

LA POLÍTICA COMUNITARIA DE INMIGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

Fernanda Sabah Gomes Soares

Especialista en Teoría General del Derecho por la Academia Brasileira de Direito Constitucional.

ABSTRACT

At present, are evidence of the tightening European immigration policies that stand against the protection of human dignity, freedom, equality, solidarity, citizenship and justice among all human beings, as provided for in international instruments. On this basis, this research is to analyze if the Directive 2008/115/EC of 16 December 2008 violates the human rights of irregular migrants.

KEY WORDS: Protection; violation; rights; freedoms; fundamentals; immigrants

RESUMEN

En la actualidad, se evidencia el endurecimiento de políticas europeas de inmigración que contrastan con la protección de la dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia entre todos los seres humanos, conforme a lo previsto en varios instrumentos internacionales. A partir de ello, esta investigación tiene como objetivo analizar si la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008 menoscaba los derechos humanos de los inmigrantes irregulares.

PALABRAS CLAVE: Protección; violación; derechos; libertades; fundamentales; inmigrantes.

SUMARIO

1- Introducción; 2- Aspectos de la Directiva de Retorno de Inmigrantes Ilegales; 2.1- El proceso de gestación; 2.2- La estructura jurídica; 3- La tutela de los derechos fundamentales en la Directiva del Retorno; 3.1- La estancia ilegal; 3.1.1- Salida voluntaria; 3.1.2- Expulsión; 3.2- Las garantías procesales; 3.2.1- Forma; 3.2.2- Garantías a la espera del retorno; 3.2.3- Vías de recurso; 3.3- El internamiento a efectos de expulsión; 3.3.1- Las condiciones del internamiento; 3.3.2- El internamiento de menores no acompañados y de familias con menores; 4- Conclusión; Referencias Bibliográficas.

1- INTRODUCCIÓN

En los últimos treinta años, la inmigración, sobre todo la irregular, es una cuestión que preocupa a la UE.; tanto que es innegable la gran producción de instrumentos jurídicos elaborados para su combate. Sin embargo, fue en junio de 2008 cuando se aprobó una auténtica política de inmigración: la Directiva de Retorno de Inmigrantes Ilegales, la cual establece normas comunes sobre retorno, expulsión, uso de medidas coercitivas, e internamiento para los extranjeros en situación irregular.

Ante tal contexto, el primer apartado examina el proceso de gestación y la estructura jurídica de la Directiva, y el segundo apartado analiza la tutela de los derechos fundamentales en este instrumento jurídico comunitario.

2- ASPECTOS DE LA DIRECTIVA DE RETORNO DE INMIGRANTES ILEGALES

2.1- EL PROCESO DE GESTACIÓN

El proceso de elaboración de la Directiva de Retorno se inició por medio de la Propuesta de la Comisión Europea de 1 de septiembre de 2005, relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio¹.

¹ COM (2005) 391 final.

La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo fue estructurada de conformidad con los siguientes principios: extensión de los efectos; cooperación entre los Estados miembros y entre ellos con los Estados que originan los flujos migratorios; respeto a los derechos fundamentales y a la dignidad de la persona; seguridad jurídica; eficacia; proporcionalidad; individualización. De esta manera, la Propuesta de Directiva se fundamentaba en la determinación de una política de retorno efectiva, de modo que la inmigración fuera gestionada mediante normas y principios claros, transparentes, justos, que respetasen los derechos y las libertades de cualquier persona.

El 20 de septiembre de 2007, el europarlamentario Manfred WEBER (Grupo del Partido Popular Europeo y de los Demócratas Europeos) introdujo enmiendas al texto propuesto por la Comisión Europea². Conforme a la exposición de motivos del Informe del europarlamentario, el objetivo de las enmiendas presentadas era fortalecer la función del Parlamento como garante de los derechos fundamentales y de la humanidad. Pero, en realidad, estas enmiendas no pretendían reforzar el respeto de estos derechos.

Las enmiendas más significativas del Informe WEBER son la 60 y la 67, pues la primera amplía el plazo de internamiento; esto quiere decir que los Estados miembros pueden abreviar o prorrogar el plazo hasta los 18 meses, mientras la Propuesta de la Comisión definía un posible internamiento temporal que solo las autoridades judiciales podrían ampliar hasta 6 meses; la otra agrava la admisión del internamiento temporal de los niños prevista por la Comisión, violando su dignidad humana. En relación con el retorno voluntario o forzado, WEBER está de acuerdo con la posición de la Comisión, sin embargo tiene una posición más rígida acerca de la inmigración irregular.

La opinión minoritaria fue representada por el europarlamentario Giusto CATANIA (Grupo Confederal de la Izquierda Unitaria Europea), que rechazó el Informe WEBER, defendiendo que los ciudadanos, tanto de terceros países como los comunitarios, no pueden ser privados de su libertad personal a causa

² Informe Weber A6-0339/2007.

de una falta administrativa³. Así, solamente podrían ser objetos de internamiento temporal si se sometiesen a un procedimiento judicial por delitos cometidos dentro de las fronteras de la UE, asegurándoles idénticas garantías judiciales y procedimentales que las conferidas a los ciudadanos de los Estados miembros.

CATANIA también consideró excesivo el período de privación de libertad de 18 meses, ya que afecta enormemente al derecho a la libertad personal, presente en el CEDH⁴. Además, él defendió la incoherencia del plazo de 18 meses de privación de libertad, en condiciones tan malas como las que se presentan en algunos centros de detención de la UE, para personas que no hayan cometido delito alguno sino que cruzaron irregularmente una frontera, violando únicamente una norma administrativa.

El 18 de abril de 2008 el Consejo de la UE se reunió. El 23 de abril de 2008 se desarrolló un diálogo entre Consejo, Parlamento Europeo, Comisión sobre esta materia, en el que hubo un acuerdo político general. El texto, con las enmiendas de WEBER, fue admitido por el Parlamento Europeo en su sesión de 18 de junio de 2008, en primera lectura (podría llegar hasta la tercera), y en conformidad con el procedimiento de codecisión. Todos los aspectos parecían haber sido negociados con el Consejo de la UE y la posibilidad de que la Comisión modificase o retirase su Propuesta había desaparecido completamente, originando así la Directiva de Retorno de los Inmigrantes Ilegales⁵.

2.2- LA ESTRUCTURA JURÍDICA

La principal finalidad de la Directiva es estipular una auténtica política de inmigración en la UE, ya que una política comunitaria puede ser más

³ Debates. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20080617&secondRef=ITEM-004&language=ES&ring=A6-2007-0339>. Acceso el 22 de marzo de 2012.

⁴ Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Publicado en España en el BOE de número 243, de 10 de octubre de 1979.

⁵ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

satisfactoria que una política en ámbito puramente estatal. Para ello, se definen normas comunes sobre retorno, expulsión, uso de medidas coercitivas, internamiento y prohibición de entrada⁶.

Sin embargo, como las normas de la Directiva de Retorno⁷ se refieren a la expulsión de los extranjeros en situación irregular, se ha generalizado la denominación de Directiva de la Vergüenza o Directiva de la Expulsión. Asimismo, la Directiva se refiere a los inmigrantes como “ilegales”, ilegalizando al sujeto y no su situación administrativa irregular.

La Directiva posee 30 fundamentos y se subdivide en: considerandos; disposiciones generales; finalización de la estancia ilegal; garantías procesales; internamiento a efectos de expulsión; disposiciones finales.

Varios de sus considerandos subrayan la importancia de fijar tres puntos: normas claras, transparentes y justas para determinar una política efectiva de retorno; un procedimiento justo y transparente; un sistema de asilo justo y eficiente. Por lo demás, armonizan en el ámbito comunitario los efectos de las medidas nacionales de retorno, pues una prohibición de ingreso impide la entrada y la permanencia en el territorio de todos los Estados miembros. Para facilitar el proceso de retorno, los considerandos igualmente destacan la esencialidad de acuerdos de readmisión entre la UE y terceros países.

