

La reticencia del Estado a emplear alternativas a la detención

Clément de Senarclens

Los Estados siguen mostrando una marcada reticencia a implementar alternativas a la detención de inmigrantes. Y la razón podría ser que dichas alternativas omiten la función disciplinaria de la detención con la que éstos coaccionan a la gente para que coopere.

En los últimos años han proliferado los informes que destacan la necesidad de que la detención de inmigrantes se utilice sólo como último recurso y que hacen hincapié en las ventajas que las alternativas a la detención presentan para los Estados en lo que se refiere al respeto por los derechos fundamentales de las personas y también respecto a los costes de las expulsiones. Entonces, ¿por qué muestran tan poco interés en las alternativas a la detención a pesar de las incuestionables ventajas que parecen ofrecer? La respuesta a esta pregunta parece encontrarse en el hecho de que las alternativas propuestas ignoran la función disciplinaria de la detención de inmigrantes.

La detención de inmigrantes se considera normalmente un medio que facilita la expulsión de los ciudadanos extranjeros que se hallan en el país en situación irregular.¹ Sin embargo, yo matizaría que cabe distinguir entre dos tipos de sistemas diferentes mediante los cuales los Estados tratan de alcanzar dicho objetivo. El primero –por lo general, más reconocido– es lo que yo llamo la “función administrativa” de la detención de inmigrantes: un mero medio de garantizar que los individuos se hallen presentes en el momento de su expulsión. Pero los Estados confían cada vez más en un segundo modo de empleo de la detención de inmigrantes, por el que ésta se considera un instrumento de coacción diseñado para obligar a la gente a cooperar en su propia expulsión. Es lo que yo llamo “función disciplinaria” de la detención.

Esta evolución de la función administrativa a la disciplinaria resulta especialmente evidente en el caso de Suiza. La Ley de Extranjería de 1986 permitía en Suiza la detención previa a la expulsión durante un período máximo de 30 días, a partir de que la decisión de llevar a cabo la expulsión se tomara y se pusiera en marcha, al mismo tiempo que existía una clara presunción de que el individuo intentaría evitar la expulsión. Sin embargo, en 1995 la Ley de Extranjería se modificó para ofrecer las bases de una detención basada en la falta de cooperación (por ejemplo, negarse

a confirmar la propia identidad, a obedecer una orden de comparecencia sin razones válidas, etc.). A partir de entonces, no sólo fue posible ordenar su detención después de que se hubiese dictado una sentencia definitiva que hubiese que ejecutar sino también tras una decisión en primera instancia y a pesar de que el procedimiento de asilo siguiese estando en marcha. El período máximo de detención se aumentó a un año. Esto sugiere claramente que la detención ya no sólo pretendía evitar que los individuos evadiesen la justicia cuando su expulsión fuese inminente sino también obligar a los ciudadanos extranjeros cuya expulsión no fuese directamente ejecutable, a cooperar bajo la amenaza de un período de detención más largo.

Esta función disciplinaria de la detención se expresó de forma explícita en la nueva Ley de Extranjería (Loi sur les étrangers) de 2005, que incluía un nuevo artículo titulado “detención coactiva”, destinado específicamente a cualquier tipo de falta de cooperación. La detención podría ordenarse basándose en el argumento de que la expulsión no podría ejecutarse por culpa del comportamiento del individuo, y el período máximo de detención se amplió de nuevo, esta vez a 24 meses². El incremento del período máximo de detención se justificó de forma explícita en el parlamento por su supuesta efectividad a la hora de obligar incluso a los individuos más recalcitrantes a someterse a las normas dictadas por las autoridades.

¿Un fenómeno suizo o una tendencia europea?

Diversos factores sugieren que la función disciplinaria de la detención de inmigrantes no es sólo un fenómeno exclusivo de Suiza sino que está más que establecida a nivel europeo. En primer lugar porque, como país firmante del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (CEDH) y miembro del espacio Schengen, Suiza no pudo expresar en términos explícitos ningún objetivo que fuera incompatible con el marco legal europeo. Varias sentencias del Tribunal Federal Suizo que confirmaban la compatibilidad de la “detención coactiva” con el

octubre 2013

CEDH parecen demostrar la creencia del Tribunal de que la función disciplinaria de la detención de inmigrantes no contradice el Derecho Europeo.

El segundo factor es la amplia interpretación del Artículo 5.1(f) del CEDH por parte del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El subpárrafo f) del párrafo 1 estipula que no se debería privar a nadie de su libertad, excepto en el caso de la detención de una persona “contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”. Varios comentaristas jurídicos llegaron a la conclusión de que el uso de la detención de inmigrantes debería limitarse a su “función administrativa”⁷³. Sin embargo, en 1996, en el caso de Chahal contra Gran Bretaña el TEDH dictaminó que: “Esta provisión [Artículo 5.1(f)] no exige que la detención de una persona contra la que se hayan emprendido acciones con vistas a su deportación sea considerada razonablemente necesaria, por ejemplo, para evitar que cometa un delito o que huya...”⁷⁴. Al declarar de forma explícita que la detención de inmigrantes no necesariamente debía limitarse a prevenir que éstos evadan la justicia, y al no delimitar de qué otro modo podría utilizarse, el Tribunal posibilitó que se empleara con fines disciplinarios.

