

EL ENCIERRO DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA: CRÍTICA Y ALTERNATIVAS A LOS CIE DESDE EL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS¹

THE CLOSURE OF FOREIGNERS IN SPAIN: CENSURE AND ALTERNATIVES TO FOREIGNERS DETENTION FACILITIES FROM THE UNIVERSAL SYSTEM OF HUMAN RIGHTS PROTECTION

Carmelo Faleh Pérez²

RESUMEN

El autor pasa revista a las aportaciones más relevantes de los procedimientos de Naciones Unidas para la protección internacional de los derechos humanos, que critican los centros de internamiento de extranjeros (CIE), proponiendo medidas alternativas al encierro, como lo demanda la sociedad civil. Sin embargo, en su aproximación a esta cuestión, se hace énfasis en la protección del derecho a la libertad personal de los migrantes en situación irregular y en la necesidad de abolir los CIE.

ABSTRACT

The author reviews the most significant contributions of United Nations procedures for the international protection of human rights, criticizing the detention centers for foreigners (CIE) and proposing alternatives to confinement, as demanded by civil society. However, in the approach to this issue, the emphasis is done on the protection of the right to personal liberty of migrants in an irregular situation and the need to abolish the CIE.

KEYWORDS: Right to liberty and security, foreigners, migrant persons, undocumented migrants, borders, CIE, detention, arrest, arbitrary, non-discrimination, United Nations Human Rights Council, Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, Special Rapporteur on the human rights of migrants, Working Group on Arbitrary Detention, Human Rights Committee.

¹ Artículo recibido el 19 de enero de 2014 y aprobado el 15 de febrero de 2014.

² Profesor contratado doctor en el área de Derecho internacional público y Relaciones internacionales del Departamento de ciencias jurídicas básicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Asesor jurídico de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH). Direcciones electrónicas: carmelo.faleh@ulpgc.es y cfaleh@aedidh.org.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la libertad y la seguridad, extranjeros, personas migrantes, sin papeles, fronteras, CIE, internamiento, detención, privación de libertad, arbitrariedad, no discriminación, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Grupo de trabajo sobre la detención arbitraria, Comité de Derechos Humanos.

Sumario: 1. Presentación. 2. Proteger la libertad personal frente a la arbitrariedad. 3. La única opción no es el encierro. 4. Conclusiones. 10. Bibliografía

1. Presentación

A poco que escarbemos tras las normas y disposiciones jurídicas, encontraremos probablemente su razón de ser, su sentido, su finalidad... hasta su *sinrazón*. Los hallamos tanto en lo que el legislador escribe, como en aquello que no se escribe, en lo que parece ocultarse—o, deliberadamente, se oculta— a nuestros ojos, como lo que sucede dentro de los CIE. Algo de eso nos ocurre con las normas españolas que tratan de legitimar, sin lograrlo, la existencia de los centros de internamiento de extranjeros (CIE). Podremos *vestir el mono*, pero mono seguirá siendo... Es posible que lo que se nos escondasea el miedo y, especialmente, los temores infundados ante el falso dilema: que la inclinación de la balanza a favor de libertad personal de las personas migrantes haga peligrar nuestra seguridad. No debemos descartar tampoco las reacciones airadas de la *parroquia* más ignorante o hipócrita si el cierre de los CIE se decretase, si su existencia como sitios para el encierro sistemático de personas migrantes sin papeles fuera prohibida.

En esto, como en otros ámbitos o materias que el derecho internacional pretende ordenar, se adivina una vez más la pugna entre el ser y el deber ser, entre el derecho positivo y las ambiciones de cambio normativo movidas por la búsqueda y realización obstinadas de los ideales de libertad, de justicia y de paz. En este sentido, no encuentro equivocado decir que el amigo y profesor Ángel Chueca Sancho, a quien rendimos homenaje desde estas páginas, era más que un simple explicador del derecho vigente, era también un jurista de *lege ferenda* y, por lo tanto, inevitablemente, un *nadador a contracorriente*.

La vigente Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, tanto como su Reglamento, se ocupan de los efectos que conlleva la denegación de la entrada en el territorio español a los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos en la propia ley. Conforme a derecho español, un extranjero debería ingresar al territorio por los puestos habilitados para ello, provisto de pasaporte o documento de viaje válido que acrediten su identidad y —salvo excepciones resultantes de la normativa de la Unión Europea o de tratados internacionales, solicitantes de asilo y autorizaciones de entrada que obedecen a razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de otros compromisos adquiridos por España— disponiendo de un visado válidamente expedido y vigente.

Pero, obviamente, no hay que llamarse a engaño: los CIE están pensados para las personas que migran en penosas condiciones y consiguen acceder al territorio de manera

irregular. Rara vez nos detenemos a pensar en el largo camino y las penalidades que padecen antes de su entrada en el territorio y nos fijamos únicamente en el resultado final: su entrada al territorio *nuestro*, como *sin papeles*. Son personas que migran en pos de una vida mejor, para realizar sus derechos humanos —entendidos en este punto como el “conjunto de procesos que los individuos y los grupos humanos ponen en marcha cotidianamente para acceder a los bienes exigibles para una vida digna de ser vivida”³— y que, tras tiempos de esfuerzos, ahorros y penurias, víctimas de la escasez y de la desesperanza, objeto de comercio para las mafias de la migración irregular sin escrúpulos, logran rebasar las fronteras para encontrarse con uno de los peores recibimientos: ser tratadas como *no personas*⁴.

Para esas personas—y para otros extranjeros sujetos a prohibición de entrada por distintos motivos que la Ley española identifica— ésta reserva, con dicción no solamente curiosa, sino deliberadamente elusiva, los “lugares de internamiento” que “no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios”, resultando “los extranjeros internados... privados únicamente del derecho ambulatorio” (art. 60.2 de la L.O. 4/2000). Como se sabe, el internamiento en tales centros o lugares está sujeto a autorización judicial y tiene carácter temporal por cuanto puede mantenerse por el tiempo imprescindible para los fines del expediente de expulsión, siendo su duración máxima de 60 días.

Ello encuentra adecuado *cobijo* en una norma europea que no nos proponemos examinar aquí: la vergonzosa Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 16 de diciembre (Normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular) que “justifica el internamiento para preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión” (considerando 16), consintiendo que cada Estado miembro pueda aplicar esa medida privativa de la libertad por un período máximo de un año y medio (art. 15 de la Directiva), sumados los tiempos del plazo inicial y la prórroga posible, como sucede, por ejemplo, en derecho holandés, con su Ley de extranjería de 2000⁵. Al decir del TJCE, el efecto útil de esta Directiva consiste en lo que apunta el segundo de sus considerandos, acogiendo lo que pidió el Consejo Europeo celebrado en Bruselas el 4 y 5 de noviembre de 2004: establecer “una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes”, para que, se matiza, “las personas sean retornadas humanamente y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad”⁶. ¡Cuánta letra al servicio de la hipocresía!

³ HERRERA FLORES, J., “Derechos humanos y paz: Nuevos fundamentos filosóficos y jurídicos para nuevas prácticas sociales”, *Tiempo de paz*, nº 80 (2006) (monográfico *La paz como derecho humano*), p. 39.

⁴ Así es, desgraciadamente: «bajo el estigma de la “ilegalidad” se anula la dimensión como personas de los inmigrantes en situación irregular por el solo hecho de encontrarse al margen de la ley. La obtención del permiso de residencia aparece entonces como una suerte de ritual de paso para ser reconocidos en tanto personas (ciudadanos)». JARRÍN MORÁN, A., RODRÍGUEZ GARCÍA, D. y DE LUCAS, J., “Los centros de internamiento de extranjeros en España: Origen, funcionamiento e implicaciones jurídico-sociales”, *Documentos CIDOB Migraciones* 26 (Octubre 2012), p. 3.

