

Fundación Seminario de Investigación para la Paz

DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A PROCEDIMIENTOS Y NORMAS COMUNES PARA EL RETORNO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES QUE SE ENCUENTREN ILEGALMENTE EN SU TERRITORIO

— LA DIRECTIVA DE RETORNO —

Ana LUÑO MUNIESA

Cuaderno nº 2

Marzo de 2009



Fundación
Seminario
de Investigación
para la Paz

**Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos
y normas comunes para el retorno de los nacionales de terceros países
que se encuentren ilegalmente en su territorio**

—La Directiva de Retorno—

Ana LUÑO MUNIESA

I.-INTRODUCCIÓN.-

II.-PARTE PRINCIPAL.

- 1.-Fundamento jurídico.
- 2.-La Propuesta original.
- 3.-La evolución del texto hasta la versión final de la Directiva.
- 4.-Los aspectos más controvertidos a la luz de la protección de los Derechos Humanos.-
 - a.-Decisiones obligatorias.-
 - b.-Garantías procesales.-
 - c.-El internamiento, su duración y condiciones.-
 - d.-La protección del interés superior del niño.-
 - e.-La protección de la familia.

III.-CONCLUSIÓN.-

INTRODUCCIÓN

El 18 de Junio de 2008, después de casi tres años de intensas negociaciones, se aprobó en primera lectura en el Parlamento Europeo la Directiva de Retorno, por 369 votos a favor, 197 en contra y 106 abstenciones¹. El objetivo de la Directiva, definido en su primer artículo, consiste en establecer procedimientos y normas comunes que han de aplicarse en los Estados Miembros (EM) de la Unión Europea (UE) para el retorno de aquellos nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio.

La propuesta de armonizar las legislaciones nacionales, estableciendo unos estándares sobre esta materia a través de una Directiva, fue acogida con beneplácito por parte de diversas organizaciones humanitarias internacionales, como Cruz Roja o ACNUR². Se consideraba un componente clave de una gestión global de la política de migración, que podía poner fin al desamparo legal que afecta a quienes, por encontrarse en una situación administrativa irregular dentro de los países donde residen, se ven sometidos a unas condiciones que determinan una forma moderna de esclavitud. Establecer unos procedimientos comunes adecuados lograría, a su vez, elevar el nivel de protección de los derechos humanos y garantías procesales de los nacionales de los terceros países afectados, dado que las legislaciones de algunos de los EM son manifiestamente insuficientes.

En esta breve reflexión, se pretende realizar un análisis del contenido de la controvertida Directiva, teniendo en cuenta la evolución (o debiera denominarse involución) que ha sufrido el texto desde la Propuesta original planteada en 2005³ hasta el texto que finalmente fue votado en el Parlamento Europeo en 2008⁴. Aunque las previsiones contenidas en la Directiva pueden vulnerar las previsiones de derechos reflejadas en nuestro propio Texto constitucional⁵, en este documento, se pondrá especial énfasis en los aspectos que presentan una potencial violación de las obligaciones que han asumido los

¹ Procedimiento 2005/0176/2008. Puede consultarse en:

http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=193255#373374

² Véase las Observaciones del ACNUR a la Propuesta de la Comisión Europea sobre la Directiva relativa a los procedimientos y garantías/estándares comunes en los Estados Miembros, para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentran ilegalmente en su territorio, Diciembre 2005.

³ COM (2005) 391 final

⁴ La Directiva no ha sido publicada todavía en el DOUE, por lo que se remite al texto provisional de la misma: P6_TA-PROV (2008) 0293.

⁵ Véase más en: Aguelo Navarro, Pascual y Chueca Sancho, Ángel, «Directiva de retorno, directiva de expulsión (Nota crítica a vuelapluma desde los Derechos Humanos)», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 18, octubre de 2008, págs. 121 y ss.

EM conforme al Derecho Internacional y, en concreto, respecto a la protección regional que ofrece la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

1.— Fundamento jurídico

La competencia de la UE en materia de inmigración no estaba prevista en los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, donde el carácter económico de la unión establecida prevaleció sobre cualquier otra pretensión. Durante la década de los ochenta, se produjo debate en torno al alcance y definición del concepto «libre circulación de personas», que constituye una de las libertades fundamentales del mercado interior. Mientras algunos EM consideraban que esta solo afectaba a los ciudadanos europeos, otros deseaban suprimir los controles fronterizos y eliminar la diferencia entre ciudadanos europeos y nacionales de terceros países en este sentido. En 1985, Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos decidieron crear entre ellos un territorio sin fronteras, que se denominó el espacio Schengen. En el acuerdo Schengen se encuentra la primera referencia a la necesidad de dotar a la gestión de los flujos migratorios de una dimensión comunitaria, si bien únicamente en forma de cooperación intergubernamental.

En 1993, con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, los asuntos relacionados con la política de inmigración y visados se integraron como parte del tercer pilar comunitario, donde la actuación de la UE se ve igualmente limitada por el carácter intergubernamental de la toma de decisiones. El gran cambio se produjo el 1 de mayo de 1999, con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, con el que se introdujo un nuevo Título IV denominado «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas» y todas las decisiones adoptadas desde 1985 por los miembros del espacio Schengen se incorporaron al acervo comunitario. También el Título IV se integró en el primer pilar comunitario, de manera que el carácter supranacional de la materia permitiera a la UE adoptar medidas a través de los instrumentos recogidos en el Artículo 249 TCE, esto es, reglamentos, directivas, decisiones, dictámenes o recomendaciones. El fundamento jurídico específico para la materia regulada por la Directiva de Retorno, se encuentra en el Artículo 63.3 b, que establece la competencia del Consejo para decidir, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, sobre medidas de políticas de inmigración en el ámbito

de «la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales».