La mayoría de los considerandos pretenden dar a la Directiva de Retorno legitimidad internacional desde el punto de vista de los derechos fundamentales recordando, en determinados casos, la vigencia de ciertas normas (como la que prohíbe la expulsión colectiva), principios (de no devolución o la prohibición de discriminar), y tratados internacionales ratificados

⁶ El éxito de la Directiva de Retorno, como una política común comunitaria, dependerá, según ESTEBAN DE LA ROSA, de la existencia de una definición específica para el ámbito comunitario de qué casos se conciben como devolución y cuáles pueden considerarse retorno, repatriación, extrañamiento o expulsión. *Vid.* ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria. “La nueva Directiva de Retorno en el contexto de la actual política comunitaria de inmigración”. Disponible en: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/23/21>. Acceso en 10 de febrero de 2012.

⁷ Hay que decir que Dinamarca, Gran Bretaña e Irlanda, de acuerdo con la variable permitida por el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE, no participan en la adopción de la Directiva, no estando vinculados en su totalidad ni sujetos a su aplicación. A pesar de no ser parte en la UE, pero sí en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Islandia, Noruega y Liechtenstein) o parte en el Acuerdo especial con la UE (Suiza), se abre a estos países la posibilidad de adoptar la Directiva en cuestión.

por todos los Estados miembros (como la Convención de los Derechos del Niño, de 1989⁸ y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1967⁹).

En cuanto a las disposiciones generales, en ella se regulan el objeto; el ámbito personal; las definiciones; la posibilidad de que existan normas más favorables y la existencia de principios. El objeto de la Directiva es la definición de normas y procedimientos comunes que serán aplicados en los Estados miembros para el retorno de los extranjeros que estén irregulares en su territorio (artículo 1). El ámbito personal de aplicación se relaciona a los nacionales de terceros Estados, es decir, aquellos que no sean beneficiarios del derecho a la libre circulación en las fronteras según el Código de Fronteras de Schengen, existiendo la posibilidad de que los Estados miembros no apliquen la Directiva en algunos supuestos (artículo 2). En las definiciones, se determinan varios conceptos, como por ejemplo el de la “salida voluntaria” (artículo 3), que es el cumplimiento de la obligación de regreso en el plazo fijado por la decisión de retorno¹⁰.

Las disposiciones más favorables (artículo 4) señalan el carácter de mínimo común denominador de varias de sus normas y define que la Directiva no se aplicará efectivamente si existen disposiciones convencionales bilaterales, multilaterales o en el mismo acervo comunitario de la inmigración y del asilo, entre la UE y los Estados terceros o entre Estados miembros y Estados terceros. Los principios, recogidos por la Directiva (artículo 5), son los de no devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud.

Las disposiciones finales prevén la incorporación al ordenamiento jurídico nacional en un plazo de 24 meses tras la entrada en vigor de la Directiva, y de un plazo de 36 meses para que el Estado miembro regule la asistencia jurídica gratuita. Del mismo modo, encarga a la Comisión Europea elaborar un informe trianual al Parlamento Europeo sobre el cumplimiento de la

⁸ Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

⁹ Del Protocolo tomaron nota con aprobación el Consejo Económico y Social en su resolución 1186 (XLI), de 18 de noviembre de 1966, y la Asamblea General en su resolución 2198 (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En la misma resolución, la Asamblea General pidió al Secretario General que transmitiera el texto del Protocolo a los Estados mencionados en su artículo V a fin de que pudieran adherirse al Protocolo. Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967.

¹⁰ AGUELO NAVARRO y CHUECA SANCHO concluyen que la salida voluntaria no es consecuencia de una voluntariedad, sino del cumplimiento de una obligación. *Vid.* AGUELO NAVARRO, Pascual / CHUECA SANCHO, Ángel. “Directiva de retorno. Directiva de expulsión (Nota crítica a vuela pluma desde los Derechos Humanos)”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 18, julio 2008, pp. 121-166, p. 145.

Directiva y la evaluación del impacto financiero y administrativo adicional en cada Estado miembro.

Seguidamente, se examinarán las demás disposiciones de la Directiva referentes a la finalización de la estancia ilegal, a las garantías procesales, al internamiento a efectos de expulsión, relacionándolos con el respeto a los derechos fundamentales.

3- LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA DIRECTIVA DE RETORNO

El texto de la Comisión sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 2005 preveía la compatibilidad de sus disposiciones con los derechos fundamentales, según el CEDH; con los principios generales de Derecho comunitario; y con el Derecho internacional.

No obstante, la aprobación de la Directiva de Retorno de los Inmigrantes Ilegales, para ZUFIAUR¹¹, marca la progresiva destrucción del modelo social europeo, ya que la mayoría de Gobiernos conservadores dentro de la UE pretenden someter los derechos sociales y fundamentales de las personas a las libertades económicas y a las normas de competencia.

ORTEGA GIMÉNEZ y LÓPEZ ÁLVAREZ¹² aseveran que la aprobación de la referida Directiva no respeta el Sistema Universal de Derechos Humanos ni el Sistema Regional del Consejo de Europa, porque no prioriza la protección de las personas, sino que afecta al pilar democrático europeo de los derechos humanos en beneficio del perfeccionamiento de la expulsión.

En cambio, al analizar la Directiva, PAVÓN PÉREZ¹³ no cree que, en su texto, se vulneren los derechos fundamentales de los inmigrantes irregulares y defiende que:

¹¹ ZUFIAUR, José María. “¿Quién defiende la Europa social?”. *Temas para el Debate*, nº 165-166, agosto – septiembre de 2008, pp. 81-83, p. 83.

¹² ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso/ LÓPEZ ÁLVAREZ, Antonio. “Breve aproximación crítica a la Directiva de retorno”. *Diario la Ley*, nº 7064, Sección Doctrina, 26 noviembre 2008, Año XXIX, pp. 1-13, p. 2.

¹³ PAVÓN PÉREZ, Juan Antonio. “La Propuesta de Directiva relativa al retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en la Unión Europea: ¿un difícil juego de prestidigitación camino de la armonización de procedimientos y normas comunes?”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 19, noviembre 2008, pp. 119-143, p. 142.

“Nadie, medianamente juicioso, puede negar la necesidad de adoptar la 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 encuentren ilegalmente en su territorio. En este sentido, era preciso armonizar la legislación de los Estados miembros mediante la elaboración de procedimientos y normas comunes caminando, de este modo, hacia una política europea de retorno eficaz, duradera y sostenible, como una pieza más de una política comunitaria de inmigración y asilo centrada, entre otros aspectos ya señalados, en la lucha contra la inmigración ilegal. La Directiva de retorno de inmigrantes ilegales ha pretendido dar pasos en esa dirección y ha introducido algunas cuestiones de relevancia en el Derecho de la Unión Europea, sin embargo, está aún por entrever si son o no acertados los postulados que defiende”.

En el mismo sentido, MOLINA NAVARRETE¹⁴ afirma que tal Directiva asegura un conjunto de garantías de mínimos para la protección efectiva de los derechos e intereses de las personas afectadas, y además, ante una primera lectura, establece límites a la actuación de los Estados miembros.

A continuación, se analizarán las demás disposiciones de la Directiva en cuestión con el objetivo de determinar la existencia o no de vulneración de los derechos fundamentales de los inmigrantes irregulares. Por ahora, cabe decir que la solución no es cerrar las fronteras de la UE, sino regular y gestionar eficazmente los flujos migratorios, no olvidándose del respeto al Sistema Universal y Regional de los Derechos Humanos.

3.1- LA ESTANCIA ILEGAL

Los artículos 6 a 11, de la Directiva, estructuran un sistema para la finalización de la estancia irregular. Este sistema estipula que la estancia irregular se finaliza con la decisión de retorno, que podrá ser expedida por acto administrativo de cualquier Estado miembro o resolución judicial, y que afectará al nacional del tercer Estado que se encuentre irregularmente en su territorio.