⁵ Sobre la Directiva europea, v. entre otros, NIETO GARCÍA, L. C.: “Derechos humanos e inmigración. Europa y la directiva de retorno”, *Revista PAPELES de relaciones ecosociales y cambio global*, nº 104 (invierno 2008/09), pp. 39-56; y SERNA SANDOVAL, C.: “Internamiento preventivo de migrantes irregulares en la Unión Europea: análisis desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, en VILLÁN DURÁN, C. y FALEH PÉREZ, C. (editores): *Paz, migraciones y libre determinación de los pueblos*, AEDIDH, 2012, pp. 55-81.

⁶ TJUE, Sala segunda, sentencia de 10 de septiembre de 2013, § 42.

En el caso de España, la duración máxima de la privación de libertad del extranjero dentro de un CIE es de sesenta días. Agotado este plazo, el migrante debe ser liberado pese a que no haya podido consumarse el procedimiento administrativo sancionador de expulsión. Sea como fuere, lo cierto es que el ingreso en un CIE —al objeto, al parecer, de evitar la incomparecencia del extranjero mientras se tramita el expediente para su expulsión— es una medida privativa de libertad preventiva, que se adopta en el marco de un procedimiento sancionador administrativo”, siendo ese internamiento “la única medida cautelar de aseguramiento que prevé la normativa aplicable para este tipo de procedimientos administrativos”⁷. No obstante, muchos pensamos lo que sigue: que «los CIE empezaron mal desde el principio», desde que por la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España se autorizó como medida cautelar para garantizar la ejecución de una eventual sanción de expulsión del territorio nacional. Y así, con todo lo acaecido desde entonces en y con los CIE, Eloy Cuadra escribe de manera elocuente: «En realidad un CIE podía ser cualquier cosa, desde un viejo barracón de aeropuerto (Fuerteventura) hasta un cuartel abandonado (Tenerife, Málaga), una cárcel en desuso (Algeciras, Gran Canaria, Madrid), los sótanos de la policía (Barcelona) y hasta hangares de pescado y otros espacios en países emisores (Mauritania)... Se hacía más necesario que nunca encerrarlos donde no los viéramos, donde no los sintiéramos, fue entonces cuando entendimos la verdadera utilidad de los CIE. No se trataba de tenerlos localizados para sustanciar el expediente... Se trataba de tenerlos escondidos donde nadie pudiera verlos, había que negar sus rostros a nuestra mirada al estilo de las leproserías de la Edad Media. En definitiva, se trataba de hacer que no existieran»⁸.

Que no existan, a la espera de expulsarles, aunque una vez más caigamos en la contradicción: se aplica una medida (el encierro) para lograr un objetivo (la expulsión) que en buena parte de los casos no se consigue. Como en el año 2012, en que el número de extranjeros privados de su libertad en los CIE españoles ascendió a 11.325 personas, habiéndose producido ese mismo año la expulsión de un total de 5.924 extranjeros y la puesta en libertad de otros 3.217 debido a la imposibilidad de poder documentarles⁹.

Nos hemos propuesto aquí pasar revista sucinta a algunas aportaciones desde la sede más general que representan los procedimientos de Naciones Unidas para la protección internacional de los derechos humanos, y que reflejan las críticas a los CIE proponiendo, como viene demandando la sociedad civil, alternativas a su existencia. Lo hacemos, sin embargo, poniendo el énfasis en la defensa del derecho a la libertad de las personas migrantes irregulares y en la necesidad de suprimir los CIE.

⁷ SERNA SANDOVAL, C. y VILLÁN DURÁN, C.: *Los centros de internamiento de extranjeros*, Dictamen presentado al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial con ocasión del examen de los Informes periódicos XVIII a XX de España durante su 78ª sesión (14 de febrero-11 de marzo de 2011), Ginebra, 3 de febrero de 2011, p. 3. Disponible en http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/ESP/INT_CERD_NGO_ESP_78_8707_E.pdf.

⁸ CUADRA PEDRINI, E., *Un ensayo sobre la violencia. En las fronteras de lo humano*, eds. Idea, Santa Cruz de Tenerife, Las Palmas de Gran Canaria, 2009, pp. 114-115.

⁹ V. *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Lifante*, Madrid, 2013, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, vol. I, pp. 355 y 357. Accesible desde <http://www.fiscal.es>.

2. Proteger la libertad personal frente a la arbitrariedad

Ante todo, hacemos dos anotaciones que no son innecesarias, pese a ser conocidas. Primeramente, como sostuvo la Corte Internacional de Justicia en 1980, «el hecho de privar abusivamente de la libertad a seres humanos y de someterles a coacción física en penosas condiciones es manifiestamente incompatible con los principios de la Carta de Naciones Unidas y con los derechos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos»¹⁰. Teniendo en cuenta esta afirmación y otros argumentos extraídos de la *jurisprudencia* del sistema universal de protección de los derechos humanos, hemos defendido que ninguna persona puede quedar sujeta a una medida que la prive de su libertad si esta adolece de arbitrariedad; que el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) no ampara ni justifica en caso alguno esa clase de detenciones porque son injustas (por abusivas, inadecuadas, desproporcionadas, irrazonables o discriminatorias) y que tal tipo de detención vulnera una norma de *ius cogens* (derecho imperativo) internacional que protege a todas las personas contra cualquier tipo de detención arbitraria, sin excepción, desarrollada a partir de las disposiciones más relevantes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del derecho internacional general (consuetudinario), alimentadas por una práctica favorable de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos¹¹.

Como segunda anotación, nos parece claro que, siendo los CIE lugares de detención o privación de libertad semejantes —pese a lo que pretenda la ley española¹²— a los espacios carcelarios, y teniendo estos una finalidad punitiva y rehabilitadora, no se entiende nada bien, pese a los eufemismos legales, qué delito se castiga en el caso de la migración irregular, ni cuáles son las finalidades rehabilitadoras que el internamiento de migrantes irregulares persigue alcanzar. Cobra así todo su sentido lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo taxativamente: que «la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos»¹³. Sin embargo, no resulta fácil combatir ni social, ni políticamente, las ideas o pretensiones de criminalización de la migración irregular, especialmente cuando trascienden al ámbito jurídico y se acompañan de estigmas negativos, de diverso tipo, que marcan como acusación la presencia de las personas migrantes en España.

Los problemas y las deficiencias en los CIE son continuos, como en general sucede con las personas en situación administrativa irregular. Cuando el paro y la crisis acucian a la sociedad española, la preocupación se magnifica y la percepción social de la migración como fuente de dificultades de distinto tipo aumenta, con la ayuda de determinados medios de comunicación y la irresponsabilidad o la indolencia de responsables políticos y de gobierno. Además, si fuera de los CIE la situación es difícil

¹⁰ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, “Asunto del Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán” (Estados Unidos de América c. República Islámica del Irán), sentencia del 24 de mayo de 1980, *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1980, párr. 91, p. 43.

¹¹ FALEH PÉREZ, C. y VILLÁN DURÁN, C.: *El derecho de toda persona a no ser víctima de detención arbitraria* (Dictamen remitido a la atención del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas), Las Palmas de Gran Canaria y Ginebra, 14 de noviembre de 2012, p. 18 (no publicado).

¹² Conforme al art. 60.2 de la L.O. 4/2000, “los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario”.

