

Capítulo XIII

La controvertida propuesta de Directiva de retorno forzoso de 18 de junio de 2008: una lectura crítica

DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ

Profesor Titular de Derecho Internacional Público

*Universidad de Sevilla*²⁸¹

dagarcia@us.es

I. Introducción

Es difícil encontrar un solo medio de prensa en el que cada cierto tiempo no aparezca alguna noticia o artículo de alguna ONG o autor criticando la Propuesta de Directiva de retorno forzoso como “criminalización de los inmigrantes”, “Directiva de la infamia”, etc., con más sentimiento que razonamiento²⁸². Con la presente comunicación a este Congreso internacional se pretende analizar desde la perspectiva del Derecho internacional de los Derechos Humanos el fundamento de tales críticas a la Propuesta de Directiva. En parti-

281 Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D “Inmigrantes Ilegales en la UE” (SEJ2007-60684).

282 También se han publicado artículos doctrinales en revistas especializadas en este mismo sentido. Vid., por ejemplo: P. Aguelo Navarro y A. Chueca Sancho; “Directiva de Retorno, Directiva de Expulsión”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* n° 18/2008; pp. 121-166.

cular, este análisis se centra en aquellas obligaciones internacionales en materia de protección de derechos humanos que pueden colisionar con algunas de las disposiciones de la Propuesta de Directiva de retorno y que, en consecuencia, de aplicarse éstas, acarrearán la responsabilidad internacional de los Estados miembros y de la propia Unión Europea. Para nuestro análisis resulta conveniente partir de una aproximación histórica en la nomogénesis de esta Propuesta de Directiva (II) para apreciar que originariamente, al menos hasta 2005, era posible apreciar un respeto en la Propuesta de Directiva con las principales obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, debido en gran medida a que coincide con aportaciones en este sentido del Consejo de Europa. Sin embargo, a partir de esa fecha, la Propuesta de Directiva de retorno presentada por la Comisión comienza a recibir críticas en Europa y fuera de ella, que apuntan hacia el resultado finalmente conocido en 2008. Esta Propuesta de Directiva aprobada por el Parlamento Europeo en primera lectura el 18 de junio de 2008, contiene unas disposiciones que justifican una crítica por su carácter incompatible con algunas de las principales obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (III). Como resultado del análisis presentado en estas páginas podrá concluirse que el resultado de la Propuesta de Directiva puede explicarse en un contexto de crisis económica mundial que lleva a los políticos europeos a reforzar la idea de Europa como una “fortaleza” frente al mundo exterior, pero no se justifica ni a la luz de la idea originariamente manejada de creación de una eficaz política europea de refugio y asilo que sea compatible con el respeto de la dignidad y los derechos de los inmigrantes, ni con los principales textos normativos internacionales de obligado cumplimiento por los Estados miembros de la Unión Europea y por esta organización (IV).

II. Aproximación histórica en la nomogénesis de la propuesta de Directiva de retorno

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa estableció en su Recomendación 1547(2002), adoptada el 22 de mayo de 2002²⁸³, una serie de medidas que debían adoptarse en el ámbito europeo para que los procedimientos de expulsión de inmigrantes en situación irregular en alguno de los cuarenta y seis Estados Miembros del Consejo de Europa²⁸⁴ fueran conforme a los derechos humanos. Se buscaba, además, que las medidas de internamiento de estas personas hasta que se materializara su expulsión, fueran respetuosas con su seguridad y dignidad. En este sentido, se expresaba en el párrafo n° 18 de esta Recomendación 1547(2002) que:

“La Asamblea insiste que los valores fundamentales del Consejo de Europa peligrarán si nada se hace para combatir el actual clima de hostilidad hacia los refugiados, solicitantes de asilo e inmigrantes, y para fortalecer el respeto por la seguridad y dignidad de estas personas en toda circunstancia.”