3.1.1- Salida Voluntaria

¹⁴ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “Un nuevo fantasma recorre Europa: la Directiva de retorno y la Propuesta de Directiva del tiempo de trabajo interminable”. *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 305-306, agosto-septiembre 2008, pp. 65-132, p. 83.

La duración del plazo de salida voluntaria oscilará entre 7 y 30 días¹⁵, permitiendo a los Estados miembros conceder esta posibilidad únicamente a petición del extranjero interesado¹⁶. El plazo para la salida voluntaria, conforme al Considerando 10, debe concederse en un período razonable y atender a las circunstancias del caso concreto, así como deben contemplarse medidas de fomento de este retorno, sea a través de la facilitación de la asistencia y asesoramiento, sea mediante financiación por el Fondo Europeo para el Retorno.

Es posible la prórroga del referido plazo para que el inmigrante irregular salga voluntariamente del territorio¹⁷. En caso de prórroga, esta puede hacer que el extranjero esté en libertad vigilada, con el fin de que cumpla ciertas obligaciones para evitar el riesgo de fuga como: la obligación de presentarse periódicamente a las autoridades; el depósito de una fianza adecuada; la retención de documento; la obligación de permanecer en un lugar determinado.

3.1.2- Expulsión

Si el extranjero no se ha marchado voluntariamente en el plazo concedido, se iniciará el procedimiento de expulsión, que incluso podrá realizarse por medio de los vuelos conjuntos al país de origen, a uno de tránsito con el que exista acuerdo de readmisión comunitario o bilateral, o a tercer país

¹⁵ PÉREZ SOLA advierte que el plazo para la salida voluntaria puede ser inferior a siete días o simplemente no concedido por el Estado miembro cuando haya riesgo de fuga del extranjero o se desestime la solicitud de residencia regular por ser notoriamente infundada o fraudulenta; o si el inmigrante es un riesgo para la seguridad pública, el orden público o la seguridad nacional. Tales efectos provienen de la cláusula de orden público que supone una excepción al régimen general y que agrava las consecuencias de la decisión de retorno forzoso. *Vid.* PÉREZ SOLA, Nicolás. “La Directiva de Retorno y la involución en la Europa de los derechos”. Disponible en: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/25/23>. Acceso en 12 de marzo de 2012.

¹⁶ En este caso, VILACHÁ DOMÍNGUEZ y PARDO GONZÁLEZ consideran fundamental que se comunique al inmigrante irregular la existencia de esta posibilidad. *Vid.* VILACHÁ DOMÍNGUEZ, Lara/ PARDO GONZÁLEZ, Miguel. “La evolución normativa en materia de expulsión. La nueva directiva comunitaria en materia de retorno”. *Diario la Ley*, nº 7067, Sección Doctrina, 1 diciembre 2008, Año XXIX, pp. 1-22, p. 18.

¹⁷ La prorrogación del plazo de salida voluntaria durante un tiempo prudencial en determinadas circunstancias, como la existencia de niños escolarizados y la existencia de otros vínculos familiares o sociales, conforme a lo establecido por el artículo 7.2 de la Directiva, es, para PAVÓN PÉREZ, una cláusula de salvaguardia de los inmigrantes irregulares. *Vid.* PAVÓN PÉREZ, Juan Antonio, op. cit., p. 129.

voluntariamente elegido. Según PASCUAL VIVES¹⁸, el retorno forzoso debe ser utilizado como una solución excepcional que requiere una instrumentalización respetuosa y compatible no únicamente con la preferencia por la obligación de readmitir a los nacionales, sino también con las normas internacionales que sistematizan la protección de los derechos fundamentales.

El problema es que la expulsión no será solamente judicial, pues la Directiva determina que también podrá darse mediante una decisión administrativa del Estado miembro, así como por cualquier acto independiente por el que se la ordene. De ser así, conforme al CEDH, sería indiscutible que la desjudicialización de la expulsión viola los derechos fundamentales de los extranjeros.

Es esencial subrayar que la decisión de expulsión no puede dirigirse a quienes tengan un permiso de residencia válido u otra autorización que confirme el derecho de estancia expedido por otro Estado miembro; a nacionales de un tercer país, si otro Estado miembro se hace cargo de ellos a causa de los acuerdos o convenios bilaterales, y por razones humanitarias o de otro tipo; a nacionales de terceros países que sean miembros de las familias de los ciudadanos de la UE que hayan ejercido su derecho a la libre circulación dentro de la UE; tampoco a nacionales de terceros Estados que han solicitado la renovación de su permiso de residencia hasta que finalice el procedimiento pendiente¹⁹. Fuera de estos supuestos, la Directiva no impide que los Estados puedan dictar decisiones de retorno, de expulsión o una prohibición de entrada, desde que así lo disponga su Derecho interno, y en conformidad con las garantías procesales de la Directiva u otras establecidas por el Derecho comunitario y nacional.

Como último recurso, la Directiva prevé el uso de medidas coercitivas, determinando que su aplicación deberá ser de forma proporcionada y conforme

¹⁸ PASCUAL VIVES, Francisco José. "La articulación convencional de una política comunitaria de retorno para los residentes irregulares". En: FERRER LLORET, Jaume/ SANZ CABALLERO, Susana (editores). *Protección de Personas y Grupos Vulnerables. Especial Referencia al Derecho Internacional y Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 255-296, p. 266.

¹⁹ En conformidad con la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, no se debe considerar que el nacional de un tercer país que haya solicitado asilo en un Estado miembro reside irregularmente en el territorio del Estado de la UE hasta que no sea aplicable una decisión de denegación de la solicitud, o que ponga fin a su derecho de residencia como solicitante de asilo.

a la legislación nacional, con los derechos fundamentales, con la dignidad y la integridad física del inmigrante. La Directiva se refiere a la legislación nacional porque concede competencia a los Estados miembros para que creen un sistema eficaz de control del retorno forzoso.

Existen circunstancias que pueden generar el aplazamiento de la expulsión: cuando un recurso judicial, que depende del ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, tenga efectos suspensivos sobre la expulsión; cuando el estado físico o mental del extranjero no se lo permita; cuando ocurra, por razones técnicas, la falta de capacidad de transporte o la imposibilidad de ejecutar la expulsión por falta de identificación del inmigrante; cuando la expulsión viole el principio de no devolución. Hay que decir que la previsión de la Directiva de aplazar la expulsión en los casos en que viole el principio de no devolución es irrazonable, pues cuando una expulsión viola una norma internacional de no expulsión no parece coherente aplazarla, sino que se debe respetar toda la integridad del principio, no ejecutando la decisión de expulsión.

Otro punto regulado por la Directiva se relaciona con la prohibición de entrada del extranjero expulsado, que no podrá ser arbitraria sino que deberá atender a las circunstancias del caso concreto²⁰ y, en principio, su vigencia no excederá a cinco años. El plazo de cinco años podrá superarse si el inmigrante representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional²¹. Asimismo, será posible la retirada y la suspensión de la prohibición de entrada por motivos humanitarios.

Incluso, si un Estado miembro pretende conceder un permiso de residencia u otra autorización que confiera un derecho de estancia a un inmigrante que esté sujeto a una prohibición de entrada impuesta por otro

²⁰ En los casos en que no haya sido necesaria la expulsión, se dan más facilidades al reingreso, incentivando de esta forma el retorno.

²¹ PÉREZ SOLA opina que el plazo de cinco años de prohibición de entrada es gravoso para "quien tiene ya un largo periplo migratorio". Él también defiende que el plazo superior a cinco años se refiere a una imprecisa referencia a la amenaza grave, lo que provoca el predominio de la inseguridad frente a la libertad y a garantía de los derechos en la UE. *Vid.* PÉREZ SOLA, Nicolás, op. cit., p. 6.