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 134.

por sí misma, tanto más ha de serlo en el interior de esos centros debido a la opacidad que es propia o inherente a lo que sucede en su interior y a los obstáculos puestos por la administración para la entrada de terceros. La muerte de extranjeros internos, las condiciones deficientes de las instalaciones, los episodios de torturas, abusos (incluso sexuales) y malos tratos, tanto como las dificultades para acceder a prestaciones sanitarias y sociales concentran principalmente la atención de las ONG que trabajan en el ámbito de la migración irregular y se reflejan repetidamente en múltiples informes.

Lo que precede, sin embargo, a todo eso es la aceptación plausible, incluso como algo natural, inevitable, de las medidas de detención y privación de libertad de las personas migrantes en situación irregular. Sin esto no tendrían lugar las violaciones de derechos humanos que se producen dentro de los CIE. Al admitir la detención y encierro generalizados de las personas migrantes en situación de irregularidad administrativa, lo que adentro ocurre se hace posible. Por eso tiene interés referirse a la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990), dado que reconoce a *todos* los trabajadores migratorios y sus familiares, estén o no documentados o en situación regular, el derecho a la libertad y seguridad personales, y a no ser sometidos individual ni colectivamente a detención o prisión arbitrarias (apdos. 1 y 3 del art. 16)¹⁴. Ese tratado cuenta a comienzos del 2014 con 47 Estados Partes, pero sigue siendo abominable la ausencia como Partes de todos los Estados Miembros de la Unión Europea. Ninguno de ellos aparece siquiera entre los Estados meros signatarios de la Convención, seña o anuncio de una posterior incorporación... ¿Curiosa unanimidad o mera casualidad en la *vieja* Europa?

¿Por qué esa ausencia si la Convención reconoce el derecho de los Estados Partes a establecer los criterios que rigen la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares e impide interpretarla de manera que implique la regularización de la situación de trabajadores migratorios o de familiares suyos no documentados o en situación irregular o el derecho a que su situación sea así regularizada?¹⁵ Seguramente debido al elenco más amplio de derechos y libertades que la Convención reconoce a *todos* los trabajadores migratorios y sus familiares, así como por la dificultad europea para asumir la obligación de *rendir cuentas* de sus políticas migratorias ante el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CTMF) que la Convención establece¹⁶.

¹⁴ Aunque la Convención de 1990 no se refiere expresamente a los centros de internamiento, el art. 17 contempla las detenciones en casos de situación irregular y contiene, entre otras disposiciones, las siguientes, aplicables a tales casos: “1. Todo trabajador migratorio o familiar suyo privado de libertad será tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural. 2. Los trabajadores migratorios y sus familiares acusados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y sometidos a un régimen distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas. Si fueren menores de edad, estarán separados de los adultos y la vista de su causa tendrá lugar con la mayor celeridad. 3. Todo trabajador migratorio o familiar suyo que se encuentre detenido en un Estado de tránsito o en el Estado de empleo por violación de las disposiciones sobre migración será alojado, en la medida de lo posible, en locales distintos de los destinados a las personas condenadas o a las personas detenidas que esperen ser juzgadas. (...)”.

¹⁵ Cfr. Arts. 79 y 35, respectivamente, de la Convención de 1990.

¹⁶ Sobre las funciones de control asignadas al CTMF, v. FALEH PÉREZ, C.: “La Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus familias”, en OLLÉ SESSÉ, M., ACEBAL MONFORT, L. Y GARCÍA SANZ, N. (coords.): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: su*

Buena prueba de ello es la reciente Observación general nº 2 del CTMF, relativa a los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares. Constituye una de las primeras manifestaciones de la competencia de interpretación que tiene el Comité y revela los límites que ello supone para la discrecionalidad de los Estados en la ejecución de las competencias territoriales que tienen en virtud del derecho internacional, cuando ello afecta a los derechos y libertades que la Convención reconoce a todos los trabajadores migratorios y sus familiares. Es revelador que el CTMF interprete restrictivamente esas competencias al afirmar que, «para no ser arbitraria, la detención o prisión de los trabajadores migratorios o de sus familiares, incluidos aquellos que estén en situación irregular, deberá estar prescrita por ley, perseguir un fin legítimo en virtud de la Convención, y ser necesaria en esas circunstancias concretas y proporcional al fin legítimo que se persiga». Pero lo es, sobre todo, afirmar que «no constituyen delito el cruce de la frontera de un país sin la debida autorización o documentación ni la permanencia en un país una vez vencido el plazo autorizado. La penalización de la entrada irregular en un país va más allá del interés legítimo de los Estados partes de controlar y reglamentar la migración irregular y da lugar a detenciones innecesarias. La entrada y estancia irregulares en un país pueden constituir infracciones administrativas, pero no son en sí mismas delitos contra las personas, los bienes o la seguridad nacional»¹⁷.

En ello el CTMF sigue una convicción extendida hace ya tiempo entre muchas organizaciones de la sociedad civil y que algunos órganos del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas han acabado por asimilar. Es el caso del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de esta organización que se ocupa de los derechos humanos de los migrantes (REDM). Al poco de asumir su mandato en agosto de 2011, el REDM se ocupó de la privación de libertad de los migrantes en situación irregular, dedicando a este tema la mayor parte del informe anual presentado al año siguiente, en el cual señaló que «la entrada o residencia irregulares *nunca* deben considerarse delito, ya que no constituyen en sí delitos contra las personas, el patrimonio o la seguridad nacional. Es importante subrayar que los migrantes irregulares no son delincuentes en sí y no deben ser tratados como tales»¹⁸.

Por su parte, el Grupo de trabajo sobre la detención arbitraria (GTDA), dependiente también del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, expresó en 2008 su preocupación por la detención obligatoria de los inmigrantes ilegales sin que hayan cometido delito alguno y advirtió sobre la inconveniencia de utilizar la detención administrativa generalizada de las personas migrantes en situación irregular: «si bien las normas internacionales de derechos humanos no prohíben *en principio* la detención administrativa de solicitantes de asilo e inmigrantes ilegales, ésta se puede equiparar a la detención arbitraria si no se justifica a la luz de las circunstancias del caso. Por otra parte, la detención de los solicitantes de asilo y los inmigrantes ilegales durante el tiempo necesario para establecer su identidad y

vigencia para los Estados y para los ciudadanos, Anthropos y Asociación Pro Derechos Humanos de España, Barcelona-Madrid, 2009, pp. 107-109.

¹⁷ NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, *Observación general nº 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*, doc. CMW/C/GC/2, 28 de agosto de 2013, párrs. 23-24, p. 9.

¹⁸ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, François Crépeau (Consejo de Derechos Humanos, 20º período de sesiones), doc. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, párr. 13, p. 5 (la cursiva es nuestra).

nacionalidad o proceder a su expulsión no se puede considerar, en general, como una solución eficaz». Entonces el GTDA también dijo que «los inmigrantes ilegales mantenidos en detención administrativa no son delincuentes ni sospechosos», por lo que su detención «debe ser la excepción y no la regla». Asimismo, consideró que «privar de libertad a un extranjero sin un motivo jurídico válido no tiene ninguna justificación y constituye una detención arbitraria en el sentido de la categoría I de las que aplica el Grupo de Trabajo para el examen de los casos que se someten a su consideración». En atención a esos y otros argumentos y sin perjuicio de las garantías procesales que deben aplicarse en los casos de detención administrativa de personas migrantes, el GTDA recordó lo que ya había defendido en 1998 —la obligación de los Estados de estudiar otras medidas distintas a la detención administrativa que pudieran aplicarse al extranjero¹⁹— y concluyó condenando la criminalización de la migración irregular, puesto 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»²⁰.