Las medidas que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa solicitaba con carácter urgente de parte de los Estados Miembros en la Organización, vienen enunciadas en el párrafo n° 13 de la Resolución 1547(2002), aludiendo a la necesidad de establecer un “código de buena conducta” que incluyera medias al menos en relación con cuatro aspectos concretos:

- i. una lista exhaustiva de estándares en materia de derechos humanos que son aplicables a los extranjeros que son expulsados y las salvaguardias de estos estándares;
- ii. una lista de los principios mínimos en relación con la mo-

283 Véase en inglés y francés en: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs.htm

284 Nótese que los 27 Estados Miembros de la Unión Europea lo son, a su vez, del Consejo de Europa.

- nitorización, supervisión y apoyo a los potenciales deportados, con respecto a su dignidad y seguridad;
- iii. directrices sobre técnicas de confinamiento;
- iv. un estatuto para los agentes y guardianes que garantice que la responsabilidad de los procedimientos de expulsión cae plenamente en el ámbito de las autoridades públicas.²⁸⁵

Las medidas solicitadas por la Asamblea Parlamentaria en su Recomendación 1547(2002) se tradujeron en las Veinte Directrices sobre Retorno Forzoso aprobadas el 4 de mayo de 2005 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa²⁸⁶. Divididas en cinco Capítulos, el Capítulo primero busca promover el retorno voluntario de las personas que residan ilegalmente en alguno de los Estados Miembros del Consejo de Europa. El Capítulo II especifica un número de salvaguardias directamente conectadas con la orden de expulsión, tales como las garantías necesarias sobre la situación en el Estado donde va a ser expulsada la persona, la naturaleza individual de la orden de expulsión, su notificación y las posibles vías de recurso contra esta decisión. El Capítulo III se ocupa de la detención estando pendiente de ejecución la medida de expulsión y clarifica las circunstancias, la amplitud y las condiciones de tal detención. El Capítulo IV trata de la cooperación entre Estados en orden a facilitar el retorno así como respecto de los derechos de las personas readmitidas en el territorio nacional. Finalmente, el Capítulo V se centra en aspectos concretos de las expulsiones, por ejemplo, el uso de las esposas y el uso de las medidas de fuerza, la cooperación con los retornados, el previo

285 Parágrafo nº 12 de la Recomendación 1547(2002) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

286 Véase en inglés y francés en: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs.htm Se trata del primer instrumento internacional en el que se cubren todas las etapas del procedimiento de retorno forzoso: desde el momento de la adopción de una orden de expulsión hasta que ésta se hace efectiva. Supone, además, la primera vez que los Estados europeos acuerdan ocuparse de todos y cada uno de los aspectos de esta cuestión en un solo instrumento.

examen médico y la interrupción de operaciones de retorno forzoso cuando su continuación ponga en peligro a las personas implicadas en tales operaciones.

Ya centrados en el ámbito más concreto de la Unión Europea –aunque sin olvidar, como ya se ha señalado, que los veintisiete Estados Miembros de esta Organización lo son también del Consejo de Europa–, la necesidad de contar con procedimientos y normas comunes de los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, ha estado presente en su agenda coincidiendo en el mismo año de la Resolución 1547(2002) el Libro Verde de la Comisión relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales con el propósito de “examinar los complejos problemas que rodean el retorno para las personas que residen ilegalmente en la Unión Europea y presentar sugerencias para una política coordinada y eficaz basada en principios y normas comunes y respetuosas de los derechos humanos y de la dignidad de la persona. La premisa es que es necesaria una política de retorno para salvaguardar la integridad de los sistemas legales y humanitarios de admisión.”²⁸⁷

²⁸⁷ COM (2002)175 final, Bruselas, 10.4.2002, p. 6. Como se indica en el prólogo de este documento, el Consejo Europeo de Laeken de los días 14 y 15 de diciembre de 2001 propuso al Consejo, en el punto nº 40 de sus conclusiones, desarrollar un Plan de Acción basado en la Comunicación de la Comisión de 15 de noviembre de 2001, relativa a una política común en materia de inmigración ilegal. Consiguientemente, el Consejo adoptó el 28 de febrero de 2002 un plan global de lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea. Este Plan incluía una sección consagrada a la política de readmisión y retorno que la consideren parte integrante y fundamental de la lucha contra la inmigración clandestina. El Libro Verde de la Comisión se basa en los elementos definidos en el Plan de Acción del Consejo y analiza distintos aspectos vinculados al retorno de los nacionales de terceros países. En la primera parte, destaca que una política comunitaria en materia de retorno debe inscribirse en el marco de las políticas comunitarias existentes sobre inmigración y asilo, tal como se exponen en las comunicaciones correspondientes de la Comisión, además de completar estas políticas, cuyos objetivos se reafirman expresamente. En ellas se presentan los distintos aspectos del retorno voluntario y forzoso en relación con la migración legal, con el asilo y con los terceros países. Las otras partes del