Por último, no debe olvidarse un hito en la política de inmigración a nivel comunitario, el Consejo de Tampere, que tuvo lugar el 15 y 16 de Octubre de 1999⁶ y se dedicó en exclusiva a Seguridad y Justicia. Tampere significó, en el ámbito de la política común de inmigración y asilo, la aceptación fáctica por parte de la UE y los EM, de la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales en esta materia y adoptar medidas específicas a nivel comunitario.

2.— La Propuesta original

El 1 de Septiembre de 2005, la Comisión publicó su Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados Miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentran ilegalmente en su territorio («la Propuesta»). Conforme al Artículo 251 TCE, el procedimiento de codecisión se inicia con la propuesta de la Comisión, pero la característica distintiva de este método de toma de decisiones es la participación legislativa igualitaria del Parlamento y el Consejo. La Propuesta es examinada simultáneamente por un Comité del Parlamento y un Grupo de Trabajo del Consejo. Una vez que se alcanzan los acuerdos oportunos y se votan los textos por separado, el Consejo y el Parlamento pueden alcanzar un compromiso sobre el texto en la denominada *primera lectura* y, entonces, el procedimiento finaliza con su aprobación.

En la Exposición de Motivos de la Propuesta se consideraba que una política de retorno efectiva es un componente necesario de una política de inmigración bien gestionada y se enunciaban intenciones loables, como el fomento del principio de retorno voluntario, el propósito de abordar la situación de quienes se encuentran en un territorio ilegalmente pero no pueden ser expulsados o el reconocimiento del principio de proporcionalidad referido al uso de medidas coercitivas y al internamiento temporal. Se refería, en concreto, a la necesidad de establecer unas «normas claras, transparentes y justas», que respetaran los derechos humanos y las libertades fundamentales de los nacionales de terceros países afectados. Sin embargo, ninguno de los tres calificativos se vería reflejado en el Articulado del texto.

La Propuesta no abordaba las razones de la irregularidad de la estancia,

⁶ Véase las Conclusiones de la Presidencia en: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

aspecto sobre el que los EM tienen autonomía legislativa respetando sus obligaciones internacionales, sino que partía de la «estancia ilegal». El objetivo era establecer un conjunto horizontal de normas aplicable a cualquier nacional de un tercer país en esa situación, independientemente de la razón de la irregularidad (pudiendo abarcar desde la entrada ilegal hasta la expiración de un visado o la retirada del estatuto de refugiado).

La Propuesta establecía un procedimiento en dos etapas, en el que, en primer lugar, los EM debían (mandato explícito a los EM) expedir una decisión de retorno a cualquier nacional de un tercer país que se encontrara de manera ilegal en su territorio. Conforme al principio de prioridad del retorno voluntario, la decisión de retorno debía ofrecer un plazo oportuno para la salida voluntaria de hasta cuatro semanas, a menos que hubiera razones para creer que el nacional del tercer país afectado pudiera fugarse durante dicho periodo. Dichas razones no eran concretadas en ningún lugar del texto. Por otra parte, la terminología resulta contradictoria en este punto: ¿qué voluntariedad existe en el acatamiento de una orden obligatoria?

La Propuesta de Directiva recogía en este punto un párrafo que ofrecía ciertas garantías de respeto hacia las obligaciones de los EM relativas a la protección de los derechos fundamentales: «No se expedirá ninguna decisión de retorno cuando los Estados miembros estén sujetos a obligaciones resultantes de los derechos fundamentales derivadas, por ejemplo, del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, tales como el derecho de no devolución, el derecho a la educación y el derecho a la unidad familiar. De haberse expedido ya una decisión de retorno, esta se retirará». Esta provisión no se ha mantenido en el texto final de la Directiva.

Cuando el nacional del tercer país no respetase el plazo de retorno voluntario o existiese riesgo de fuga, los EM deberían expedir una orden de expulsión, en la que se especificase el plazo de ejecución de la orden y el país de retorno. La necesidad de especificar el país de retorno cobraba importancia teniendo en cuenta el contradictorio concepto de retorno establecido en la Propuesta, que permitía ordenar el retorno a un país donde el nacional del tercer país afectado ni siquiera hubiera estado. Durante el periodo de consultas previo a la redacción de la Propuesta, algunos países, especialmente Holanda, habían criticado este procedimiento en dos etapas, alegando que no era

compatible con los sistemas previstos en su legislación nacional y que provocaría retrasos en los procedimientos. En respuesta a esta preocupación, la Propuesta ofreció libertad a los EM para expedir ambos documentos, la decisión de retorno y la orden de expulsión, en un mismo acto o decisión.

La dimensión comunitaria de los efectos de las medidas de retorno se apreciaba, en particular, en la introducción de una prohibición de reingreso, que podía acompañar a las decisiones de retorno y debía extenderse siempre junto con la orden de expulsión. La prohibición de reentrada permitía impedir el reingreso al territorio de todos los EM durante un determinado tiempo. Su duración debía determinarse con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes de cada caso concreto y en principio no debía exceder de los cinco años. Solo podría expedirse una prohibición de reingreso por un periodo más prolongado en caso de graves amenazas al orden público o a la seguridad.

La Propuesta recogía el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo contra la decisión de retorno y la orden de expulsión. Dicho recurso tendría carácter suspensivo o incluiría el derecho del nacional del tercer país a solicitar la suspensión de la ejecución hasta que se confirmase la decisión o la orden. Los EM debían garantizar que las vías de recurso disponibles para el afectado se detallaran de forma escrita en la decisión de retorno o en la orden de expulsión. Sin embargo, la traducción, oral o escrita, solo sería ofrecida, previa petición y «en una lengua que razonablemente pueda suponerse que el nacional del tercer país comprende». Un término jurídico tan indeterminado podría vaciar de contenido todas las garantías procesales previstas.