Aparte de lo que dispone tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) —cuyo art. 9 «constituye el referente jurídico de la norma general consuetudinaria que prohíbe las privaciones arbitrarias de la libertad»²¹— como otros tratados internacionales de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) enuncia con claridad el derecho de toda persona a no ser sometido a detención o prisión arbitrarias (art. 9). Siendo evidente que hay casos y situaciones en que una persona sí puede legalmente ser privada de su libertad, tal medida es aceptable siempre que se respeten concretas garantías complementarias del derecho a la libertad personal que forman parte del DIDH²². Si así no fuera, la detención

¹⁹ Esta recomendación figura entre las garantías que el GTDA formuló y decidió utilizar para determinar si la retención de extranjeros es o no arbitraria, en la medida en que las personas afectadas puedan o no beneficiarse, total o parcialmente de ellas. V. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, (Comisión de Derechos Humanos, 55º período de sesiones), doc. E/CN.4/1999/63, 18 de diciembre de 1998, párrs. 62-70, pp. 18-21.

²⁰ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, (Consejo de Derechos Humanos, 7º período de sesiones), doc. A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008, párrs. 45, 46, 51 y 53, pp. 16-19 (la cursiva es nuestra en los pasajes en que aparece). La categoría I comprende las detenciones consideradas por el GTDA arbitrarias por carecer de base legal alguna que las justifiquen.

²¹ LIÑÁN NOGUERAS, D. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, R., “Artículo 9 (Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado)”, en PONS RAFOLS, X. (coord.), *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, ANUE, Icaria-Antrazyt, Barcelona, 1998, p. 202.

²² El PIDCP reconoce, en efecto, a toda persona el “derecho a la libertad y a la seguridad personales” y añade que “nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias”, ni “podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”. Si una persona fuese 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”. Caso de sufrir detención o prisión “a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”. La persona detenida o presa tiene “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” y si la detención o prisión fuese ilegal, “tendrá el derecho efectivo a obtener reparación” (art. 9). Además de estas garantías, el PIDCP enuncia también el derecho de las víctimas de violaciones de los derechos reconocidos a interponer un recurso efectivo (art. 2.3); el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7); el derecho a no sufrir forma alguna de esclavitud o servidumbre (art. 8); el derecho de toda persona privada de su libertad a ser “tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, el derecho de los procesados a ser separados de los condenados y recibir un trato diferenciado, en especial si fueran menores (art. 10); el derecho a no

sería arbitraria vulnerando normas imperativas del derecho internacional. En efecto, como en 2001 señaló el Comité de Derechos Humanos, aun en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación los Estados Partes en el PIDCP «no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, ... la privación arbitraria de la libertad»²³.

Sin embargo, la arbitrariedad no solo se manifiesta con la omisión de las garantías procesales. También comete detención arbitraria el Estado que priva de su libertad a una persona solamente por su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (arts. 2.1 de la DUDH y 2.1 y 26 del PIDCP, entre otras disposiciones de otros instrumentos convencionales universales). Esto es, cuando la detención comporta, en realidad, la violación del principio de no discriminación. Teniendo a la vista que a las personas migrantes que no pueden obtener papeles para migrar de forma regular se les detiene por esta sola condición social (la irregularidad de su ingreso y estancia), cobra sentido sostener que el encierro sistemático o generalizado —o, como lo indica el REDM, la privación de su libertad de forma obligatoria o automática²⁴— de tales personas en los CIE es contrario al principio estructural y transversal de no discriminación que informa el DIDH y es, por consecuencia, arbitrario²⁵.

Tampoco parece que la detención, como regla, de los migrantes sin papeles sea una medida proporcionada. Ya defendimos que una medida arbitraria de privación de libertad es aquella que es abusiva o caprichosa y que se opone a las exigencias de la justicia en el más amplio sentido. Y que el derecho — internacional o interno— no puede en ningún caso justificar esa forma de proceder reconociendo a los Estados competencia para detener abusivamente a las personas²⁶. El profesor Manfred Nowak, en sus comentarios a la segunda frase del art. 9 del PIDCP (“Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias”), señaló que la prohibición de la arbitrariedad constituye una limitación adicional a la privación de libertad y va dirigida tanto al poder legislativo como a los órganos encargados de aplicar las leyes, de manera que no basta con que la posibilidad de privar a una persona de su libertad esté prevista en la ley, por cuanto es

sufrir privación de libertad “por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual” (art. 11); la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y las garantías o derechos procesales concomitantes (art. 14); el derecho a la presunción de inocencia y a la irretroactividad de las leyes penales, incluyendo la irretroactividad de las leyes que asignan penas de mayor gravedad por la comisión de un delito (art. 15); la igualdad ante la ley y el derecho a recibir sin discriminación igual protección de la ley (art. 26). Acerca de las garantías procesales en el caso de la detención administrativa de personas migrantes, v. NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, cit. *supra*, párrs. 15-20, pp. 5-7.

²³ Párr. 11 de la Observación general nº 29 [Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (artículo 4)], adoptada por el Comité de Derechos Humanos en su 72º período de sesiones (2001). NACIONES UNIDAS, *Instrumentos internacionales de derechos humanos. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, volumen I, doc. HRI/GEN/1/Rev.9, 27 de mayo de 2008, p. 284.

²⁴ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, cit. *supra*, párr. 68, p. 19.

²⁵ Para un desarrollo más amplio de esta idea, v. SERNA SANDOVAL, C.: “Internamiento preventivo de migrantes irregulares en la Unión Europea: análisis desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, cit. *supra*, pp. 60 ss.

²⁶ FALEH PÉREZ, C. y VILLÁN DURÁN, C.: *El derecho de toda persona a no ser víctima de detención arbitraria*, cit. *supra*, p. 12.

necesario que la propia ley no sea arbitraria y, además, que su aplicación tampoco lo sea. A partir de ahí e interpretando sistemática e históricamente el art. 9 del PIDCP, concluyó que los casos de privación de libertad previstos en la ley no deben ser manifiestamente desproporcionados, injustos o impredecibles, y que la forma específica en la que se procede a la detención no debe ser discriminatoria y debe ser adecuada y proporcional a la vista de las circunstancias de cada caso concreto²⁷. Hace años ya que el Comité de Derechos Humanos también se pronunció sobre el alcance de la arbitrariedad prohibida, indicando que «la historia de la redacción del párrafo 1 del artículo 9 confirma que no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” 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”»²⁸.

De modo que si arbitrarias son las detenciones que un Estado practica, bien violando las garantías procesales comúnmente admitidas, bien con el ánimo de reprimir o impedir el ejercicio legítimo de ciertos derechos y libertades (de reunión, expresión, opinión, asociación...) que tanto la DUDH como el PIDCP reconocen, también lo son —por abusivas, inadecuadas, desproporcionadas, irrazonables o discriminatorias— las detenciones sistemáticas, automáticas u obligatorias de personas migrantes en irregular situación. Estas privaciones de libertad son preocupantes e ignominiosas y el DIDH, tanto como los derechos internos, precisan con urgencia nuevos desarrollos normativos para salvaguardar de modo efectivo la libertad de estas personas.