Aún siendo un tema de extrema complejidad, la Comisión supo precisar con claridad en este documento el núcleo de la cuestión de un modo dinámico y no estático. Esto es, desde la premisa de la coexistencia de dos principios en continua interacción sin que logre prevalecer ninguno de los dos, al menos no en el actual contexto europeo. Por una parte está la política europea de admisión y el respeto por el Estado de Derecho como elemento esencial de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. En virtud de este principio, los nacionales de terceros países que no dispongan de un estatuto que les permita quedarse de forma permanente o temporal y respecto de los cuales ningún Estado Miembro está obligado a aceptar su residencia, deben abandonar la Unión Europea.²⁸⁸

Frente a este principio y en estrecha relación de mutua interdependencia con el mismo, se halla el principio según el cual los retornos forzosos de personas que residen ilegalmente en la Unión Europea deben siempre ajustarse a los requisitos de la protección internacional, respetándose los derechos humanos de esas personas.²⁸⁹ Las implicaciones de este segundo principio son presentadas por la Comisión en el epígrafe 2.4 "Derechos Humanos y retorno" de su Libro

Libro Verde se centran en la cooperación futura entre los Estados Miembros en materia de retorno de los residentes ilegales (Parte II) y la definición de una política de readmisión en colaboración con los terceros países (Parte III).

²⁸⁸ Se trata de personas que no necesitan ninguna protección particular de conformidad con el Derecho internacional. Esto es, personas que no son refugiados protegidos por la Convención de Ginebra de 1951 y por su Protocolo de 1967, y que residen de forma ilegal en la Unión Europea. El carácter "ilegal" de su residencia se debe al hecho de que no cumplen –o han dejado de cumplir– las condiciones de entrada, presencia o estancia en el territorio de los Estados Miembros de la Unión Europea, bien porque entraron ilegalmente, bien porque su visado o permiso de residencia ha expirado o bien porque su solicitud de asilo –sí en su caso la presentaron– fue rechazada. Como reafirma el Libro Verde de la Comisión, "estas personas no tienen ningún estatuto jurídico que les permita permanecer en el territorio de los Estados Miembros y pueden ser instados a dejar voluntariamente el territorio de la Unión o ser obligados a hacerlo." COM (2002) 175 final. Op. cit.; p. 7.

²⁸⁹ COM (2002) 175 final. Op. cit.; p. 9.

Verde y no dejan lugar a dudas. Por su extraordinaria trascendencia merecen ser transcritas en estas páginas:

“Una política europea en materia de retorno debe ser respetuosa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y, como tal, debe inscribirse en el contexto de las políticas de la Unión Europea sobre los derechos humanos, tanto dentro de la Unión como en sus relaciones exteriores. El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea reafirma que la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados Miembros. Tanto el Convenio europeo de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950 (CEDH) como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en Niza en diciembre de 2000, contienen disposiciones que son aplicables a una política en materia de retorno de residentes ilegales (artículos 3, 5, 6, 8 y 13 del CEDH y artículos 3, 4, 19, 24 y 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales). Los artículos que se aplican específicamente a todas las formas de protección internacional ya se describieron en el apartado titulado “Asilo y retorno”. Además, los residentes ilegales deben disponer de las vías adecuadas para interponer un recurso ante un tribunal durante el procedimiento de retorno. A este respecto, procede mencionar el artículo 3 del CEDH y el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales, que garantizan el derecho a una solución efectiva y el acceso a un tribunal imparcial. Los problemas de los derechos humanos se plantean también en el contexto de la detención de residentes sin papeles: el principio del control jurisdiccional de la detención debe siempre respetarse de conformidad con el artículo 5 del CEDH.

La vida familiar es protegida por el artículo 8 del CEDH y por el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales. Es nece-

sario también recordar que los derechos de la infancia merecen una atención especial en virtud del artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales y del Convenio de 1989 relativo a los derechos del niño. En todos los actos relativos a los niños, el interés superior del niño debe ser una consideración primordial. En último lugar, otro aspecto que merece una consideración particular es la protección de los datos de carácter personal, consagrada por el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales y las disposiciones vigentes sobre la protección de este tipo de actos.”