En cuanto al internamiento temporal, la Propuesta preveía su uso para nacionales de terceros países sobre los que recayera o fuera a recaer una decisión de retorno o una orden de expulsión, solo cuando existieran motivos fundados para creer que había riesgo de fuga y no fuera suficiente aplicar medidas menos coercitivas. En la Propuesta se describían las medidas menos coercitivas, como el depósito de fianza o la retención de documentos, lo que hubiera permitido exigir medidas concretas antes de acudir al uso de la medida de internamiento; sin embargo, tanto el concepto «motivos fundados» como «riesgo de fuga» quedaban indefinidos, provocando de nuevo una indeseada inseguridad jurídica. Cabe destacar que el concepto «riesgo de fuga» procede

del Derecho Penal, ámbito en el que sí ha sido definido, pero no se debe olvidar que esta criminalización del lenguaje puede tener el efecto perverso de dar a entender que se está cometiendo un delito, cuando la situación irregular de las personas afectadas acarrea únicamente sanción administrativa.

Las órdenes de internamiento temporal debían ser dictadas por las autoridades judiciales. Solo en casos de urgencia podrían ser expedidas por las autoridades administrativas y, entonces, deberían ser confirmadas por las autoridades judiciales en un plazo de setenta y dos horas desde el principio del internamiento temporal. Las razones para mantener a una persona en internamiento debían ser controladas regularmente por una autoridad judicial, al menos una vez al mes y el internamiento solo podía extenderse por las autoridades judiciales hasta un máximo de seis meses.

Respecto al tratamiento de la situación de las personas vulnerables, la Propuesta se limitaba a indicar que debía prestárseles especial atención y, en concreto, que los menores sujetos a internamiento temporal no debían estar en centros penitenciarios comunes. También los menores no acompañados podían ser objeto de internamiento temporal, ya que la Propuesta solo exigía que se les separase de los adultos, a menos que se considerase que el interés superior del niño aconsejara no hacerlo. Esta desprotección a la que quedaban sometidos los menores gracias a la Propuesta, se veía también reflejada en la manera de regular el retorno de los menores no acompañados. Los EM estaban obligados a aplazar (no retirar) una orden de expulsión en el caso de los menores no acompañados, cuando no pudiera garantizarse su entrega en el punto de salida o de llegada «a un miembro de la familia, un representante equivalente, un tutor del menor o a un funcionario competente del país de retorno». Por tanto, hubiera sido suficiente con que los EM asegurasen la recogida del menor no acompañado por parte de un funcionario del país de retorno en el punto de llegada (por ejemplo, un policía) para que la orden de expulsión no necesitase, si quiera, ser pospuesta.

3.— La evolución del texto hasta la versión final de la Directiva

El 20 de Septiembre de 2007, el Parlamento Europeo alcanzó una posición inicial sobre la Directiva, que fue recogida en el Informe de la Comisión de Libertades, Justicia y Asuntos de Interior y expuesta por el

ponente Manfred Weber⁷. El Informe apoyaba el texto de la Propuesta añadiendo 73 enmiendas, que pretendían, entre otros objetivos, «fortalecer el papel del Parlamento en cuanto a garante de los derechos humanos y de la humanidad». Lamentablemente, los buenos propósitos se quedaban de nuevo en la Exposición de Motivos.

Utilizando un discurso tan ambiguo como incoherente, el Informe pretendía dotar a la Directiva de mayor legitimidad a nivel internacional, haciendo referencia a las «Veinte Directrices sobre el retorno forzoso»⁸, elaboradas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa o a la necesidad de mejorar la cooperación con los países de origen a través de acuerdos de readmisión bilaterales o multilaterales.

Se definía y reforzaba la protección del principio de no-devolución, conforme al Artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951 y se establecía de manera contundente la prohibición de las expulsiones colectivas, prevista en el Artículo 4 del Protocolo 4 CEDH. Sin embargo, los cambios más significativos se referían al internamiento temporal, donde se proponía un cambio de denominación, de manera que el término se ajustase a lo que suponía en la realidad, esto es, una retención.

En primer lugar, el Informe modificaba el principio de que el internamiento debía ser dictado, como norma, por las autoridades judiciales. La Enmienda 56 proponía que tanto las autoridades judiciales como las administrativas fueran competentes para ordenar el internamiento. Si la orden era dictada por las autoridades administrativas, esta debería someterse posteriormente al control (ya no a la confirmación) por las autoridades judiciales en un plazo de cuarenta y ocho horas desde el comienzo del internamiento. Por otra parte, en la Enmienda 60, se consideraba que el internamiento dejaba de estar justificado tras un periodo de tres meses, sin embargo, los EM podrían extender dicho plazo hasta dieciocho meses cuando, a pesar de todos los esfuerzos razonables, fuera probable que la operación de expulsión se prolongase, debido a la falta de cooperación de la persona afectada o los retrasos en la obtención de la documentación necesaria de los terceros países, o si la

⁷ FINAL A6-0339/2007 Informe sobre la Propuesta (COM (2005) 0391 – C6 – 0266/2005- 2005/0167 (COD)).

⁸ CM (2005) 40 *Addendum* Final, de 20 de Mayo de 2005.

persona de que se tratase representara una amenaza probada para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. Este es precisamente el origen del criticado periodo de internamiento de dieciocho meses que se prevé en el texto final de la Directiva.