MOLINA NAVARRETE, en el mismo sentido, manifiesta que la duración de la prohibición de entrada es una sanción adicional para el inmigrante irregular, quien no haya retornado voluntariamente, como un ejemplo más de la criminalización del fenómeno migratorio, y además representa una medida de incentivo al retorno voluntario, que reduce los riesgos y costes de gestión de estos procesos. *Vid.* MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, op. cit., p. 100.

Estado miembro, antes de expedirla deberá consultar al Estado miembro que haya decretado la prohibición de entrada.

3.2- LAS GARANTÍAS PROCESALES

Los artículos 12 a 14, de la Directiva de Expulsión, regulan las garantías procesales. Pero, en este apartado, hay diversas normas que violan el sentido de los derechos fundamentales²².

3.2.1- Forma

En relación con la forma de las decisiones de retorno, de prohibición de entrada y de expulsión, la Directiva estipula que deberán ser expedidas por escrito, contener los fundamentos de hecho y de derecho, e informar sobre las vías adecuadas de recurso.

Sin embargo, la Directiva, en su artículo 12²³, no garantiza el derecho fundamental a la información que concierne a todas las personas sin distinción de nacionalidad, conforme a lo consagrado en el artículo 6.3.a del CEDH, cuando prevé la posibilidad de limitaciones a la información de los motivos y fundamentos de hecho que conforman la decisión de retorno, prohibición de entrada y expulsión, acogiéndose a las restricciones determinadas en la legislación de cada Estado miembro para su protección nacional.

Incluso, de conformidad con el derecho fundamental de no distinción por nacionalidad, cualquier ciudadano, incluido los extranjeros tanto en situación regular como irregular, que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva, podrá disfrutar del derecho a la gratuidad de la justicia si no tiene recursos suficientes para litigar. En cambio, la Directiva define que la justicia gratuita y la representación procesal deberán cumplirse de acuerdo con los requisitos de forma o de fondo que están estipulados en las legislaciones nacionales procesal y de justicia gratuita, así como el asesoramiento jurídico, la

²² La Directiva no respeta los artículos 5, 6 y 13 del CEDH y los artículos 19, 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

²³ Esta disposición define que: "1. La información sobre los fundamentos de hecho podrá sujetarse a limitaciones en los casos en que el Derecho nacional permita la restricción del derecho de información, en particular para salvaguardar la seguridad nacional, la defensa, la seguridad pública y para la prevención, investigación, detección y persecución de delitos".

representación y la asistencia de intérprete también deberán integrarse con las legislaciones internas de los Estados miembros²⁴.

A parte de ello, la Directiva en cuestión establece que el extranjero puede requerir al Estado miembro una traducción escrita u oral de los principales elementos de la decisión, así como informaciones sobre las vías de recurso en una lengua que él pueda comprender o que puede suponerse razonablemente que él comprenda. Es indudable la inseguridad jurídica del inmigrante ante tal situación, porque solamente tendrá acceso a la decisión traducida y a las informaciones sobre los recursos apropiados, en caso de que las solicite; sin embargo, todo esto debería serle proporcionado sin su previa petición.

En lo que se refiere a la posibilidad de que la traducción sea en una lengua que el inmigrante entienda o que se supone que él entienda, VILACHÁ DOMÍNGUEZ y PARDO GONZÁLEZ²⁵ afirman que esta disposición evita la inseguridad jurídica que se puede producir en el caso en que el interesado no manifieste cuál es su nacionalidad, su idioma, siendo prudente informarle en una lengua que él pueda comprender o que puede suponerse que él

²⁴ SORROZA BLANCO subraya que la asistencia jurídica para las personas sin recursos fue uno de los puntos más controvertidos en las negociaciones. Al final, se estableció que esta asistencia sería obligatoria pero con la posibilidad de que los Estados miembros limitasen su acceso según las normas establecidas en la Directiva sobre asilo. Además, para ello, se desbloquearían parte de los recursos del Fondo Europeo para el Retorno 2008-2013, ya que hasta el setenta y cinco por ciento de estos gastos podrían cofinanciarse con cargo al mismo. En paralelo, la Directiva estipula, en su artículo 19, que en el año 2013 la Comisión habrá de evaluar el impacto financiero y administrativo adicional que ocasionará a los Estados miembros la concesión de asistencia jurídica gratuita a los inmigrantes irregulares. *Vid.* SORROZA BLANCO, Alicia. "Crónica de una controversia anunciada: la Directiva Europea de Retorno de inmigrantes en situación ilegal". Disponible en: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/26/24>. Acceso en 13 de febrero de 2012.

Acerca del Fondo Europeo para el Retorno, período 2008-2013, es importante aclarar que fue creado por la Decisión 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007. El objetivo general del Fondo es apoyar los esfuerzos realizados por los Estados miembros para mejorar la gestión del retorno en todas sus dimensiones a través de la disposición de lo necesario para que los Estados miembros puedan perseguir los objetivos comunitarios. Asimismo, la Decisión 2007/837/CE, por la que se aplica la Decisión 575/2007/CE, en la prioridad 4 de su anexo, confirma que la contribución comunitaria podrá incrementarse hasta un setenta y cinco por ciento para las acciones que garanticen una aplicación justa y eficaz de las normas comunes sobre retorno a los Estados miembros. De ello proviene la posibilidad de que la asistencia jurídica gratuita pueda ser cofinanciada hasta un setenta y cinco por ciento con cargo al Fondo Europeo para el Retorno. Conviene destacar que la Comisión, de forma solidaria, se compromete a ayudar a los Estados miembros a buscar maneras de atenuar la carga financiera resultante de la asistencia jurídica gratuita. Así, habrá que esperar a verificar si, en realidad, los gastos comprometidos serán los verdaderamente ejecutados o no.

²⁵ VILACHÁ DOMÍNGUEZ, Lara/ PARDO GONZÁLEZ, Miguel, op. cit., p. 20.

comprenda. Por supuesto que en la circunstancia en que no se sepa la nacionalidad, y, consecuentemente, cuál es el idioma del extranjero, la citada previsión sería coherente. No obstante, en otras situaciones, la posibilidad de que la comunicación sea oral y en una lengua que el extranjero entienda o que se supone que él entienda, genera inseguridad jurídica porque la comunicación debería ser solamente escrita y en la lengua del inmigrante, para que se pueda tener la certeza de que él va a comprenderla.

Otra inseguridad jurídica es identificada cuando la Directiva determina la opción por no proporcionar una traducción a quienes hayan entrado irregularmente en territorio de un Estado miembro y no hayan obtenido autorización o derecho a permanecer en él, siendo posible en este caso efectuar la notificación de las decisiones de retorno a través de un formulario normalizado por la legislación nacional de tal Estado. Esta restricción se funda claramente en un concepto jurídico indeterminado y desde luego es de dudosa aplicabilidad.

3.2.2- Garantías a la espera del retorno

La Directiva fija que los Estados miembros custodiarán, con excepción de las situaciones cubiertas por los artículos 16 (condiciones del internamiento) y 17 (internamiento de menores y familias), a los nacionales de terceros países durante el plazo para la salida voluntaria y durante los períodos de aplazamiento de la expulsión, teniendo en cuenta, en la medida de lo posible, los principios de: mantenimiento de la unidad familiar; prestación de atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades; acceso para los menores al sistema de enseñanza básica, según la duración de su estancia; consideración de las necesidades especiales de las personas vulnerables.

A partir de este apartado, VILACHÁ DOMÍNGUEZ y PARDO GONZÁLEZ²⁶ resaltan la preocupación del legislador comunitario por el inmigrante que se encuentra a la espera del retorno, determinando que el Estado miembro, siempre que pueda, preste una asistencia mínima.

²⁶ VILACHÁ DOMÍNGUEZ, Lara/ PARDO GONZÁLEZ, Miguel, op. cit., p. 21.