Dos instrumentos internacionales de protección –el Convenio Europeo de derechos humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea– que, respetando el principio del estándar mínimo de protección²⁹⁰ establecen límites a la discrecionalidad de las autoridades públicas de los Estados Miembros de la Unión Europea con respecto a los procedimientos de retorno forzoso (expulsión) de personas consideradas residentes “ilegales” en la Unión Europea. Esta regulación restrictiva de la discrecionalidad nacional se extendería –como señala la Comisión en su Libro Verde– al menos a cuatro aspectos concretos:

- la obligatoriedad de poner a disposición de estas personas las vías adecuadas para interponer un recurso ante un tribunal durante el procedimiento de retorno;
- la obligatoriedad de establecer un control jurisdiccional de las medidas de detención de las personas sobre las que se va a aplicar medidas de expulsión;

²⁹⁰ Esto es, sin perjuicio de que existan disposiciones más favorables que puedan aplicarse al que reside ilegalmente en un Estado Miembro de la Unión Europea y esté en curso de un procedimiento de expulsión. Véase, por ejemplo, el artículo 4 de la 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 encuentren en su territorio (COM(2005)0391-C6-0266/2005-2005/0167 (COD)), de 18 de junio de 2008.

- la obligatoriedad de respetar el derecho a la vida familiar y el interés superior del menor en los procedimientos de expulsiones de personas que integran unidades familiares y tratándose de menores con o sin acompañante;
- la obligatoriedad de la protección de datos de carácter personal de todas las personas incurso en procedimientos de expulsión.

Ahora bien, ¿se ha respetado el equilibrio entre ambos principios en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, en su última versión de 2008, relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren en su territorio? La respuesta que a nivel mundial se da a esta pregunta es no²⁹¹. En el estricto respeto del principio de la legalidad internacional en materia de derechos humanos, me propongo realizar en el siguiente apartado un análisis crítico de algunas de las disposiciones más controvertidas de esta propuesta de Directiva. Aunque habrá ocasión de destacar algunos aspectos positivos –pocos pero algunos- el balance final de este examen es

291 Véase, por ejemplo, la reciente Resolución 3/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos que, expresando su honda preocupación por la propuesta de Directiva aprobada en primera lectura por el Parlamento Europeo el pasado 18 de junio de este año, exhorta "al Parlamento y al Consejo de la Unión Europea, así como a los Estados que integran dicha organización, a que modifiquen la Directiva de Retorno para adecuarla con los estándares internacionales de derechos humanos para la protección de los y las migrantes." Puede consultarse en www.oas.org. Asimismo, véase cómo casi ninguna de las observaciones que el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados realizó a la Propuesta de la Comisión Europea sobre la Directiva relativa a los procedimientos y garantías / estándares comunes a los Estados miembros, para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (COM (2005) 391 final), se ha visto reflejada en la versión finalmente aprobada de esa Propuesta de Directiva y ello, a pesar de que, como recordaba esta Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados, el programa multianual de la Unión Europea en el área de libertad, seguridad y justicia (Programa de La Haya, DOC 53, de 3 de marzo de 2005) establece que los estándares comunes sobre el retorno deben garantizar que las personas sean devueltas "de manera humana y con pleno respeto a sus derechos humanos y a su dignidad."

negativo y en algunos aspectos, como por ejemplo, en lo relativo al trato a menores, vergonzoso para Europa y los Europeos.

III. Disposiciones de la propuesta de Directiva de retorno que justifican una crítica por su carácter incompatible con algunas de las principales obligaciones internacionales en materia de derechos humanos

Con carácter positivo ha de verse la mención en el artículo cuarto a las disposiciones más favorables que puedan beneficiar en cuanto a derechos y garantías a las personas afectadas por una medida de expulsión. También ha de verse de modo positivo el hecho de que se haya recogido expresamente en el artículo 5 de la Propuesta de Directiva el principio de no devolución, de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Sin embargo, no parece que se hayan previsto garantías específicas para el regreso a los terceros países de los solicitantes de asilo cuyas solicitudes no se han resuelto en cuanto a sus méritos en algún Estado Miembro. En este sentido, falta además, pese a que su ausencia ya fue criticada respecto de la Propuesta de Directiva en 2005, un seguimiento independiente sobre la seguridad y el bienestar de las personas que son trasladadas del territorio de los Estados Miembros de la Unión Europea.

En un examen más detallado de las distintas disposiciones que integran esta Propuesta de Directiva, sorprende el hecho de que en el artículo primero "Objeto" se haga referencia a las obligaciones de los estados Miembros de la Unión en relación con el Derecho internacional de los derechos humanos y las normas internacionales de protección de los refugiados pero nada se diga de las Veinte Directrices del Consejo de Europa sobre el Retorno Forzoso que, por su pertinencia y por su origen -el Comité de Ministros del Consejo de Europa- pueden considerarse como principios comunes a los Estados europeos en la materia.