Una comparación a simple vista del texto de la Propuesta o de la Propuesta enmendada conforme al Informe del Parlamento con el texto de la Directiva de Retorno, que fue finalmente votada en junio, muestra claramente que se han producido grandes cambios en su redacción. Las modificaciones no son consecuencia sino de las negociaciones llevadas a cabo entre los EM en el seno del Consejo Europeo. En las reuniones del Consejo, los Ministros de Interior expusieron sus reticencias sobre la Directiva de Retorno y trataron de aproximarla a sus legislaciones nacionales. El resultado, teniendo en cuenta la tendencia actual hacia políticas de inmigración fuertemente restrictivas en determinados EM, podía preverse de antemano: un recorte brutal de las garantías procesales y los derechos humanos de los nacionales de los terceros países afectados.

Durante la presidencia finlandesa⁹, se revelaron diferencias insalvables entre los EM en cuanto a los mecanismos de expulsión, el límite de la duración del internamiento y sus condiciones o los recursos disponibles. Como resultado final, se alcanzó una Propuesta de compromiso, que cedía a muchas de las peticiones de los EM¹⁰. Cabe destacar la postura de Holanda, no solo contraria a realizar un procedimiento en dos pasos (decisión de retorno y orden de expulsión por separado) sino rechazando también la necesidad de otorgar un periodo de cuatro semanas para el retorno voluntario antes de expedir la orden de expulsión. Durante las negociaciones, ciertos EM mostraron también su oposición a que la orden de expulsión solo pudiera expedirse, sin necesidad de expedir previamente la decisión de retorno, en los casos de riesgo de fuga o incumplimiento del periodo de retorno voluntario. Alemania, Estonia y Reino Unido no estaban de acuerdo con esta limitación y propusieron ampliar esta opción a un grupo más amplio de personas, incluyendo, por ejemplo, a aquellos que no pudieran ser identificados. Como respuesta a estas peticiones, se incluyó un nuevo supuesto en el que los EM se pueden abstener de conceder

⁹ Segundo semestre de 2006.

¹⁰ Documentos 13451/06 (Presidency compromise suggestions on Articles 1-10) y 15165/1/06 REV 1 (Presidency compromise suggestions on Articles 11-22).

el plazo para la salida voluntaria: «cuando la persona de que se trate representara un riesgo para la seguridad pública, el orden público o la seguridad nacional».

La regulación relativa a la prohibición de reentrada se modificó completamente tras las discusiones en el Consejo. Reino Unido expuso que se debía dar mayor libertad a los EM en cuanto a los términos y condiciones de la prohibición de reentrada. El artículo amplió la discrecionalidad de los EM en gran medida. También se produjo controversia en cuanto a la necesidad de ofrecer un recurso judicial contra las decisiones de retorno o las órdenes de expulsión, ya que once EM consideraban que debía tratarse de recursos administrativos y trece expusieron sus reservas en cuanto a los efectos suspensivos de los recursos. La mayor discusión se produjo en torno a la necesidad de recurrir a las autoridades judiciales para emitir una orden de internamiento. Nada menos que veintiún EM opusieron reservas al requerimiento de la Propuesta original, y tampoco se consideraba adecuado ni necesario el control judicial rápido de la legalidad del internamiento en caso de ser ordenado por una autoridad administrativa. El plazo del internamiento era considerado demasiado corto por algunos EM y otros apelaron al elevado coste que supone mantener instalaciones especiales en lugar de utilizar las prisiones comunes.

Durante las reuniones en el Consejo, la delegación holandesa, apoyada por Dinamarca, Italia, Polonia y Grecia había expresado que la Directiva ofrecía excesivos derechos y garantías para los nacionales de los terceros países afectados. Parece que las negociaciones lograron reducir dichas garantías hasta tal punto que, lejos de ser excesivas, se convirtieron en manifiestamente insuficientes.

La presidencia alemana¹¹ trajo consigo un planteamiento muy distinto del texto de la Directiva¹². Se indicó que los EM consideraban que la Comisión había ido muy lejos en el nivel de armonización comunitario deseado. La propuesta alemana se limitaba a establecer unas directrices, otorgando gran discrecionalidad a los EM y considerando que, en cuanto al trato que deben recibir las personas afectadas, no existía necesidad alguna de ir más allá de los estándares previstos en los acuerdos internacionales y las convenciones

¹¹ Primer semestre de 2007.

¹² Documento 6624/07, de 28 de Febrero.

existentes.

Durante la presidencia portuguesa¹³, conscientes de que el texto con el que se estaba trabajado se alejaba mucho de la postura que el Parlamento acababa de adoptar en su Informe y que el acuerdo entre ambas instituciones era necesario, los EM retomaron la discusión sobre el texto. Del documento 15566/07 de 7 de Diciembre, se puede inferir que la amenaza del Parlamento de congelar los fondos que se iban a poner a disposición de los EM para la financiación del retorno, logró dar un impulso a la Directiva. Sin embargo, los intereses individuales de cada EM todavía pesaban demasiado y las garantías seguían siendo muy débiles como para poder alcanzar un acuerdo.

La negociación formal no llegó hasta la presidencia eslovena¹⁴. Durante las negociaciones, el Parlamento obtuvo ciertas concesiones, como la ampliación del plazo para el retorno voluntario (finalmente se ha fijado un plazo de siete a treinta días), las opciones para posponer la expulsión o la información ofrecida sobre la decisión de retorno hasta que, el 23 de Abril, se alcanzó un acuerdo entre las instituciones. Las últimas discusiones se centraron en la asistencia jurídica y finalmente se optó por dejar a las legislaciones nacionales pertinentes la regulación de la asistencia jurídica gratuita.