Incluso aceptando que la soberanía de los Estados para rechazar la entrada de extranjeros en su territorio, esa competencia no puede comportar de forma automática la reclusión, el internamiento o la privación de libertad de las personas migrantes que se encuentren en situación administrativa irregular en el territorio de un Estado. Defender la detención y el internamiento de migrantes irregulares como regla general va contra principios elementales de humanidad y contra lo que defendemos que es una norma imperativa de derecho internacional general: el derecho de toda persona a no sufrir privación arbitraria de su libertad. Hemos sostenido, por lo tanto, que «someter a internamiento a todos los solicitantes de asilo (en espera de la resolución de su solicitud) y a todos los inmigrantes en situación administrativa irregular, equivale a una práctica sistemática de detención arbitraria que es incompatible con el DIDH» y que «tal práctica ofende al principio de proporcionalidad y, por ende, al principio de no discriminación por razón del origen nacional, étnico o social de la persona retenida, lo que constituye una violación inaceptable de un principio estructural del DIDH»²⁹. Así lo admitió en 2012 el GTDA en la Opinión que adoptó sobre el caso *Adnam El Hadj c. España*, que tuvo su origen en una reclamación defendida ante el GTDA por la AEDIDH³⁰. En este caso, el GTDA calificó la detención del Sr. El Hadj como arbitraria conforme a las categorías III («por tratarse de violación de tal gravedad a las normas del

²⁷ NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2nd edition, 2005, pp. 224-225.

²⁸ Párr. 5.8 del dictamen del Comité de Derechos Humanos relativo a la comunicación nº 305/1988 (caso Hugo van Alphen c. Países Bajos), aprobado el 23 de julio de 1990. ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, volumen II, Documentos oficiales, Suplemento No. 40, doc. A/45/40, Naciones Unidas, Nueva York, 1990, p. 123.

²⁹ FALEH PÉREZ, C. y VILLÁN DURÁN, C.: *El derecho de toda persona a no ser víctima de detención arbitraria*, cit. *supra*, p. 15.

³⁰ La reclamación o queja fue presentada al GTDA por Cristina de la Serna Sandoval y Carlos Villán Durán, en nombre de la AEDIDH.

debido proceso de derecho que así lo justifican») y IV («se trata de un inmigrante que no dispuso de recurso judicial ni administrativo para impugnar su detención») de sus métodos de trabajo. Pero consideró además «que en la especie se ha incurrido también en la categoría V, pues la privación de libertad de Adnam el Hadj fue motivada por discriminación por su origen nacional, étnico y social, desconociéndose la igualdad esencial de todas las personas en el reconocimiento y goce de sus derechos humanos»³¹.

Es imperativo quitarle a la restricción de la libertad el protagonismo que hoy tiene. Se debe aplicar cuidadosamente, con mesura y proporcionalidad, tras un examen de cada caso, recurriendo a ella excepcionalmente, únicamente cuando sea preciso. Antes de hacerlo y de considerar las garantías y los requisitos que deberían acompañar la privación de libertad, el CTMF señala: «El principio de proporcionalidad exige a los Estados partes que procedan a la detención de los trabajadores migratorios únicamente como medida de último recurso y que den prioridad a alternativas menos coercitivas, especialmente medidas no privativas de libertad, cuando estas basten para lograr el fin que se persiga. En cualquier caso deberá aplicarse la medida menos restrictiva e intrusiva posible a cada caso concreto»³².

Para realizar ese fin último que consiste en proteger y respetar la igualdad esencial de todas las personas en el reconocimiento y goce de sus derechos humanos, es preciso examinar alternativas al encierro de las personas migrantes y reservar tal medida como excepción en casos verdaderamente justificados.

3. La única opción no es el encierro

Si aceptamos que «la detención... debe ser la excepción y no la regla»³³ y que, «para evitar la vulneración del derecho de los migrantes a la libertad y a la seguridad personales y para proteger a estos contra la arbitrariedad, la privación de libertad de los migrantes debe estar prescrita por la ley y ser necesaria, razonable y proporcional a los objetivos que se pretende alcanzar»³⁴, es obvio que debemos encontrar alternativas a lo que no debe ser sistemático, a lo que por principio no podemos admitir.

Hay otras razones, más apegadas a una realidad que no es propiamente jurídica, sino estrictamente humana y social. Se trata de las consecuencias que el encierro de estas personas trae consigo, tanto para la víctima del encierro injustificado como para sus familiares y amigos. Como constató un especialista, psicólogo voluntario en la Organización SOS-Racismo de Madrid tras su experiencia de atención psicosocial a ex internos del CIE de Aluche (Madrid) y sus familias, existen «claras evidencias de lo que se denomina en las clasificaciones internacionales de problemas psicológicos y psiquiátricos... trastorno de estrés postraumático... que cursa con una profusa sintomatología emocional, conductual e incluso física». Pero sin olvidar que «son personas las que sufren ese conjunto de síntomas, que no pueden aislarse y que no están

³¹ Párr. 19 de la Opinión 37/2012 (*Adnam El Hadj c. España*), aprobada por el GTDA el 30 de agosto de 2012, durante su 64º periodo de sesiones.

³² NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, *Observación general n° 2...*, cit. *supra*, párrs. 23-24, p. 9.

³³ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, doc. A/HRC/7/4, cit. *supra*, párr. 51, p. 18.

³⁴ NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, François Crépeau, cit. *supra*, párr. 26, p. 10.

solos en el proceso de sufrimiento: están sus familias, sus amigos íntimos, entre los que se incluyen muchas personas españolas, también víctimas de los efectos del encierro». Es inaceptable saber y consentir que, «al igual que en los campos de exterminio alemanes en la 2ª guerra mundial o la reclusión en Guantánamo de los retenidos por el 11-S, los internos del CIE no son llamados por su nombre y apellidos, sino que tienen un número, y en todos los órdenes de su vida en el centro los policías custodios, el personal médico y la dirección llaman por ese número al interno. Los familiares, igualmente, cuando acuden a visitarle deben decir que vienen a visitar al número 35, si quieren ser admitidos en el turno correspondiente y evitar el severo enfado del funcionario policial». Además, en el caso de familiares o parejas de hecho de los migrantes encerrados, existen «miedos generados en su experiencia vicaria: temor a ser igualmente encerrados cuando carecen de papeles, pánico a salir a la calle y coger el Metro, temores también para acudir a una institución oficial y otras ideas negativistas...»³⁵. Una radiografía más amplia se encuentra en el voluminoso informe técnico —dirigido por el psiquiatra Pau Pérez Sales, coordinador de un nutrido grupo de especialistas— que CEAR presentó en 2009 una vez que el equipo visitó los CIE de Aluche, Málaga y Zapadores (Valencia). Son simplemente desoladores los datos que arrojan, entre otras, las tablas núm. 36 (Impacto del internamiento en la salud física y mental) y 38 (Síntomas psicológicos) que tomamos de dicho informe³⁶:

Tabla 36. Impacto del internamiento en la salud física y mental.	
	Media (1 Muy Mala / 10 Muy Buena)
Salud Física percibida al ingreso	7,79
Salud Física percibida al hacer la entrevista	5,72
Salud Psicológica percibida al ingreso	7,92
Salud Psicológica percibida al hacer la entrevista	4,67

³⁵ CUADROS RIOBÓ, A., “Trauma psicosocial en los centros de internamiento de extranjeros en España”, texto de la ponencia presentada en el Congreso anual de la Red Española de Política Social (REPS) celebrado los días 30 de septiembre y 1 de octubre de 2010, pp. 6-7.