En sentido contrario, AGUELO NAVARRO y CHUECA SANCHO²⁷ argumentan que como los Estados miembros prestarán asistencia, en la medida de lo posible, podrán hacer en esta materia todo lo que quieran, salvo someter a estas personas a tratos crueles, inhumanos o degradantes, y además junto a la posibilidad de hacer, está la de no hacer, mediante la excusa de que no es posible o formando otra disculpa semejante.

3.2.3- Vías de Recurso

Si es importante la forma en que se comunica la decisión al extranjero, no lo es menos su derecho a interponer recurso efectivo para que la revise. Incluso, la jurisprudencia comunitaria es constante al exigir la posibilidad de interponer recurso contra las decisiones de los Estados miembros. Por lo demás, el recurso debe ser eficaz, de modo que la decisión no se ejecute de forma inmediata en perjuicio del recurrente.

Lo increíble es que la Directiva posibilita que el recurso sea interpuesto tanto ante órganos judiciales como ante autoridades administrativas u otros órganos competentes. El órgano ante el que se recurre será competente para revisar las decisiones relacionadas con el retorno y puede suspender temporalmente su ejecución, salvo cuando la suspensión temporal sea ya de aplicación en virtud de la legislación nacional, lo que comprueba la arbitrariedad de la conducta del órgano.

Igualmente, la Directiva prevé que el inmigrante podrá tener asesoramiento jurídico, representación y, en su caso, asistencia lingüística. Ante la posibilidad del asesoramiento jurídico, representación y asistencia lingüística, es innegable la inseguridad jurídica de esta norma, pues si el extranjero puede utilizar estas prerrogativas indispensables en un proceso, sin ellas, el inmigrante no ejercerá efectivamente el derecho a defenderse.

Por lo tanto, es evidente que este apartado no atiende al derecho humano del extranjero (artículo 5 CEDH) al privarle de los elementos necesarios para llevar a cabo su derecho de defensa, pues la ausencia del derecho a ser conducido ante un juez, a ser juzgado en un plazo razonable, a

²⁷ AGUELO NAVARRO, Pascual / CHUECA SANCHO, Ángel. "Directiva de retorno...", op. cit., p. 150.

ser informado de los motivos de la privación de la libertad o de la decisión de retorno o expulsión, vulneran el contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas. De igual modo, es imposible defenderse de algo si ni siquiera se sabe de qué se le acusa, e inviable que, al estar sometido a los elementos señalados, se pueda ejercitar en toda su extensión el derecho que le asiste a interponer recurso contra las decisiones de retorno, junto con el derecho a la defensa y asistencia de letrado.

Así las cosas, en estos preceptos, se verifica la relativización del principio de la seguridad jurídica, principio este esencial para que tenga el respeto a los derechos fundamentales, ya que la seguridad jurídica es la garantía del reconocimiento y disfrute de las libertades de los individuos.

3.3- EL INTERNAMIENTO A EFECTOS DE EXPULSIÓN

Los artículos 15 a 18 reglamentan el internamiento a efectos de expulsión. Sin duda es el punto de la Directiva que más afecta a los derechos fundamentales²⁸ de los inmigrantes irregulares, pues su intencionalidad es imponer el internamiento como norma, y no como excepción, lo que contradice la protección del derecho a la libertad y la seguridad personal, que es un derecho fundamental, inseparable del concepto de dignidad de la persona humana.

La Directiva, con el único objetivo de preparar el retorno o la ejecución del proceso de expulsión, estipula que tal medida será aplicada, especialmente, cuando haya riesgo de fuga, o cuando el extranjero dificulte o evite la preparación del proceso de retorno o expulsión. El inconveniente es que la norma es abierta, pues define que ocurrirá el internamiento especialmente cuando se dé alguna de estas hipótesis, pero no especifica el momento en que se produce alguna de ellas.

Una vez más, la Directiva genera inseguridad jurídica al determinar que el internamiento será decidido por las autoridades administrativas o judiciales²⁹. Ciertamente, la desjudicialización de la decisión de internamiento no respeta

²⁸ La directiva no respeta los artículos 5, 6, 8, 13 y 14 del CEDH y los artículos 19, 20 y 21 de la CDFUE.

²⁹ PÉREZ SOLA entiende que este internamiento es insostenible, pues se trata de una pena de privación de libertad que será decidida por las autoridades administrativas o judiciales, y cuya consecuencia inmediata es que permite que el internamiento pueda ser acordado sin intervención judicial. *Vid.* PÉREZ SOLA, Nicolás, op. cit., p. 9.

los derechos fundamentales de los inmigrantes; no obstante, para que la desjudicialización no fuera total, la Directiva estipuló que, cuando el internamiento sea ordenado por una autoridad administrativa, los Estados miembros dispondrán del control judicial decidiendo lo más rápidamente posible sobre la legalidad del internamiento³⁰, o informarán al nacional de un tercer país de su derecho de comenzar un procedimiento para que se someta a control judicial la legalidad de su internamiento, lo que deberá ser decidido de forma rápida³¹.

La revisión del internamiento será posible cuando así lo solicite el extranjero o de oficio, y a intervalos razonables. Asimismo, las revisiones de los plazos de internamiento prolongado serán supervisadas por una autoridad judicial. Por ello, se observa que la revisión del internamiento también perjudica los derechos fundamentales del extranjero, pues la revisión a intervalos razonables dependerá de su solicitud, y además la revisión solo será judicial cuando los internamientos sean prolongados. Cabe destacar que no hay un concepto determinado acerca de la duración del internamiento para que se considere un plazo como prolongado o no.

Si el internamiento es ilegal, la Directiva señala que el extranjero debe ser liberado inmediatamente. El inmigrante inexpulsable, que fuera internado, también será liberado de inmediato a partir del momento en que no exista más la perspectiva razonable de expulsión, por motivos jurídicos o por otras consideraciones, pues el internamiento dejará de estar justificado.

Respecto a la duración del internamiento, este será lo más corto posible y cada Estado miembro fijará en su legislación nacional un período limitado de internamiento que no podrá superar los seis meses³². El Estado miembro, de

³⁰ La crítica que se hace se refiere a la falta de determinación de plazos para este control judicial.

³¹ La Propuesta de Directiva estipulaba que, como regla general, las órdenes de internamiento temporal serían expedidas por las autoridades judiciales. Solamente en los supuestos de urgencia, las órdenes de internamiento temporal podrían ser dictadas por autoridades administrativas, pero deberían ser confirmadas por las autoridades judiciales en un plazo de setenta y dos horas desde el inicio del internamiento temporal.

³² Según SORROZA BLANCO, la Directiva únicamente concierne a los Estados miembros que carecen de un período máximo de retención: Dinamarca, Estonia, Finlandia, Lituania, Países Bajos, Reino Unido y Suecia. Esto quiere decir que la Directiva considerada no alcanzaría una verdadera armonización entre todos los Estados de la UE, pues solamente afectaría en forma significativa a siete de los veinte y siete Estados miembros. La crítica hecha por ella es que los demás Estados miembros pueden decidirse por extender y acercarse al máximo previsto por la Directiva en esta materia y armonizar aún más restrictivamente sus legislaciones, ya que en el

acuerdo con el artículo 15.6, podrá prorrogar tal plazo por un período limitado no superior a doce meses más, con arreglo a la legislación nacional, si tal Estado ha hecho todos los esfuerzos razonables posibles, pero el nacional de tercer país no ha cooperado o por demoras en la obtención de la documentación necesaria que deban expedir terceros países.

Para VILACHÁ DOMÍNGUEZ y PARDO GONZÁLEZ³³, si la operación de expulsión tiene que prolongarse como consecuencia de la falta de cooperación del inmigrante o por la demora en la obtención de la documentación necesaria que deberían expedir terceros países, estos son motivos que justifican el mantenimiento del internamiento. En otro sentido, AGUELO NAVARRO y CHUECA SANCHO³⁴ alegan que pueden ser muchas las causas de la demora en la obtención de la documentación por parte de los terceros Estados como: la inexistencia de registros; el mal funcionamiento de la administración; la corrupción; la persecución al extranjero en situación irregular; etc. Así que son causas de las cuales el afectado no es responsable, e incluso en algunas de ellas el inmigrante puede ser doblemente víctima, de su Estado de origen (cuyas autoridades no lo documentan o lo documentan de modo falso) y del Estado de recepción.