Sin duda, merece una especial crítica el apartado 2 del artículo segundo "Ámbito de aplicación" en cuanto que permite a los Estados Miembros tomar la decisión de no aplicar la Directiva -o no todas las disposiciones de ésta- a los nacionales de terceros países que se les deniegue la entrada en tránsito.²⁹² El fundamento de la crítica a la redacción de esta disposición reside en el hecho de que se permite, en la práctica, la posibilidad de que un Estado decida no aplicar en determinados casos importantes salvaguardias como las referidas a las relaciones familiares e interés superior del menor, la revisión judicial de la decisión de retorno y/o de la orden de traslado y la obligación de supervisión judicial de la detención²⁹³.

El artículo 8 bis de la Propuesta de Directiva no aparecía en la propuesta de Directiva presentada por la Comisión en 2005 y parece responder a las recomendaciones del ACNUR²⁹⁴ en el sentido de que exigiendo como hace el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño que se garantice el interés superior del menor y sea una consi-

²⁹² Artículo 2. (...) 2. Los Estados miembros podrán decidir no aplicar la presente Directiva a los nacionales de terceros países que: a) sean objeto de una denegación de entrada con arreglo al artículo 13 del Código de Fronteras de Schengen, o sean interceptados o detenidos por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro, y que no hayan obtenido una autorización o derecho para permanecer en dicho Estado miembro. b) estén sujetos a medidas de retorno que constituyan sanciones penales o sean consecuencia de sanciones penales, con arreglo al Derecho nacional, o a procedimientos de extradición (...)"

²⁹³ Como observaba el ACNUR en 2005 en relación con la Propuesta de la Comisión Europea sobre la Directiva de retorno. Al respecto, recordaba la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados que: "las salvaguardias de la Directiva deben aplicarse sin distinción alguna. Esto está en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha afirmado que los Estados, a causa de sus obligaciones internacionales, permanecen vinculados a las mismas también en zonas de tránsito (véase CEDH, *Amuur v. Francia*, 1977/6/92, 1996-III, de 25 de junio de 1996.

²⁹⁴ Vid. Pág. 4 de 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 nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (COM (2005)391 final).

deración primordial en todas las medidas concernientes al niño, los Estados miembros de la Unión Europea deberían establecer un procedimiento adecuado para evaluar, dentro de un tiempo razonable, cuál es el "interés superior del niño". Además, se recomendaba que no se emitiera ninguna decisión sobre retorno o traslado de niños sin haber completado tal evaluación. Ambas recomendaciones han sido favorablemente acogidas en el mencionado artículo octavo bis.

En el artículo tercero "Definiciones", dentro del concepto retorno, junto al país de origen de la persona que va a ser expulsada, se incluye bajo este concepto otro tercer país en el que ésta decida volver voluntariamente y en el que vaya a ser admitido o, incluso, "un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo". Parece claro lo inaceptado de emplear el término "retorno" para referirse a un país en donde nunca se ha estado y con el que no tiene ninguna conexión la persona que va a ser expulsada.

No se ha recogido en la Propuesta de Directiva ninguna referencia a la obligación de protección de datos de las personas afectadas por medidas de expulsión a pesar de que esta obligación internacional pesa sobre los Estados miembros de la Unión Europea en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 8) y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 8) y pese a que así lo recomendó el ACNUR en su informe sobre la Propuesta de Directiva en 2005.²⁹⁵ Otra clamorosa ausencia es la referencia expresa a la prohibición de las expulsiones colectivas, de acuerdo con el artículo 4 del Protocolo nº 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la Directriz núm. 3 "Prohibición de expulsiones colectivas" dentro de las Directrices sobre el retorno forzoso, aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa²⁹⁶.

²⁹⁵ Op. cit., pág. 5. En efecto, la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) recomendaba la introducción de un artículo nuevo para garantizar que el principio de confidencialidad sea respetado y que la información relativa a una solicitud de asilo no es compartida con el país de origen de los solicitantes.

²⁹⁶ CM (2005) 40 final, 9 de mayo.