³⁶ COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO, *Situación de los centros de internamiento para extranjeros en España*, diciembre de 2009, pp. 151 y 153. Acerca de los abusos, malos tratos y las condiciones en los CIE existe un amplio número de informes, entre los que citamos los siguientes: FERROCARRIL CLANDESTINO, MÉDICOS MUNDO MADRID y SOS RACISMO MADRID, *Voces desde y contra los centros de internamiento de extranjeros (CIE)*, Para quien quiera oír, Madrid, octubre de 2009, 190 p.; MIGREGROUP, *CIE. Derechos vulnerados. Informe sobre los centros de internamiento de extranjeros en España*, Migregroup, 2011, 57 p.; MANZANEDO, C., NAVARRO, A. e IZUZQUIZA, D., *Atrapados tras las rejas. Informe 2012 sobre los centros de internamiento de extranjeros (CIE) en España*, Centro Pueblos Unidos, marzo de 2013, 63 p.; COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES, *Informe al gobierno español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la Prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (CPT) llevada a cabo del 30 de mayo hasta el 13 de junio de 2011*, CPT/Inf (2013) 6, Estrasburgo, 30 de abril de 2013, pp. 42-50.

Tabla 38 Síntomas psicológicos

	CIE Aluche - Madrid		CIE Capuchinos - Málaga		CIE Zapadores - Valencia	
Insomnio	25	64,1%	23	69,7%	20	57,1%
Tristeza y Ganas de llorar	34	87,2%	28	84,8%	23	65,7%
Ideas de suicidio	3	7,7%	5	15,2%	4	11,4%
Rabia contra usted mismo u otros	23	59,0%	22	66,7%	12	34,3%
Impotencia	29	74,4%	25	75,8%	15	42,9%
Desesperación completa	15	38,5%	21	63,6%	12	34,3%
Sentimientos de Tensión y Estrés	27	69,2%	25	75,8%	19	54,3%
Confusión	20	51,3%	20	60,6%	9	25,7%

Por esos y otros motivos, la salvaguardia del derecho a la libertad y seguridad demanda el examen de medidas menos rigurosas que la reclusión en un CIE, aunque el encierro esté limitado en España a 60 días. Proteger la libertad y la seguridad demanda de los Estados, indica el REDM, «considerar en primer lugar alternativas a la privación de libertad de los migrantes que sean menos rigurosas», en el entendimiento de que «las alternativas a la privación de libertad no deben convertirse en alternativas a la puesta en libertad incondicional», porque «las personas que tienen derecho a ser puestas en libertad sin condiciones no deben ser objeto de medidas alternativas». Propone así que legalmente se establezca y regule, entre otros extremos, «la obligación de considerar *siempre* alternativas a la detención (medidas no privativas de la libertad)» así como «una escala móvil de medidas de menos a más restrictivas que permita analizar la proporcionalidad y necesidad de cada medida»³⁷. Así, el REDM se refiere a opciones distintas, sobre las que se ocupa en detalle en su informe, «como la obligación de registrarse, el depósito de documentos, las cauciones, fianzas o seguridades con la intervención de un fiador, la obligación de comparecer ante las autoridades, la gestión de casos o libertad vigilada, la obligación de residir en un lugar determinado, la vigilancia electrónica, el arresto domiciliario a tiempo completo o parcial, y el regreso voluntario»³⁸.

El examen de alternativas no es una opción excesivamente remota en el tiempo. Como explica el profesor Sánchez Tomás, la necesidad de optar por medidas alternativas a la privación de libertad comienza a plantearse a principios del siglo XXI en el marco del examen de las solicitudes de asilo, y a partir de aquí se extendió al internamiento de inmigrantes en situación irregular, por ser contextos semejantes. Sin embargo, como recuerda al referirse al caso español, nuestro ordenamiento ha terminado dando el protagonismo a un sistema de internamiento sin alternativas, pese a que el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo que dio desarrollo a la Ley Orgánica 7/1985 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros contempló opciones diferentes (la obligación de presentación periódica ante autoridades competentes o la residencia obligatoria en determinado lugar). No cambia tal aserto con la vigente L.O. 4/2000 y su Reglamento pues, si bien contemplan otras posibles medidas (la presentación periódica

³⁷ NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau*, cit. *supra*, párrs. 52-53, p. 15 (la cursiva es personal).

³⁸ *Ibid.*, párr. 56, p. 16. Sobre algunas de esas opciones y otras modalidades alternativas, *cfr.* entre otros EDWARDS, A., *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*, ACNUR (División de Protección Internacional), Ginebra, abril de 2011, pp. 61-97.

ante las autoridades competentes, la retirada de pasaporte, la residencia obligatoria en un determinado lugar o cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente) supeditan su adopción a la negativa del internamiento por la autoridad judicial. Afirma así que «el sistema español... resulta con un diseño un tanto estrambótico, ya que contempla como medida cautelar principal y directa el internamiento, sólo posibilitando acudir a medidas menos limitativas de la libertad cuando el juez deniegue el internamiento». Con fino análisis, el profesor Sánchez Tomás remata constatando cómo se manifiesta la voluntad del legislador a través del contraste de las distintas densidades legislativas aplicadas a la regulación de una y otra cosa: siendo «razonable que por imperativos constitucionales de respeto al principio de calidad de la ley en la regulación de instituciones privativas de libertad, la LO 4/2000, con sus sucesivas reformas, haya dedicado una especial atención al internamiento de los extranjeros», sin embargo esto «no justifica... que se haya dejado ayuna de la necesaria densidad regulatoria a las medidas no privativas de libertad, hasta el límite de que algunas de ellas parece que no cuentan con un desarrollo normativo mínimo que posibiliten materialmente su aplicación». Urge modificar nuestro ordenamiento para establecer un elenco de medidas alternativas al internamiento, recurriendo a esto último como *ultima ratio*, «de manera subsidiaria y excepcional una vez que se haya comprobado el fracaso de las medidas cautelares no privativas de libertad»³⁹.

Hay que conseguirlo cuanto antes, por principio y por el importante deterioro psíquico y físico que padecen las personas migrantes, cautivas en instalaciones sometidas a un régimen penitenciario que «imprime en la subjetividad de la persona la falta de control sobre la propia vida y pone de manifiesto el alcance del poder del Estado sobre el individuo a través de la aplicación de las leyes y los mecanismos de control»⁴⁰.

4. Conclusiones

Aunque se les trate con frecuencia como al ganado, como si fuesen animales, las personas migrantes que no han podido obtener la documentación requerida para entrar en *nuestro* territorio, no lo son. Aunque les fumiguemos contra la sarna y, «en fila, desnudos, con los brazos en cruz, bajo el frío, delante de todos»⁴¹.

Su encierro generalizado, sistemático e indiscriminado es sencillamente inaceptable, por muy denso que sea el abrigo jurídico positivo que lo cubre. Estamos ante una cuestión de principio: los CIE deben ser cerrados. No pueden cerrarse solos, sino que debemos cerrarlos. No es una cuestión de poder o, más exactamente, no solo es cuestión de poder sino, sobre todo, de quererlo, porque su cierre definitivo demanda voluntad política firme, respaldo social extenso, en una apuesta honesta y valiente para proteger el derecho de toda persona a su libertad y seguridad, y a no verse sometido a detención o prisión arbitrarias, ni tampoco a abusos, a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Sin embargo, simple y llanamente, la voluntad política no existe o es notoriamente deficitaria en quienes deben tomar tal decisión, lo

³⁹ SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., “Hacia un sistema alternativo al internamiento de inmigrantes irregulares”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 5 (septiembre de 2013-febrero de 2014), pp. 79 y 83-85 y 87-88.

⁴⁰ JARRÍN MORÁN, A., RODRÍGUEZ GARCÍA, D. y DE LUCAS, J., “Los centros de internamiento de extranjeros en España: Origen, funcionamiento e implicaciones jurídico-sociales”, cit. *supra*, p. 11.

⁴¹ ORDAZ, P., “Inmigrantes fumigados contra la sarna en Lampedusa”, *El País*, 17 de diciembre de 2013.

que se agudiza si estamos huérfanos del respaldo social tan necesario aquí, como en otros ámbitos. Tampoco hay que excluir la pura inconsciencia, la desidia, la indolencia, la irresponsabilidad política de los presuntos responsables.