De manera general, tres problemas son identificables: las posibilidades de prórroga del plazo de internamiento son discrecionales; la duración de la supresión de la libertad puede ser de hasta dieciocho meses; la ampliación del plazo la decide cualquier órgano competente del Estado miembro y no su autoridad judicial.

Por todo ello, se concluye que el plazo de tiempo del internamiento, reglamentado en la Directiva, es una privación real y efectiva de libertad. Se trata además, de una pena absolutamente desproporcionada, ya que supera incluso las penas impuestas por conductas punibles de algunos delitos.

texto de la citada Directiva no se prohíbe su aplicación para justificar la adopción de disposiciones menos favorables a los inmigrantes irregulares. *Vid.* SORROZA BLANCO, Alicia, op. cit., p. 6; 9.

MOLINA NAVARRETE, al contrario, sostiene que la Directiva no tiene la pretensión de servir para modificar a la baja la legislación ya vigente en los Estados miembros y en el Derecho internacional. Por ello, la Directiva debe ser interpretada como una cláusula prohibitiva de su uso regresivo. *Vid.* MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, op. cit., p. 94; 97.

³³ VILACHÁ DOMÍNGUEZ, Lara/ PARDO GONZÁLEZ, Miguel, op. cit., p. 21.

³⁴ AGUELO NAVARRO, Pascual / CHUECA SANCHO, Ángel. "Directiva de retorno...", op. cit., p. 154.

Además, por vía de sanción administrativa se limita un derecho fundamental tan esencial como la libertad, en muchos casos sin un control judicial inmediato, quedando discrecionalmente aplazada la duración del internamiento³⁵.

Conviene recordar que cualquier política de inmigración debe respetar los derechos universalmente aceptados de los inmigrantes como la prohibición de las expulsiones colectivas; el pleno control judicial de las expulsiones y de los retornos; las garantías de defensa efectiva; el trato humano y digno durante el proceso de expulsión y retorno y la no criminalización de las personas migrantes por su situación irregular. Sin embargo, parece muy difícil compaginar el texto de la Directiva con las obligaciones que los Estados miembros de la UE han asumido hasta ahora.

3.3.1- Las condiciones del internamiento

El artículo 16 de la Directiva regula las condiciones del internamiento, estableciendo que deberá realizarse en centros especializados, al menos que el Estado miembro tenga que recurrir a un centro penitenciario. En esta situación, los nacionales de terceros Estados sujetos al internamiento deberán estar separados de los “presos ordinarios”³⁶.

No obstante, no está prevista una forma de controlar si tal Estado miembro, realmente, no puede internar a los extranjeros que deben ser expulsados en centros especializados o si los recluye en los centros penitenciarios para criminalizarlos todavía más. Asimismo, en cuanto a las instituciones penitenciarias, hay el riesgo de la aplicación a los inmigrantes irregulares de un régimen disciplinario elaborado para quienes han sido objeto de condena penal por conductas delictivas, lo que es inaceptable, ya que estos extranjeros no cometieron delito alguno.

³⁵ En la Propuesta de Directiva, el plazo máximo del internamiento era de seis meses con revisión judicial mensual. En el Parlamento Europeo se intentó rebajar a un período de tres meses prorrogables por otros tres, pero esta alternativa no tuvo éxito, sino que se ha aumentado el plazo debido a un acuerdo celebrado entre todos los Estados miembros, originando la previsión contenida en la Directiva de la Vergüenza.

³⁶ Utilizar la expresión “presos ordinarios” es totalmente equivocado para hacer la distinción respecto de los inmigrantes internados, porque no garantiza un trato diferenciado a ellos; al contrario, da a entender que los extranjeros internados son “presos especiales”, ya que es el adjetivo opuesto al concepto de “presos ordinarios”.

Una previa clarificación en el texto de la Directiva respecto de los centros de internamiento destinados a inmigrantes irregulares, y precisar su régimen interno y el control judicial durante el internamiento, son cuestiones fundamentales que deberían haber sido previstas para una mejor interpretación y aplicación de esta Directiva. Incluso, no se puede olvidar que la cualidad de los centros de internamiento y sus instalaciones son indispensables para lograr un trato humano a las personas que allí están.

Por lo demás, la Directiva considerada garantiza la información relativa a las normas del centro de internamiento, sus derechos y obligaciones, pero no asegura que en estos centros los inmigrantes tengan reconocidos derechos fundamentales de prestación como: servicios sanitarios; sociales; culturales; entre otros. La Directiva se compromete a prestar particular atención a la situación de las personas vulnerables, sin embargo, de forma incoherente, su artículo 16.3 dispensa la atención sanitaria de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades a estas personas³⁷.

Su artículo 16 autoriza al interno, previa petición, a que entre en contacto oportuno con sus representantes legales, con su familia y con las autoridades consulares de su país. Pero como la norma determina que estos derechos solo serán efectivos con la previa petición del inmigrante, se observa que la disposición no garantiza los derechos básicos de toda persona privada de libertad, ni el momento en que puedan ejercerlos. En paralelo, permite ante autorización previa, sin especificar si judicial o administrativa, y si fuera en caso negativo si cabría recurso, la visita de las Organizaciones internacionales y no gubernamentales.

3.3.2- El internamiento de menores no acompañados y de familias con menores

La Convención de los Derechos del Niño (CDN), aprobada el 20 de noviembre de 1989³⁸, es un Tratado internacional que estructura la protección y el desarrollo de la infancia, estipulando que los Estados miembros deberán

³⁷ En la opinión de MOLINA NAVARRETE, este es uno de los puntos más criticables de la Directiva a causa de su debilidad protectora y de su incertidumbre extrema. *Vid.* MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, op. cit., p. 100.

³⁸ Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

respetar los derechos enunciados en ella y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción. De esta forma, su articulado recoge los derechos y las obligaciones de los niños, y les reconoce a todos ellos como sujetos de derecho, sin que quepa discriminación alguna³⁹.

La vida privada del menor, su derecho a la dignidad e individualidad fundamentales, son protegidos por el artículo 16 de la CDN. La base para otros principios relacionados con el desarrollo, que debe ampliarse a las facultades cognitivas, sociales, afectivas, físicas y morales del niño están previstos en el artículo 6 de la CDN, completado por el artículo 7 que afirma la función de la educación en el desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del menor.

Para garantizar los derechos de los niños, todas las políticas relacionadas con la infancia deben tener como objetivo el interés principal del menor⁴⁰. El artículo 3 de la CDN exige que el interés superior del niño sea el elemento principal en cualquier medida que le afecte, así que el retorno solo sería posible para reagruparlo con su familia o para disfrutar de la adecuada protección concedida por las instituciones de menores de su país⁴¹. Con la misma idea, el artículo 9 prohíbe que el menor sea separado de sus padres.

En el ámbito de la UE, la protección de los niños se enmarca en el Consejo de Europa y en el Parlamento Europeo. El primero considera a los niños como destinatarios de las normas sobre derechos fundamentales recogidos en los sistemas europeos, como el CEDH⁴². Del segundo, emanan

³⁹ Para la aplicación de la CDN, MARTÍN PÉREZ acredita que es: "... totalmente necesario el mismo conocimiento de la CDN, como compendio de derechos y valores básicos que es, sobre todo para los beneficiarios directos de la misma y representan las nuevas generaciones de nuestra sociedad". *Vid.* MARTÍN PÉREZ, Alma. "La participación infantil como forma de protección y garantía de los Derechos de la infancia". En: FERRER LLORET, Jaume/ SANZ CABALLERO, Susana (editores). *Protección de Personas y Grupos Vulnerables. Especial Referencia al Derecho Internacional y Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 83-132, p. 84.