En cuanto a las garantías, de poco sirve que se reconozca un recurso judicial a las personas afectadas por una orden de expulsión en el artículo décimo segundo si el efecto de ese recurso no es efectivo. Ese parece ser el caso, por ejemplo, tratándose de personas que hayan solicitado asilo pues a la luz del artículo octavo "Aplazamiento", el Estado miembro puede aplazar la ejecución de una orden de traslado pero no se ha incluido una referencia expresa a la necesidad de aplazar el traslado forzoso hasta que se haya tomado una decisión final sobre la solicitud, incluida la apelación.²⁹⁷

En relación con las decisiones de internamiento, previstas en el artículo decimocuarto, se echa en falta una mención expresa a la exigencia de que las autoridades públicas del Estado miembro informen rápidamente a la persona detenida, en un idioma que pueda entender, sobre los motivos legales de la detención y sobre los posibles recursos a su disposición. Los términos en los que está redactado el párrafo segundo de esta disposición ("lo más rápidamente posible") no son tan precisos como "inmediatamente" o "sin dilación" y sólo es preciso ver la jurisprudencia consistente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del artículo 5.2 del Convenio Europeo de derechos humanos para percatarse de la intencionada utilización de unos u otros términos en la Propuesta de Directiva.

Por lo demás, sin duda lo que más crítica plantea en relación con esta disposición decimocuarta es que parece incriminar a los nacionales de terceros países que van a ser sometidos a un procedimiento de expulsión. Esto es así porque aunque se dice en el párrafo primero in fine que "el internamiento será lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras se llevan a cabo las gestiones para la expulsión, las cuales se ejecutarán con la debida diligencia", parece una incon-

297 Como recuerda el ACNUR en sus observaciones: "el efecto suspensivo de las apelaciones es necesario para asegurar la eficacia de los recursos judiciales, y las excepciones a este principio fundamental deberían adoptarse sólo en casos muy reducidos y definidos con precisión, en los que a pesar de todo debería existir la posibilidad para el interesado de buscar el aplazamiento del traslado dadas las circunstancias particulares del caso. Op. cit., pág. 5.

gruencia que se permita ampliar los seis meses de internamiento con otros doce meses más, esto es, hasta un año y medio, cuando se den circunstancias externas al particular, como, por ejemplo, la prevista en el párrafo 5 del artículo decimocuarto: "por demoras en la obtención de la documentación necesaria que deban expedir terceros países". Es decir, se hace responsable al particular por una circunstancia que en principio le es ajena, por ejemplo, tratándose de un "retorno", previsto en el artículo tercero de la Propuesta de Directiva a un país en el que jamás ha estado y con el que no mantiene ninguna relación.²⁹⁸ El hecho es que, se presupone su intención de huir, incluso en el caso de solicitantes de asilo que esperan la resolución de la apelación de su solicitud, confiando en la Justicia de los Estados miembros. Se les criminaliza y se les somete a unas condiciones de privación de libertad que van más allá del eufemismo de "medidas de control de la libertad de desplazamiento".

Las condiciones en las que se lleva a cabo este internamiento a la espera de que se materialice la orden de expulsión son descritas en el artículo decimoquinto y del mismo, llama la atención que el sistema de garantías en principio previsto tiene resquicios por los que es posible que se cuelen vulneraciones de tales garantías. Por ejemplo, si parece del todo lógico que sea necesario asegurar unas garantías a las personas afectadas por estas medidas de internamiento —y así parece hacerse en el párrafo segundo²⁹⁹— qué mejor modo de super-

²⁹⁸ En este sentido el ACNUR sugería en sus observaciones en 2005 a la Propuesta de Directiva de retorno que se hiciera una referencia explícita a la obligación de poner en libertad a las personas allí donde los acuerdos de traslado se hubieran suspendido porque, con justa razón, argumentaba que la detención en espera de traslado sólo se justifica siempre y cuando los procedimientos de traslado estén en marcha. Si tales procedimientos no se ejecutan con la debida prontitud y diligencia, no se debería permitir la detención. Vid. Pág. 8 de las Observaciones, Op. cit.

²⁹⁹ "Previa petición, se autorizará a los nacionales de terceros países en régimen de internamiento a que entren en contacto en el momento oportuno con sus representantes legales, los miembros de su familia y las autoridades consulares competentes"

visar la eficacia de dichas garantías que permitiendo que las ONGs que trabajan con inmigrantes y solicitantes de asilo puedan acceder a dichos centros para contactar con los internados y comprobar de primera mano que el sistema de garantías previsto sobre el papel funciona sobre el terreno. Lo cierto es que no es este el caso pues, a tenor del párrafo 4 del citado artículo decimoquinto, las eventuales visitas de dichas ONGs será decisión administrativa, esto es, de la autoridad responsable del internamiento y que debe rendir cuentas de las garantías previstas durante el mismo a los afectados por esta medida³⁰⁰. Esta disposición puede parecer a algunos que equivaldría a poner un zorro a cuidar un corral pues, ¿cabe pensar que se va a autorizar el acceso a un centro de internamiento con graves deficiencias a una ONG de reconocido prestigio como es la CEAR (Comisión Española de Ayuda al Refugiado), con abogados y proyección mediática en la opinión pública, para que denuncie lo que vea? Lo lógico es creer que no se le va a autorizar y si esto parece un supuesto hipotético, basta con leer el informe del Comisario Europeo para los Derechos Humanos, Sr. Gil Robles, en 2005, sobre su visita a España³⁰¹. En lo relativo a los centros de internamiento de extranjeros (CIESs) señala que:

"En mi visita a los CIES, no pude dejar de apreciar cierta concepción penitenciaria en la organización de los mismo (el de

³⁰⁰ "4. Las organizaciones nacionales, internacionales y no gubernamentales pertinentes y competentes podrán visitar los centros de internamiento a que se refiere en el apartado 1 (...) en la medida en que se utilicen para el internamiento de nacionales de terceros países con arreglo al presente capítulo. Tales visitas podrán someterse a autorización previa." Sobre este punto, el ACNUR manifestó su preocupación por el hecho de que se le siga negando acceso a algunas instalaciones de detención de inmigración en algunos Estados miembros de la Unión Europea. Por esta razón, consideraba en sus observaciones la necesidad de incluir un párrafo específico para garantizar que el acceso esté práctica y razonablemente disponible en corto plazo, y que no pueda ser denegado por "razones de seguridad" por ejemplo, sin que se demuestre que hay amenazas a la seguridad. Op. cit., pág. 9.

³⁰¹ Informe disponible en www.icam.es/docs/ficheros/200407190008_6_39.pdf.

Algeciras está ubicado, de hecho, en una antigua prisión) y la primacía de elementos de seguridad sobre otras consideraciones (...) No debe perderse de vista, en cualquier caso, que el internamiento es una medida de carácter cautelar, preventiva y excepcional que, en ningún caso, puede ser entendida como limitativa de los derechos fundamentales del extranjero salvo el derecho a la libertad ambulatoria.³⁰²

Sorprende en gran medida al Comisario Europeo para los Derechos Humanos la falta de información que tienen los extranjeros internados sobre su situación. Señala al respecto en su informe que:

“El desconocimiento sobre la normativa de extranjería e inmigración y de asilo es generalizado y muchos extranjeros desconocen los derechos y deberes que tienen. Muchos de los internos con los que hablé me transmitieron su preocupación por desconocer la situación en la que se encontraban y los mecanismos que prevé la legislación para regularizar su situación (...) En este punto, las dificultades de acceso a la asistencia letrada es especialmente preocupante, como pude comprobar personalmente en mi visita al centro de Algeciras. A ello se une la escasa dotación de los turnos de oficio de los Colegios de Abogados que atienden a extranjeros y la ausencia de una formación específica de los letrados en materia de extranjería, inmigración y asilo”³⁰³.

Por este motivo, el Comisario Europeo para los Derechos Humanos escribe en su informe relativo a su visita a España que

“Una de las cuestiones que me parece imprescindible clarificar son los criterios que permiten el acceso de las organizaciones no gubernamentales a los CIEs. Según la normativa vigente,

³⁰² Parágrafo 9 del Capítulo VI: “Inmigración y Asilo” del Informe del Comisario Europeo para los Derechos Humanos, op. cit.

³⁰³ Parágrafo 12 del Capítulo VI: “Inmigración y Asilo” del Informe del Comisario Europeo para los Derechos Humanos, op. cit.

corresponde al Ministerio del Interior la prestación de asistencia sanitaria y servicios sociales en los centros, canalizándose dicha asistencia a través de otros Ministerios o bien entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro. En este sentido la mayoría de las organizaciones basan su acceso a los centros de internamiento en protocolos suscritos con las autoridades y, por lo general, no suele haber dificultades. Sin embargo, en el caso concreto del centro El Matorral en Fuerteventura, no parece existir un criterio claro y los miembros de mi Oficina fueron informados de que a una organización (la Comisión Española de Ayuda al Refugiado CEAR) se les ha denegado repetidamente el acceso sin especificar los motivos. Ello parece ir en contra de la normativa que regula el funcionamiento y el régimen interior de los CIEs que prevé que “la Administración facilitará especialmente la colaboración de las instituciones y asociaciones dedicadas a la ayuda de los extranjeros”³⁰⁴.