En tercer lugar, es en la Directiva de 2008 de la UE sobre el Retorno⁷⁵ donde encontramos la confirmación más explícita del uso de la detención desde un enfoque disciplinario. El Artículo 15.1(b) en combinación con el Artículo 15.5, establecen que deberá ordenarse una detención de seis meses en caso de que el individuo en cuestión obstruya el proceso. Además, el Artículo 15.6 estipula que en caso de que la persona no coopere, el período de detención podría ampliarse hasta 12 meses más. En otras palabras, tanto las bases para la detención como el período máximo de detención que proporciona la Directiva sobre el Retorno corroboran su uso con fines disciplinarios, como en el caso de la legislación suiza.

Diálogo, no coacción

Si reconocemos la dimensión disciplinaria de la detención de inmigrantes, deberíamos cuestionarnos la legitimidad de una práctica administrativa que ha adoptado una lógica normalmente restringida al sistema de justicia penal. Sin embargo, la función disciplinaria de la detención nos ayuda a entender una de las razones fundamentales de la falta de interés por parte de los Gobiernos en la implementación de alternativas a la detención. Todas las alternativas a la detención previas a la expulsión pretenden

únicamente garantizar –por diversos medios– que la persona se presente cuando se deba ejecutar la decisión de expulsarla. Estas medidas van desde ponerla en libertad bajo fianza al uso de placas de identificación electrónicas, el arresto domiciliario o la obligación de presentarse ante las autoridades en intervalos regulares. Estos son medios menos restrictivos y también más económicos de garantizar la presencia de la persona en el momento de su expulsión. Pero los partidarios del enfoque disciplinario creen que es la naturaleza disciplinaria de la detención lo más importante a la hora de que la expulsión se realice con éxito. Desde su punto de vista, las medidas menos restrictivas y más liberales son también menos efectivas para conseguir el resultado deseado. La prevalencia del enfoque disciplinario en el uso de la detención ayuda, por tanto, a explicar las reticencias de los Estados a optar por otras alternativas.

El objetivo del presente artículo no es rechazar las alternativas a la detención sino, por el contrario, sacar a la luz y cuestionar el enfoque disciplinario en el que aparentemente se basan ahora las políticas de retorno de los Estados. Este enfoque debería cuestionarse no sólo desde el punto de vista de su cumplimiento del derecho internacional sino también teniendo en cuenta su supuesto efecto sobre la aplicación de las sentencias de expulsión. Numerosos estudios han cuestionado la efectividad del uso de la coacción como medio para promover que la gente acate las órdenes de las autoridades. Al contrario de lo que los Gobiernos actualmente presuponen mientras se centran cada vez más en la represión y la coacción, las evidencias sugieren que la implementación de una política transparente que satisficiera la necesidad de dignidad de las personas sería más propensa a garantizar que éstas acatasen las decisiones tomadas por el Gobierno.

Un debate abierto sobre la detención administrativa ayudaría a permitir que los Gobiernos no basasen sus políticas en presuposiciones infundadas y moralmente cuestionables, sino más bien en los resultados de un estudio empírico. Desde este punto de vista, el papel de las organizaciones de derechos humanos consistirá en presionar para que se implante una política de retorno basada en el diálogo y en el apoyo a las personas que se han visto obligadas a abandonar su territorio, más que en una simple represión. Esto iría en pos de los intereses de las personas interesadas y también de los Estados que desean hallar una solución a las dificultades asociadas con la ejecución de las expulsiones.

octubre 2013

Clément de Senarclens es estudiante de doctorado en el Centro de Derecho Migratorio (Centre de droit des migrations), Universidad de Neuchâtel.

clement.desenarclens@unine.ch

www2.unine.ch/ius-migration

1. Me estoy centrando aquí en la cuestión de la detención previa a la expulsión y he ignorado la de la detención previa a la llegada, que pretende evitar la llegada ilegal de extranjeros.

2. Éste se redujo dos años más tarde a 18 meses de acuerdo con la integración de la Directiva sobre el Retorno (Directiva 2008/115/CE) en la legislación nacional.

3. Por ejemplo, véase Noll, G 'Rejected Asylum Seekers: The Problems of Return' ("Solicitantes de asilo rechazados: los problemas del retorno"), *International Migration*, 37(1): 281. 1999. <http://tinyurl.com/IM-Noll-1999>

4. Caso de Chahal contra el Reino Unido, 15 de noviembre de 1996, Solicitud nº 70/1995/576/662, párrafo 112.

5. <http://tinyurl.com/directiva-retorno-2008>