Resulta obvio pero hay que decirlo insistentemente: con o sin papeles, las personas migrantes conservan los derechos que el derecho internacional reconoce a todas las personas. Son personas como nosotros. Como señaló el REDM, «que una persona se encuentre de forma irregular en el territorio de un Estado no significa que no esté protegida por las normas internacionales de derechos humanos»⁴². Es una falacia pretender que todas las personas que carecen de la documentación exigida para entrar y permanecer en el país no merecen disfrutar del derecho a vivir en libertad. No es cierto que su detención y encierro, incluso provisorios o limitados en el tiempo, sean la sola alternativa —siempre, en todos los casos, por principio... *por narices*— cuando una persona entra irregularmente al territorio estatal. Hay opciones distintas a privarles de su libertad de manera generalizada y sistemática, renunciando a nuestros propios principios. El motivo es simple: «los derechos humanos... están en juego»⁴³.

Una respuesta irreflexiva como esa (la detención y el encierro sin excepciones de los migrantes sin papeles) de las sociedades al parecer más civilizadas, avalada en sus ordenamientos jurídicos, es una suerte de respuesta *pavloviana*, un reflejo condicionado tan solo por el estímulo de la mera presencia, en suelo *nuestro*, de la persona migrante. En buena medida, esa respuesta traduce nuestro miedo al otro, nuestro miedo a personas extranjeras, que no tienen papeles y decidimos que no queda más alternativa que la aplicación de medidas de seguridad —una vez fracasaron las vigilancias, las alambradas, las verjas, los muros...— ante quienes, además de sucios y peligrosos, son acusados una y otra vez de consumir vorazmente servicios públicos, sin traer nada a cambio. Pero, advertía Paul Bowles en sus *Notas enviadas desde Nagercoil*: “la seguridad es un falso dios; estás perdido si empiezas a sacrificarle cosas”⁴⁴. Estamos perdidos si, aceptando los CIE, sacrificamos nuestros principios.

La responsabilidad es en todo caso colectiva. Sin duda. «Creo que los CIE existen porque la gran mayoría de españoles no sabe que existen, y los que los conocen, por supuesto, desconocen lo que realmente pasa tras esas paredes», escribió Eloy

⁴²NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, cit. *supra*, párr. 6, p. 4.

⁴³*Ibid.*, párr. 8, p. 4. En un informe relativo al borrador del Gobierno sobre el Reglamento de los centros de internamiento de extranjeros, Amnistía Internacional recuerda que «todas las personas, incluidas las personas migrantes, tienen derecho a la libertad y protección frente a la detención arbitraria. La detención y posterior ingreso en un centro de internamiento para extranjeros, debe ser contemplada como una medida excepcional y de último recurso, una vez que se hayan valorado todas las medidas alternativas existentes mediante una valoración individual de cada caso concreto. La medida de internamiento ha de ser proporcional y responder a un objetivo legítimo, de acuerdo con la normativa internacional de derechos humanos...». Esta ONG también «lamenta la utilización [de] la detención y internamiento de personas inmigrantes de manera generalizada e indiscriminada, como un medio de control migratorio dentro de las políticas migratorias. Para llevar a cabo su potestad de control migratorio, los Estados pueden recurrir a medidas alternativas que no entrañen privación de libertad. La legislación debe incluir una presunción contra la detención. Antes de recurrir a la detención, siempre deben tenerse en cuenta medidas alternativas no privativas de libertad, a las que debe darse preferencia». AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Hay alternativas: no a la detención de personas inmigrantes. Comentarios al borrador del Gobierno sobre el reglamento de los centros de internamiento de extranjeros*, sección española de Amnistía Internacional, Madrid, febrero de 2013, p. 30.

⁴⁴BOWLES, Paul: *Cabezas verdes, manos azules*, Alfaguara, Madrid, 1997, p. 78.

Cuadra⁴⁵. Es preciso ir aún más lejos y evocar a Primo Levi —aun siendo otras, ciertamente distintas, las dimensiones y la gravedad de lo denunciado— cuando, en 1976, añadió un apéndice para completar una edición escolar de *Si esto es un hombre*, ofreciendo respuestas a algunos interrogantes. Uno de ellos: *si los alemanes lo sabían*. Al contestar a esta pregunta lacerante, él escribió:

«El mundo en que vivimos hoy nosotros, los occidentales, presenta muchos y muy graves defectos y peligros, pero con respecto al mundo de ayer goza de una enorme ventaja: todos pueden saber inmediatamente todo acerca de todo [...] Todo es fácil: si uno quiere [...]. Esconder del pueblo alemán el enorme aparato de los campos de concentración no era posible y además (desde el punto de vista de los nazis) no era deseable. Crear y mantener en el país una atmósfera de indefinido terror formaba parte de los fines del nazismo [...]. Efectivamente, cientos de miles de alemanes fueron encerrados en los Lager desde los comienzos del nazismo: comunistas, socialdemócratas, liberales, judíos, protestantes, católicos, el país entero lo sabía, y sabía que en los Lager se sufría y se moría. No obstante, es cierto que la gran masa de alemanes ignoró siempre los detalles más atroces de lo que más tarde ocurrió en los Lager: el exterminio metódico e industrializado en escala de millones, las cámaras de gas tóxico, los hornos crematorios, el abyecto uso de cadáveres, todo esto no debía saberse y, de hecho, pocos lo supieron antes de terminada la guerra. Para mantener el secreto [...] en el lenguaje oficial sólo se usaban eufemismos cautos y cínicos: no se escribía “exterminación” sino “solución final”, no “deportación” sino “traslado”, no “matanza con gas” sino “tratamiento especial, etcétera. [...] A mi modo de ver [...] pese a las varias posibilidades de informarse, la mayor parte de los alemanes no sabía porque no quería saber o más: porque quería no saber [...], ni siquiera intentó resistir. En la Alemania de Hitler se había difundido una singular forma de urbanidad: quien sabía no hablaba, quien no sabía no preguntaba, quien preguntaba no obtenía respuesta. De esta manera el ciudadano alemán típico conquistaba y defendía su ignorancia [...]: cerrando el pico, los ojos y las orejas, se construía la ilusión de no estar al corriente de nada, y por consiguiente de no ser cómplice, de todo lo que ocurría ante su puerta. Saber, y hacer saber, era un modo (quizás tampoco tan peligroso) de tomar distancia con respecto al nazismo; pienso que el pueblo alemán, globalmente, no ha usado de ello, y de esta deliberada omisión lo considero plenamente culpable»⁴⁶

En las sociedades española y europea sabemos de la existencia de los CIE y hemos admitido y consentido la privación de libertad injustificada de las personas migrantes en situación irregular. Sin embargo, sin perjuicio de la responsabilidad más o menos expresa, o por omisión, pienso que la generalización de esa medida representa además una pérdida para quienes, de una forma u otra, lo aceptan, porque quien admite o calla ante una injusticia, queriendo no saber, sale también derrotado al renunciar a aquello en lo que cree. Además, desde la óptica de las personas forzadas a migrar, tal medida de poco sirve si lo que se pretende es disuadirles, pues la existencia de los CIE, como la de otros peligros, no hace que las personas migrantes desistan de su voluntad de emprender un *viaje incierto*...