Antes de que la votación tuviera lugar en el Parlamento, diversas organizaciones humanitarias y numerosos grupos de ciudadanos, mostraron su disconformidad con el texto que la UE tenía intención de aprobar. El Comité Permanente de Expertos sobre Migración, Refugio y Derecho Penal, SOS Racismo, Amnistía Internacional o ECRE enviaron cartas a los miembros del Parlamento Europeo, instándoles a hacer uso del poder que les otorgaba el procedimiento de codecisión, para rechazar el texto que tanta polémica suscitaba desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos. El 18 de junio el resultado de la votación fue el temido: la Directiva de Retorno fue aprobada.

4.— Los aspectos más controvertidos a la luz de la protección de los Derechos Humanos

El instrumento jurídico de la Directiva exige la trasposición del texto a las

¹³ Segundo semestre de 2007.

¹⁴ Primer semestre de 2008.

legislaciones nacionales. A partir de su publicación, los EM contarán con 24 meses para poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva¹⁵. Los EM, sin embargo, no pueden dejar de cumplir las obligaciones que han contraído conforme al Derecho Internacional y, en concreto, las establecidas por la CEDH, que ha sido firmada y ratificada por todos los EM. Aunque la CE, que a diferencia de la UE sí tiene personalidad jurídica¹⁶, no es parte contratante de la Convención, porque solo los Estados están legitimados para ello, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reconoció, ya en los años setenta, que los derechos protegidos por la Convención se consideran parte integral de los principios generales del Derecho Comunitario¹⁷ y finalmente el artículo 6 del TUE lo incluyó dentro del acervo comunitario.

Debido a la especial importancia que tiene la CEDH en el ámbito de la UE, el análisis de los puntos controvertidos de la Directiva se va a centrar en los derechos protegidos por esta y su desarrollo por parte del TEDH.

a) Decisiones obligatorias

La Directiva contiene normas vinculantes, que establecen obligaciones concretas para los EM. Así, los EM deben expedir una decisión de retorno a cualquier nacional de un tercer país que se encuentre ilegalmente en su territorio, salvo en los casos expresamente previstos. Si el nacional del tercer país afectado tiene un permiso de residencia o autorización que permita la residencia expedido por otro EM, se le exigirá que se dirija de inmediato al territorio de dicho EM. Si existe riesgo de fuga, si se desestima una solicitud de residencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona representa un riesgo para la seguridad pública, el orden público o la seguridad nacional, los EM pueden abstenerse de conceder el plazo de salida voluntaria. En estos casos, o cuando el nacional del tercer país afectado no haya cumplido con la obligación de retorno dentro del plazo indicado, los EM deberán tomar las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno, esto es, para la expulsión. Además, en esos casos, las decisiones de

¹⁵ Excepcionalmente, para la trasposición del Artículo 13.4, relativo a la asistencia jurídica gratuita, los EM dispondrán de treinta y seis meses a contar desde la fecha de publicación en el DOUE.

¹⁶ Artículo 281 TCE.

¹⁷ TJCE, 04.05.1974 – C-4/73, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Comisión Europea, §13; TJCE, 28.10.1975 – C-36/75, Roland Rutili c. Ministerio del Interior.

retorno deberán ir acompañadas de una prohibición de entrada, que en principio no debe exceder los cinco años (nótese que ha dejado de llamarse reentrada). En otros casos, los EM pueden (no deben) incluir la prohibición de entrada. Los EM pueden imponer prohibiciones por un plazo superior a cinco años si el nacional de un tercer país representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH¹⁸, la expulsión exige una evaluación individual de las condiciones en cada caso concreto, para determinar si está justificada. De otra forma, se podría infringir la prohibición de las expulsiones colectivas, establecida en el Artículo 4 Protocolo 4 CEDH. Esta necesidad de evaluación individual se extiende a las prohibiciones de entrada, donde también el Artículo 2 Protocolo 4 CEDH, que establece la libertad de circulación de las personas, podría verse afectado¹⁹. Teniendo en cuenta la indeterminación de los términos que han sido fijados en la Directiva, en concreto, la referencia a la «amenaza grave a la seguridad nacional» para poder extender la prohibición a un periodo «superior a cinco años», no queda excluida la arbitrariedad en la decisión sobre la restricción de la libertad de circulación.

La expulsión por parte de los EM también puede dar lugar a una infracción del Artículo 3 CEDH, que contiene la prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. El TEDH lo reconoció por primera vez en un caso de extradición, *Soering contra Reino Unido*²⁰, y después lo hizo extensible a los casos de expulsión²¹, reconociendo que en los casos en los que existen motivos fundados para creer que la expulsión puede suponer, para la persona afectada, un riesgo a ser sometida a tratos contrarios al Artículo 3 CEDH, los Estados Contratantes están obligados a no expulsar a la persona en cuestión.

En los últimos años, el trabajo del TEDH para la protección de los derechos de los extranjeros ha sido muy intenso²² y en reiterada jurisprudencia

¹⁸ TEDH, 05.02.2002 – Núm. 51564/99 *Conka c. Bélgica*, §59.

¹⁹ En el caso *Riener c. Bulgaria*, TEDH, 23.05.2006 – Núm. 46343/99, refiriéndose a una prohibición automática de viajar, el TEDH reforzó la idea de que la libertad de circulación no puede ser restringida de manera arbitraria y, para esta valoración, tuvo en cuenta la duración de la prohibición y la ausencia de revisión periódica de las causas que la justificaban.

²⁰ TEDH, 07.07.1989 – Serie A, Núm. 161, *Soering c. Reino Unido*, §91.