⁴⁰ Tanto las autoridades públicas como las instituciones privadas deben siempre ocuparse y de forma primordial del interés superior del niño, conforme a lo que regula la CDFUE, artículo 24. Así, este interés debe existir tanto en el caso de la expulsión de menores como en el caso de la expulsión de mayores que puedan dejar desamparados a niños, ya que esta circunstancia puede ocasionar la ruptura de la unidad familiar. *Vid.* CHUECA SANCHO, Ángel G. "El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 1, noviembre 2002, pp. 9-36, p. 24.

⁴¹ RUÍZ LEGAZPI, Ana. "Algunas reflexiones en torno a la expulsión y repatriación de menores extranjeros". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5, marzo 2004, pp. 293-303, p. 296.

⁴² DÍAZ BARRADO y HERNÁNDEZ IBÁÑEZ aseguran que a pesar de que la infancia no sea una materia propia y específica de la UE, esto no quiere decir que los derechos de los niños se

importantes resoluciones como: la Resolución referente a la CDN de 1990; la Resolución sobre el cuidado de los niños y la igualdad de oportunidades; la Resolución sobre los problemas de los niños en la Comunidad Europea (CE) de 1991; la Resolución sobre una Carta Europea de Derechos del Niño de 1992; la Resolución sobre la diversidad cultural y los problemas de la educación escolar de los hijos de inmigrantes en la CE de 1992; la Resolución sobre medidas de protección de menores en la UE y la Resolución sobre los derechos del niño de 1997. No obstante, es indiscutible que la normativa internacional reguladora de la protección del menor es el principal condicionante de todo el régimen comunitario, por lo que de modo expreso se remite a ella para interpretar el texto de la Directiva.

Primeramente, cabe apuntar que MOLINA NAVARRETE⁴³ defiende que la Directiva determina un régimen de garantías especiales para las familias con menores y para los menores no acompañados. Acerca de las familias con menores, este autor⁴⁴ afirma que la Directiva garantiza un mínimo espacio para el trato digno al prever el derecho a la intimidad y también la atención social a las familias. En relación con los menores no acompañados. Asimismo, asegura que la Directiva los protege cuando define: el internamiento en un alojamiento institucional, como una excepción y por el menor tiempo posible, con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad; la intervención de un servicio adecuado distinto de las autoridades que hacen cumplir el retorno; la garantía de que el menor, al ser expulsado, será entregado a un miembro de la familia, a un tutor previamente designado o a unos servicios de recepción adecuados en el Estado de retorno. A partir de ello, se pasa a examinar tales argumentaciones con el fin de verificar si la Directiva realmente respeta los intereses de los niños.

encuentren desprotegidos en la UE. Ellos afirman que tampoco cabría deducir que no se contemplan, en la acción normativa de la Unión, aquellas situaciones que puedan afectar a los menores. Paralelamente, estos autores subrayan la adopción por el Parlamento Europeo de varias resoluciones en materia de infancia y diversos posicionamientos comunitarios que, en consecuencia de la regulación de determinadas materias de competencia comunitaria, han propiciado o contemplan una protección especial a los niños. *Vid.* DÍAZ BARRADO, Cástor M. / HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen. "La protección del niño en el ámbito Europeo (Derecho europeo y ordenamiento jurídico español)". En: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. / FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (dirección y coordinación). *La Protección de las Personas y Grupos Vulnerables en el Derecho Europeo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp. 187-234, p. 206; 209.

⁴³ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, op. cit., p. 102.

⁴⁴ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, op. cit., p. 102.

En su artículo 17, la Directiva determina que los menores no acompañados y las familias con menores serán internados como último recurso y por el menor tiempo posible. Esta previsión es contraria al artículo 5, d, del CEDH, pues tal precepto determina que el menor solamente podrá ser privado de su libertad con el propósito de educarlo, o con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

La Directiva de Retorno posibilita el regreso y la expulsión del menor no acompañado, según el principio del interés superior del niño, lo que obliga al Estado a garantizar que el menor será entregado a un miembro de su familia, a un tutor previamente elegido o a unos servicios de recepción adecuados en el Estado de retorno. Pero, es importante subrayar que la Directiva se abstuvo de determinar cuáles son los servicios de recepción adecuados, y tal definición es indispensable para la evaluación del interés superior del menor. Tal interés tampoco será garantizado, ya que no se tiene el conocimiento de la obligatoriedad de escolarización infantil, ni el nivel de protección de los derechos humanos en países a los que los niños puedan ser retornados, en virtud de acuerdos de cooperación.

También dispone, la referida Directiva, que mientras se produce el retorno se tiene que facilitar alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad a las familias internadas en espera de expulsión. A los menores internados, estén acompañados o no, se les dará la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluidos juegos y actividades recreativas adecuados a su edad y, dependiendo de la duración de su estancia, tendrán acceso a la educación. En relación con los menores no acompañados, se les facilitará, en la medida de lo posible, alojamiento en instituciones con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad. No obstante, aunque la Directiva determine que el menor estará en un alojamiento separado para la familia o que estará en una institución con personal e instalaciones que atiendan a sus necesidades, que tendrá acceso a la educación, al juego, a las actividades recreativas, es evidente que esta normativa no atiende al artículo 2 CDN⁴⁵, y consecuentemente no prioriza el

⁴⁵ Esta normativa define que: "1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la

interés superior del niño porque cuando lo somete a medidas de internamiento, lo castiga por su situación irregular y lo discrimina. Al mismo tiempo, es necesario destacar que la Directiva no garantiza que los menores no sean internados en centros penitenciarios.

Por todo ello, la previsión del internamiento de los menores es muy cuestionada por la doctrina. PÉREZ SOLA⁴⁶ expone algunas razones en contra del texto de la Directiva, lo cual minora la posición jurídica del niño inmigrante en situación irregular. Él⁴⁷ argumenta, primeramente, que la Directiva fue más allá de lo previsto en la Propuesta de Directiva, ya que en esta no se contemplaba el internamiento del menor. Otro problema es que el acceso a la educación en centros de internamiento no está plenamente garantizado, ni tampoco la asistencia jurídica tiene una concepción obligatoria. Además, el mencionado autor⁴⁸ lamenta la posibilidad de la expulsión o del retorno del menor a un tercer Estado sin las mínimas garantías para el niño⁴⁹.

De lo expuesto, se constata que la Directiva de Retorno no respeta los derechos fundamentales de los menores, contenidos en varios instrumentos jurídicos tanto internacionales como regionales.

4- CONCLUSIÓN

opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

⁴⁶ PÉREZ SOLA, Nicolás, op. cit., p. 5.

⁴⁷ Id.

⁴⁸ PÉREZ SOLA, Nicolás, op. cit., p. 5.

⁴⁹ ORTEGA GIMÉNEZ y LÓPEZ ÁLVAREZ reflexionan lo siguiente sobre la Directiva y los derechos del niño: “La Directiva (art. 10.2) objeto de debate en el presente trabajo contraría no sólo el artículo 39.4 Constitución Europea, sino las propias normas de desarrollo anteriormente citadas, al permitir expulsiones de menores por infracciones administrativas, llegando incluso a consentir que el Estado miembro lo expulse a un país que no es el de origen (Estado de retorno), o a unos servicios de recepción adecuados, sin concretar cuáles son las garantías que permiten denominarlos de ese modo, teniendo en cuenta que el origen nacional de los padres de esos niños demuestra a todas luces que esos servicios de recepción son insuficientes, ineficaces, y en algún supuesto inexistentes. La vulneración, por tanto, de este precepto constitucional, y de las normas que amparan los derechos del niño es palmaria, y demuestra una postura involucionista por parte de la UE en materia de inmigración”. *Vid.* ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso/ LÓPEZ ÁLVAREZ, Antonio, op. cit., p. 4.