Hace unos meses que nuestro amigo Ángel Chueca Sancho emprendió su propio e incierto viaje, ese al que todos estamos abocados. No está ya con nosotros, mas sigue presente de algún modo y no le olvidamos. Ángel pertenecía a la resistencia pacífica por los derechos humanos. Le conocí lo suficiente para decir que también era un amigo, al modo en que Tahar Ben Jelloun considera que se es amigo: «alguien que no miente, no finge y habla con sinceridad, con la franqueza que requiere la amistad verdadera»⁴⁷. Le

⁴⁵ CUADRA PEDRINI, E., *Un ensayo sobre la violencia...*, cit. *supra*, pp. 129.

⁴⁶ LEVI, P., *Si esto es un hombre*, Muchnik Editores, cuarta edición, febrero de 2005, pp. 304, 306-307 y 310-311.

⁴⁷ BEN JELLOUN, T., *Elogio de la amistad*, Muchnik Editores, Barcelona, 2001, p. 40.

rendimos homenaje y le recordaremos considerando —cuando los dilemas se nos planteen y vacilemos entre aquello que está vigente y lo que encontramos justo— los ideales de libertad, justicia y paz que son soportal de la DUDH y por los que él trabajó incansable, sin sacrificarlos. Recordaremos también que procuró especialmente la defensa de los derechos de las personas migrantes, alineándose en favor del *ius migrandi* como derecho humano universal⁴⁸, como uno de los elementos integrantes de la dimensión colectiva del derecho humano a la paz, para rebelarse —a contracorriente— contra el *statu quo* que se destila desde la soberanía del Estado.

Las Palmas de Gran Canaria, el 15 de enero de 2014.

* * *

Bibliografía

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Hay alternativas: no a la detención de personas inmigrantes. Comentarios al borrador del Gobierno sobre el reglamento de los centros de internamiento de extranjeros*, sección española de Amnistía Internacional, Madrid, febrero de 2013, 31 p.

- BEN JELLOUN, Tahar, *Elogio de la amistad*, Muchnik Editores, primera edición, Barcelona, 2001, 94 p.

- BOWLES, Paul: *Cabezas verdes, manos azules*, Alfaguara, Madrid, 1997, 225 p. CHUECA SANCHO, Ángel G., “La dimensión colectiva del derecho humano a la paz: contenido, acreedores y deudores”, *Tiempo de paz*, nº 80 (2006) (monográfico *La paz como derecho humano*), pp. 81-93.

- COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES, *Informe al gobierno español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la Prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (CPT) llevada a cabo del 30 de mayo hasta el 13 de junio de 2011*, CPT/Inf (2013) 6, Estrasburgo, 30 de abril de 2013, pp. 42-50.

- CUADRA PEDRINI, E., *Un ensayo sobre la violencia. En las fronteras de lo humano*, eds. Idea, Santa Cruz de Tenerife, Las Palmas de Gran Canaria, 2009, 326 p. CUADROS RIOBÓ, A., “Trauma psicosocial en los centros de internamiento de extranjeros en España”, texto de la ponencia presentada en el Congreso anual de la Red Española de Política Social (REPS) celebrado los días 30 de septiembre y 1 de octubre de 2010, 21 p.

- COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO, *Situación de los centros de internamiento para extranjeros en España*, diciembre de 2009, 252 p. EDWARDS, A., *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*,

- ACNUR (División de Protección Internacional), Ginebra, abril de 2011, 110 p.

⁴⁸ V. CHUECA SANCHO, Ángel Gregorio, “La dimensión colectiva del derecho humano a la paz: contenido, acreedores y deudores”, *Tiempo de paz*, nº 80 (2006) (monográfico *La paz como derecho humano*), pp. 81-93.

- FALEH PÉREZ, C.: “La Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus familias”, OLLÉ SESSÉ, M., ACEBAL MONFORT, L. y GARCÍA SANZ, N. (coords.): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: su vigencia para los Estados y para los ciudadanos*, Anthropos y Asociación Pro Derechos Humanos de España, Barcelona-Madrid, 2009, pp. 103-112.

- FALEH PÉREZ, C. y VILLÁN DURÁN, C.: *El derecho de toda persona a no ser víctima de detención arbitraria* (Dictamen a la atención del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas), Las Palmas de Gran Canaria y Ginebra, 14 de noviembre de 2012, 18 p. (no publicado).

- FERROCARRIL CLANDESTINO, MÉDICOS MUNDO MADRID Y SOS RACISMO MADRID, *Voces desde y contra los centros de internamiento de extranjeros (CIE)*, *Para quien quiera oír*, Madrid, octubre de 2009, 190 p.

- HERRERA FLORES, J., “Derechos humanos y paz: Nuevos fundamentos filosóficos y jurídicos para nuevas prácticas sociales”, *Tiempo de paz*, nº 80 (2006) (monográfico *La paz como derecho humano*), pp. 24-39.

- JARRÍN MORÁN, A., RODRÍGUEZ GARCÍA, D. y DE LUCAS, J., “Los centros de internamiento de extranjeros en España: Origen, funcionamiento e implicaciones jurídico-sociales”, *Documentos CIDOB Migraciones* 26 (Octubre 2012), 16 p. LEVI, Primo, *Si esto es un hombre*, Muchnik Editores, cuarta edición, Barcelona, febrero de 2005, 347 p.

- LIÑÁN NOGUERAS, D. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, R., “Artículo 9 (Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado)”, en PONS RAFOLS, X. (coord.), *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, ANUE, Icaria-Antrazyt, Barcelona, 1998, pp. 193-208.

- MANZANEDO, C., NAVARRO, A. e IZUZQUIZA, D., *Atrapados tras las rejas. Informe 2012 sobre los centros de internamiento de extranjeros (CIE) en España*, Centro Pueblos Unidos, marzo de 2013, 63 p. MIGREGROUP, *CIE. Derechos vulnerados. Informe sobre los centros de internamiento de extranjeros en España*, Migregroup, 2011, 57 p.

- NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, (Comisión de Derechos Humanos, 55º período de sesiones), doc. E/CN.4/1999/63, 18 de diciembre de 1998, 25 p.

- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, (Consejo de Derechos Humanos, 7º período de sesiones), doc. A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008, 28 p.

- NACIONES UNIDAS, *Instrumentos internacionales de derechos humanos. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, volumen I, doc.

- HRI/GEN/1/Rev.9, 27 de mayo de 2008, 318 p. NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, François Crépeau (Consejo de Derechos Humanos, 20º período de sesiones), doc. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, 22 p.

- NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES,

Observación general nº 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, doc. CMW/C/GC/2, 28 de agosto de 2013, 23 p.

- NIETO GARCÍA, L. C.: “Derechos humanos e inmigración. Europa y la directiva de retorno”, *Revista PAPELES de relaciones ecosociales y cambio global*, nº 104 (invierno 2008/09), pp. 39-56. NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2nd edition, 2005, 947 p.

- SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., “Hacia un sistema alternativo al internamiento de inmigrantes irregulares”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 5 (septiembre de 2013-febrero de 2014), pp. 75-94.

- SERNA SANDOVAL, C.: “Internamiento preventivo de migrantes irregulares en la Unión Europea: análisis desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, en VILLÁN DURÁN, C. y FALEH PÉREZ, C. (editores): *Paz, migraciones y libre determinación de los pueblos*, AEDIDH, 2012, pp. 55-81.

- SERNA SANDOVAL, C. y VILLÁN DURÁN, C.: *Los centros de internamiento de extranjeros*, Dictamen presentado al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial con ocasión del examen de los Informes periódicos XVIII a XX de España durante su 78ª sesión (14 de febrero-11 de marzo de 2011), Ginebra, 3 de febrero de 2011, 19 p. Disponible en http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/ESP/INT_CERD_NGO_ESP_78_8707_E.pdf