntos Internos contra E y otro [2007] UKHL 47, [2008] 1 AC 499

Sudáfrica

Akwen contra Ministro del Interior (46875/07) [2007] TPD

AS y otros ocho contra Ministro del Interior y otros tres (2010/101) [2010] SGHC (12 de febrero de 2010)

Centre for Child Law contra Ministro del Interior y otros (22866/04) [2004] TPD (13 de septiembre de 2004)

Hooman Hassani y Hootan Hassani contra Ministro del Interior y otros dos (10/01187) [2010] SGHC (5 de febrero de 2010)

Jeebhai contra el Ministro del Interior (139/2008) [2009] ZASCA 35 (31 de marzo de 2009)

Kanyo Aruforse contra Ministro del Interior y otros dos (2010/1189) [2010] SGHC (25 de enero de 2010)

Khan y otros contra Ministro del Interior y otro (15343/06) [2006] TPD (26 de junio de 2006)

Lawyers for Human Rights contra Ministro de Seguridad y Vigilancia y otros 17 (5824/2009) [2009] NGHC (15 de mayo de 2009)

Ulde contra Ministro del Interior (320/2008) [2009] ZASCA 34 (31 de marzo de 2009)