²¹ TEDH, 15.11.1996 – Núm. 22414/93, *Chahal c. Reino Unido*, §74.

²² Véase más en: Moya Malapera, David: «Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Núm. 16, Noviembre 2007, Pág. 25.

se ha establecido la naturaleza absoluta de la protección ofrecida por el Artículo 3 de la Convención. En concreto, en el caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica²³, el TEDH expuso que no se puede olvidar que la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes prevalece sobre cualquier otra consideración, como pueda ser el estatus del solicitante como inmigrante ilegal.

Las obligaciones que impone el Artículo 3 se vinculan con el respeto del principio de no-devolución establecido en el Artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951 y con la prohibición de imponer el retorno a una persona cuando pueda estar en riesgo de sufrir tortura, conforme al Artículo 3.1 de La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984. Aunque la Directiva exige el respeto al principio de no devolución, establece que si una orden de retorno vulnera dicho principio, los EM deben aplazarla (no retirarla).

Por último, en cuanto al uso de medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión, que la Directiva prevé como último recurso en los casos en los que el nacional de un tercer país se oponga, y siempre de manera proporcionada y razonable, el TEDH exige que la conducta del afectado lo haga necesario y realiza un análisis muy estricto de la proporcionalidad de las medidas concretas adoptadas²⁴.

b) Garantías procesales

La Directiva establece que se concederá al nacional de un tercer país afectado el derecho a interponer recurso efectivo contra las decisiones relacionadas con el retorno ante un órgano jurisdiccional, una autoridad administrativa u otro órgano competente compuesto por miembros imparciales y con garantías de independencia. El nacional de un tercer país afectado podrá tener asesoramiento jurídico, representación y, en su caso, asistencia lingüística. A diferencia de la Propuesta original, donde se decía que los EM debían asegurar que el nacional de un tercer país afectado tuviera acceso a dichas garantías procesales, en la Directiva se establece de manera potestativa para los EM.

²³ TEDH, 12.10.2006 – Núm. 13178/03, Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica, §55.

²⁴ TEDH, 04.02.2005 – Núm. 46827/99 y 46952/99, Mamatkulov y Askarov c. Turquía, §67.

Las garantías procesales deben observarse a la luz de la protección ofrecida por el artículo 13 CEDH, que recoge el derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, cuando se haya producido una violación de cualquiera de los derechos y libertades recogidos en la Convención, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales. Por tanto, si con la expulsión se produjera una violación del Artículo 3 ó 5, por ejemplo, se podría activar la protección del artículo 13.

El carácter esencial de la protección ofrecida por el Artículo 13 es que debe tratarse de un recurso efectivo. Esta efectividad no depende de que el solicitante de protección obtenga un resultado favorable y tampoco la autoridad a la que se refiere ha de ser judicial, pudiéndose tratar de otra autoridad u órgano, siempre y cuando sea competente para ofrecer un recurso efectivo²⁵. Lo que se pretende evitar es la arbitrariedad y, por tanto, el remedio debe ser efectivo, tanto en derecho como en la práctica²⁶.

La efectividad de los recursos ofrecidos por la Directiva se ve amenazada por la manera en que los nacionales de un tercer país afectados son informados sobre éstos. Las decisiones de retorno deben ser expedidas por escrito y contener la información sobre las vías de recurso. Los EM deben proporcionar, previa petición, una traducción escrita u oral conteniendo esta información, «en una lengua que el nacional del tercer país comprenda o que pueda suponerse razonablemente que comprende». En los casos en la persona afectada haya entrado ilegalmente en el territorio de un EM y no haya obtenido a continuación autorización o derecho para permanecer en él, los EM pueden optar por no ofrecer la traducción y limitarse a notificar la decisión mediante un formulario normalizado, según disponga la legislación nacional. En ese caso, los EM facilitarán folletos informativos generales «en al menos cinco de las lenguas que con mayor frecuencia utilicen o comprendan los inmigrantes ilegales que llegan al EM de que se trate». De esta forma, es posible que las personas afectadas ni si quiera lleguen a tener conocimiento de los recursos de que disponen y las garantías procesales queden totalmente vacías de contenido.

²⁵ TEDH, 20.06.2002 – Núm. 50963/99, Al-Nashif c. Bulgaria, §133.

²⁶ TEDH, 05.02.2002 – Núm. 51564/99 Conka c. Bélgica, §75.

c) El internamiento, su duración y condiciones

La Directiva ofrece la posibilidad a los EM de que, cuando no puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo, puedan mantener internados a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno. El internamiento debe ser «lo más corto posible». Si la perspectiva razonable de expulsión desaparece, el internamiento deja de estar justificado y la persona afectada debe ser liberada inmediatamente.

Conforme a la última versión de la Directiva, el internamiento es decidido por las autoridades administrativas o judiciales. En el caso de que sean las primeras quienes lo ordenen, los EM deben, o bien disponer el control judicial rápido de la legalidad del internamiento lo más rápidamente posible (se ha evitado fijar un plazo concreto), o bien conceder al nacional de un tercer país afectado el derecho de incoar un procedimiento para que se someta al control judicial rápido la legalidad de su internamiento. La medida de internamiento debe ser revisada a intervalos razonables (también aquí se ha suprimido la mención del plazo concreto) y solo en casos de internamiento prolongados, se exige que sea llevada a cabo por autoridades judiciales.