A causa de la selección de la inmigración por la UE, muchos extranjeros entran y/o permanecen de forma irregular en el territorio de la Unión. Tal situación genera varios obstáculos jurídicos, políticos y económicos a estos extranjeros, pues, en el ámbito comunitario, los derechos humanos universales son reconocidos de manera restringida a los inmigrantes, principalmente a los irregulares, ya que la normativa los sitúa en una posición de menor capacidad respecto de los inmigrantes regulares.

Con el fin de frenar los flujos migratorios, la política común de inmigración, constituida por instrumentos jurídicos que regulan la entrada, la permanencia y el retorno de inmigrantes, también tiene como objetivo garantizar la libre circulación de las personas en el mercado común. Como parte de la política común, además de los tratados constitutivos de la UE y su normativa integrada, se elaboraron normas que determinan medidas de prevención y represión a la inmigración irregular. Entre tales normas, se resalta la Directiva de Retorno de Inmigrantes Ilegales, aprobada en 2008, cuya principal finalidad es estipular una auténtica política comunitaria de inmigración en la UE, ya que hasta el momento la Unión no ha logrado establecer una efectiva política capaz de controlar la inmigración.

La Directiva regula el retorno de extranjeros irregulares y pretende que para ello se respeten los derechos y las libertades fundamentales de los inmigrantes. Pero, en realidad, cuando se analizan y se interpretan sus disposiciones, se comprueba que la Directiva en cuestión no prioriza la protección de las personas, sino que afecta a sus derechos fundamentales en beneficio de la eficacia de la expulsión.

Los preceptos, que reglamentan la decisión de expulsión y de internamiento, y la interposición de recurso, permiten que ellos no sean solamente judiciales, o sea que la decisión de expulsión y de internamiento también podrá darse mediante una decisión administrativa del Estado, así como el recurso podrá ser interpuesto ante órganos judiciales, autoridades administrativas u otros órganos competentes. Así las cosas, es indudable que la desjudicialización de estas previsiones no respeta los derechos fundamentales de los nacionales de terceros países.

En cuanto a las garantías procesales, la referida Directiva restringe el derecho fundamental del inmigrante a la información cuando: determina la

opción por no proporcionar una traducción a quienes estén irregularmente en territorio de un Estado miembro; define que el inmigrante es quien deberá solicitar la decisión traducida o informaciones sobre los recursos apropiados, siendo que todo esto debería ser proporcionado a él sin su previa petición; posibilita que la comunicación sea oral y en una lengua que el extranjero entienda o que se supone que él entienda, siendo que la comunicación debería ser siempre escrita y en la lengua del inmigrante.

De igual manera, no garantiza los derechos del extranjero a la gratuidad de la justicia, asesoramiento jurídico, representación y asistencia de intérprete, pues los somete a las legislaciones de los Estados miembros. Así, es innegable que la Directiva viola el derecho fundamental del extranjero a defenderse al privarle de los elementos necesarios para ejercerlo efectivamente.

Acerca del internamiento, la intencionalidad de la Directiva es imponerlo como norma, y no como excepción, lo que se opone a la protección del derecho a la libertad y la seguridad personal, que es un derecho fundamental e inseparable del concepto de dignidad de la persona humana. Asimismo, la Directiva considerada permite que el extranjero sea internado en un centro penitenciario, y además no les asegura los derechos de prestación como: los servicios sanitarios; sociales; culturales; entre otros.

En paralelo, la prorrogación del plazo de internamiento es discrecional; la duración de la supresión de la libertad puede ser de hasta dieciocho meses; la ampliación del plazo la decide cualquier órgano competente del Estado miembro y no su autoridad judicial. Por todo ello, se concluye que el plazo de tiempo del internamiento es una privación real y efectiva de libertad.

Es increíble, pero la Directiva autoriza el internamiento del menor, acompañado o no por su familia. El acceso a la educación de los menores en centros de internamiento no está plenamente garantizado. Por lo demás, existe la posibilidad de la expulsión o del retorno del menor no acompañado a un tercer Estado sin las mínimas garantías para el niño. De esta manera, el interés superior del menor, conforme a lo previsto en la CDN, no está garantizado por esta normativa.

De ser así, no cabe duda en cuanto a las flagrantes vulneraciones de los derechos fundamentales del inmigrante irregular por la nueva Directiva de Retorno. Lo cierto es que es inconcebible, debido a la evolución del Derecho

internacional en materia de derechos humanos, que se trate a una persona de manera discriminatoria al no reconocerle garantías y libertades que, en realidad, deben ser aseguradas a todas las personas por el simple hecho de ser un ser humano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUELO NAVARRO, Pascual / CHUECA SANCHO, Ángel. Directiva de retorno. Directiva de expulsión (Nota crítica a vuela pluma desde los Derechos Humanos)". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 18, julio 2008, pp. 121-166.

CHUECA SANCHO, Ángel G. "El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 1, noviembre 2002, pp. 9-36.

Debates. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20080617&secondRef=ITEM-004&language=ES&ring=A6-2007-0339>. Acceso el 22 de marzo de 2012.

DÍAZ BARRADO, Cástor M. / HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen. "La protección del niño en el ámbito Europeo (Derecho europeo y ordenamiento jurídico español)". En: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. / FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (dirección y coordinación). *La Protección de las Personas y Grupos Vulnerables en el Derecho Europeo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp. 187-234.

ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria. "La nueva Directiva de Retorno en el contexto de la actual política comunitaria de inmigración". Disponible en: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/23/21>. Acceso en 10 de febrero de 2012.

MARTÍN PÉREZ, Alma. "La participación infantil como forma de protección y garantía de los Derechos de la infancia". En: FERRER LLORET, Jaume/ SANZ CABALLERO, Susana (editores). *Protección de Personas y Grupos Vulnerables. Especial Referencia al Derecho Internacional y Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 83-132.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. "Un nuevo fantasma recorre Europa: la Directiva de retorno y la Propuesta de Directiva del tiempo de trabajo interminable". *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 305-306, agosto-septiembre 2008, pp. 65-132.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso/ LÓPEZ ÁLVAREZ, Antonio. “Breve aproximación crítica a la Directiva de retorno”. *Diario la Ley*, nº 7064, Sección Doctrina, 26 noviembre 2008, Año XXIX, pp. 1-13.

PASCUAL VIVES, Francisco José. “La articulación convencional de una política comunitaria de retorno para los residentes irregulares”. En: FERRER LLORET, Jaume/ SANZ CABALLERO, Susana (editores). *Protección de Personas y Grupos Vulnerables. Especial Referencia al Derecho Internacional y Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 255-296.

PAVÓN PÉREZ, Juan Antonio. “La Propuesta de Directiva relativa al retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en la Unión Europea: ¿un difícil juego de prestidigitación camino de la armonización de procedimientos y normas comunes?”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 19, noviembre 2008, pp. 119-143.

PÉREZ SOLA, Nicolás. “La Directiva de Retorno y la involución en la Europa de los derechos”. Disponible en: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/25/23>. Acceso en 12 de marzo de 2012.

RUIZ LEGAZPI, Ana. “Algunas reflexiones en torno a la expulsión y repatriación de menores extranjeros”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5, marzo 2004, pp. 293-303.

SORROZA BLANCO, Alicia. “Crónica de una controversia anunciada: la Directiva Europea de Retorno de inmigrantes en situación ilegal”. Disponible en: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/26/24>. Acceso en 13 de febrero de 2012.

VILACHÁ DOMÍNGUEZ, Lara/ PARDO GONZÁLEZ, Miguel. “La evolución normativa en materia de expulsión. La nueva directiva comunitaria en materia de retorno”. *Diario la Ley*, nº 7067, Sección Doctrina, 1 diciembre 2008, Año XXIX, pp. 1-22.

ZUFIAUR, José María. “¿Quién defiende la Europa social?”. *Temas para el Debate*, nº 165-166, agosto – septiembre de 2008, pp. 81-83.