El internamiento se puede mantener mientras se lleven a cabo, con la debida diligencia, las gestiones para la expulsión y sea menester para garantizar la efectividad de la expulsión. Cada EM debe fijar un periodo limitado de internamiento que no puede superar los seis meses. Sin embargo, los EM pueden, en sus legislaciones nacionales, prorrogar ese plazo hasta 18 meses en los casos en que, «pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará debido a la falta de cooperación del nacional de un tercer país afectado o por demoras en la obtención de la documentación necesaria que deban expedir terceros países». De esta forma, la extensión del plazo de internamiento de los nacionales de terceros países afectados puede deberse a razones sobre las que no tiene ninguna capacidad de actuación, como la ineficiencia de la actuación de la Administración en su país de origen. Como norma general, el internamiento se debe llevar a cabo en centros de internamiento especializados, sin embargo, si un EM no puede proporcionar alojamiento en dichos centros, se puede recurrir a un centro penitenciario,

manteniendo a los nacionales de terceros países separados de los presos ordinarios. La prohibición expresa de que esto afecte a los menores se ha suprimido.

Conforme al artículo 5.1 CEDH, toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad y nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos expresamente previstos por la Convención y siempre con arreglo al procedimiento establecido por la ley. En la letra f del mismo Artículo 5.1 CEDH, se recoge una excepción referida a la detención o privación de libertad de una persona contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. El TEDH exige una interpretación estricta del Artículo 5²⁷ y, en concreto, el Artículo 5.1.f) es origen de numerosas sentencias²⁸. En el caso Saadi contra Reino Unido²⁹, el TEDH se vio directamente confrontado con la cuestión de si está permitido que un Estado ordene el internamiento a un potencial solicitante de asilo o a un inmigrante, cuando no existe riesgo de fuga o mala conducta. El TEDH asume que la legalidad del internamiento se rige esencialmente por la legislación nacional de cada Estado y que la conformidad con derecho se refiere al respeto a las normas procesales y sustantivas de las legislaciones nacionales. Sin embargo, toda privación de libertad debe respetar el objetivo del Artículo 5, es decir, proteger a los individuos de la arbitrariedad. En el caso Saadi contra Reino Unido, el TEDH estableció que el Artículo 5.1.f) exige que el internamiento sea una parte genuina del proceso para determinar si se puede conceder al individuo autorización para permanecer o asilo y que no exista arbitrariedad, atendiendo, por ejemplo a su duración.

El caso Saadi fue llevado a la Gran Sala donde, asumiendo que todo internamiento decidido de manera arbitraria es incompatible con el Artículo 5.1, el TEDH estableció una noción de arbitrariedad en el marco del Artículo 5.1.f): «la noción de arbitrariedad se extiende más allá de la falta de conformidad con la legislación nacional, de manera que una privación de libertad puede ser legal en términos de la legislación pero arbitraria y, por tanto, contraria a la Convención»³⁰. Según la Gran Sala, «para evitar que una privación de libertad

²⁷ TEDH, 27.04.2006 – Núm. 11919/03, Mohd c. Grecia, §18.

²⁸ TEDH, 15.11.1996 – Núm. 22414/93, Chahal c. Reino Unido; TEDH, 25.06.1996 - Núm. 19776/95, Amuur c. Francia; TEDH, 05.02.2002 – Núm. 51564/99, Conka c. Bélgica; TEDH 25.09.2003 - Núm. 52792/99, Vasileva c. Dinamarca; TEDH 11.07.2006 - Núm. 13229/03, Saadi c. Reino Unido.

²⁹ TEDH, 11.07.2006 - Núm. 13229/03, Saadi c. Reino Unido, §42.

³⁰ TEDH (Gran Sala), 29.01.2008 - Núm. 13229/03, Saadi c. Reino Unido, §67.

sea calificada de arbitraria, debe ser ejecutada con buena fe; debe estar íntimamente vinculada con el fin de prevenir la entrada no autorizada de la persona en el país; el lugar y las condiciones del internamiento deben ser apropiadas, teniendo en cuenta que la medida no se aplica a quienes han cometido un crimen, sino a aquellos extranjeros, que temiendo por sus vidas, han abandonado su país; y la duración del internamiento no debería exceder del tiempo razonablemente requerido para el objetivo perseguido».

Teniendo en cuenta las condiciones y la duración que prevé la Directiva, así como la cuestión de la necesidad de la medida, en el caso de que no exista riesgo de fuga o mala conducta, pueden no concurrir los requisitos establecidos por el TEDH y, por tanto, producirse una violación del artículo 5.1 CEDH. En este sentido, es importante recordar que el Artículo 16.4 de la Convención Europea sobre Extradición, de 13 de Diciembre de 1957, firmada y ratificada por todos los EM, establece un periodo máximo de arresto provisional de cuarenta días. La proporcionalidad de la duración de un internamiento de hasta dieciocho es, cuando menos, dudosa.

d) La protección del interés superior del niño

El punto de partida en este caso debe ser la consideración primordial del interés superior del niño, establecido en el Artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño³¹. En concreto, el Artículo 37.b) establece que los Estados deben asegurar que «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 solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda».

En la Directiva, aunque como último recurso y por el menor tiempo posible, se prevé el internamiento de los menores y, en ausencia de una prohibición explícita, los EM pueden llevarlo a cabo en prisiones ordinarias. A los menores no acompañados, se les debe facilitar, en la medida de lo posible, alojamiento en instituciones con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad. Quizá durante las negociaciones en el Consejo, la preocupación por aproximar las provisiones de la Directiva a los intereses de las situaciones nacionales, hizo perder la perspectiva a los

³¹ La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de Septiembre de 1990.

miembros de los distintos EM y olvidaron la especial vulnerabilidad de los niños afectados, que bajo ningún concepto deberían ser internados. La Directiva establece que «se dará a los menores internados la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluidos juegos y actividades recreativas adecuados a su edad». Personalmente, no sé si interpretar esta provisión como un intento de acallar la conciencia o puro cinismo.

El TEDH, en los casos en los que se trata de la expulsión de menores, tiene muy en cuenta la situación de vulnerabilidad extrema originada por la edad, en la evaluación de una posible violación del Artículo 3 CEDH. En el caso de Mubilanzila Mayeka contra Bélgica³², donde una niña de cinco años fue internada en las mismas condiciones que los adultos, el TEDH consideró que el internamiento en esas condiciones, teniendo en cuenta la amplitud de medios disponibles por parte del Estado demandado, suponía tal falta de humanidad, que alcanzaba el grado para calificarlo de trato inhumano. En ese mismo caso, en relación con las condiciones del retorno de la menor, el TEDH indicó que las autoridades belgas se habían limitado a informar al tío de la niña de su llegada, pero no habían requerido expresamente su presencia, ni se habían asegurado de que sería recogida en el aeropuerto. El TEDH exige a los Estados que aseguren que los niños sean debidamente atendidos y que tengan en cuenta la situación real con la que se van a encontrar en el país de origen. Las provisiones de la Directiva se apartan claramente de estas exigencias.

e) La protección de la familia

El derecho al respeto de la vida familiar se recoge en el Artículo 8.1 CEDH. Sin embargo, conforme al Artículo 8.2 CEDH, el ejercicio de este derecho puede verse restringido cuando la injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa del orden, entre otros.

La Directiva establece una protección de la familia demasiado ambigua, limitándose a indicar que los EM tendrán en cuenta la vida familiar y estableciendo que se facilite a las familias internadas un alojamiento separado, que garantice un adecuado grado de intimidad. El TEDH ha reconocido que, para valorar si la expulsión supone una injerencia en el respeto a la vida familiar, en los casos en los que su protección entra en conflicto con la defensa

³² TEDH, 12.10.2006 – Núm. 13178/03, Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica.

del orden público o la seguridad pública, se debe realizar una ponderación de los intereses en conflicto para encontrar el justo equilibrio³³. Solo en los casos en los que prevalece el interés del Estado en controlar la inmigración sobre el interés de la persona afectada de proteger su vida familiar, los Estados pueden ordenar la expulsión.

En el caso *Üner contra Holanda*, la Gran Sala del TEDH estableció unas normas específicas para la interpretación del Artículo 8 y, partiendo de que la provisión 8 no contiene un derecho absoluto que implique la no expulsión de los extranjeros, independientemente de su estatus, reconoció que la jurisprudencia reiterada del TEDH demuestra que, bajo ciertas circunstancias, la expulsión de un extranjero puede dar lugar a una violación del Artículo 8 CEDH³⁴. Los criterios que se deben considerar para valorar si la expulsión es medida necesaria en una sociedad democrática y proporcionada al fin legítimo que persigue se refieren entre otras cosas, a la situación familiar del solicitante, a la duración del matrimonio, a otros factores que sirvan para determinar si la pareja tiene verdaderamente una vida familiar, a la existencia de hijos y la edad de estos³⁵. Para el TEDH, cuando prevalece el interés de la protección de la vida familiar, los Estados están obligados a autorizar la entrada de nacionales de otros Estados o a permitir su permanencia.

CONCLUSIÓN

La importancia de la Directiva de Retorno no se limita a la relevancia de la materia que regula, sino que además se trata del primer paso hacia una política de inmigración comunitaria. Del análisis de las provisiones de la Directiva desde la perspectiva de los derechos humanos es evidente que existen conflictos potenciales con la CEDH y la jurisprudencia del TEDH. La protección real de los derechos de los nacionales de terceros países ha sido dejada a la voluntad de los EM, respetando las limitaciones que impone la Directiva.

Desde mi punto de vista, la Directiva no es solo una señal clara del carácter poco garantista y restrictivo de la política comunitaria de inmigración, sino que supone también una gran decepción. La lucha contra la inmigración ilegal no debe comenzarse estableciendo castigos para quienes sufren sus

³³ TEDH, 27.01.2006 – Núm. 32231/02, *Keles c. Alemania*, §55.

³⁴ TEDH (Gran Sala), 18.10.2006 – Núm. 46410/99, *Üner c. Holanda*, §57.

³⁵ TEDH, 02.08.2001 – Núm. 54273/00, *Boultif c. Suiza*, §48.

deplorables consecuencias de manera directa. El resultado de esta Directiva es una reducción de los derechos de los nacionales de terceros países, quienes, pese a encontrarse en situación irregular, no dejan de ser personas bajo la jurisdicción de los EM, merecedoras de protección de derechos tan fundamentales como la libertad o la dignidad.

Con terminología propia del Derecho Penal e incluso de naturaleza xenófoba (ninguna persona es ilegal), la UE ha adoptado una Directiva que podría tener como resultado final una demanda individual ante el TEDH, desgraciadamente, cuando una persona haya tenido que sufrir una violación de sus Derechos Humanos. La UE emprende con fuerza su proyecto de una «Fortaleza Europea», olvidando su historia y reforzando las barreras externas mientras se eliminan las internas. Lamentablemente, la idea de una UE que se convierta en modelo de garante de los Derechos Humanos cada vez se torna más difusa.ⁱ

ⁱ Ana LUÑO MUNIESA. Licenciada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas, Master LL.M. sobre «Integración Europea» en el Instituto Europa de Saarbrücken, Alemania. Este trabajo es un resumen de un estudio más amplio, desarrollado en la tesis del Master, titulada «The EU Return Directive», escrito originalmente en inglés. La elaboración del documento ha sido apoyada por la Fundación SIP. Agradezco especialmente a Carmen Magallón la confianza que ha depositado en mí.