Particular atención merece la situación de los menores en estos centros de internamiento. El artículo 15 bis “Internamiento de menores y familias” es en sí mismo un contrasentido pues comienza afirmando en su párrafo 1 que: “Los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible” –que puede llegar hasta los dieciocho meses de acuerdo con el artículo decimocuarto-. Y, sin embargo, cierra el párrafo 5 de este artículo 15 bis con la rotundidad de que: “El interés superior del menor deberá ser una consideración de primer orden en el internamiento de los menores en espera de expulsión.” No parece que sea una consideración tan de primer orden a la luz del margen de discrecionalidad dejado a las autoridades públicas en los párrafos 3 y 4 de esta disposición³⁰⁵.

³⁰⁴ Parágrafo 13 del Capítulo VI: “Inmigración y Asilo” del Informe del Comisario Europeo para los Derechos Humanos, op. cit.

³⁰⁵ Artículo 15 bis “Internamiento de menores y familias”: (...) 3. Se dará a los menores internados la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluidos

Si se ha de considerar como una cuestión de primer orden "el interés superior del menor" lo lógico sería sostener -como así lo hacía el ACNUR en sus observaciones a la Propuesta de Directiva en 2005- que los menores que no han sido acusados o condenados por un delito no deben ser internados pues la Convención de Derechos del Niño establece en su artículo 37.2 que la detención de un niño se llevará a cabo tan solo como medida de último recurso y durante el menor tiempo posible³⁰⁶. Considerar de primer orden el interés del menor equivale a recomendar, como hace el Comisario Europeo para los Derechos Humanos en su informe relativo a la visita a España en 2005, la adopción de "todas las medidas necesarias para la adecuada acogida y atención de los menores extranjeros no acompañados" y defender que, de acuerdo con la legislación vigente, "los menores deben ser documentados, sin excepción alguna, transcurridos los nueve meses desde la puesta a disposición de los servicios de protección de menores."³⁰⁷ Ambas aproximaciones, la del ACNUR y la del Comisario Europeo para los Derechos Humanos quedan lejos de lo finalmente reflejado en la propuesta de Directiva aprobada por el Parlamento, a pesar de que nominalmente recoja la consideración del interés superior del menor.

IV. A modo de conclusión

El pasado 25 de septiembre los medios de comunicación se hacían eco de la noticia relativa al acuerdo logrado en el Consejo de Ministros de la Unión Europea para la creación de una tarjeta azul dirigida

el juego y las actividades recreativas, adecuadas a su edad y, dependiendo de la duración de su estancia, tendrán acceso a la educación. 4. A 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."

³⁰⁶ Observaciones del ACNUR., Op. cit., pág. 9.

³⁰⁷ Consideraciones 13ª y 14ª del Capítulo VI: "Inmigración y Asilo" del Informe del Comisario Europeo para los Derechos Humanos, op. cit.

a atraer a los inmigrantes altamente cualificados. Se trata de una nueva vuelta de tuerca en un situación que contrariamente a lo que pudiera parecer, no supone una comunitarización de la gestión del fenómeno migratorio regular e irregular, sino de un conjunto de medidas -entre las que la Propuesta de Directiva de retorno se enmarca- de mejorar la eficacia de la expulsión de los nacionales de terceros países en cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea. Como señalaba al comienzo de esta comunicación, la grave situación de crisis económica mundial ha pesado para que los políticos europeos busquen adecuar la inmigración regular y, sobre todo, la irregular, a las necesidades del mercado laboral, prohibiendo las regularizaciones masivas de los llamados "indocumentados", poniendo bajo sospecha las uniones entre ciudadanos europeos y no europeos como "matrimonios de conveniencia" y dificultando el derecho al reagrupamiento familiar de familiares mayores con sus hijos en edad de trabajar que se encuentren en situación regular en Europa.

El fin no justifica los medios y menos aún, como sucede en este caso, cuando los medios son disposiciones normativas que, al margen de consideraciones éticas, claramente son vulneradoras de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que obligan a todos los Estados miembros de la Unión Europea y a la propia Organización. Las disposiciones antes comentadas de la Propuesta de Directiva eufemísticamente llamada de retorno (más bien de expulsión) no serían conformes con las obligaciones que se derivan del artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos porque no respetan el deber de asegurar a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado parte en el Convenio -y lo son los veintisiete Estados miembros de la Unión- el efectivo ejercicio de los derechos reconocidos en el mismo así como en sus Protocolos Adicionales de contenido normativo. Si no se asume esta constatación pensamos que es sólo cuestión de tiempo que se produzca una sentencia como la dictada en el caso *Matthews c. Reino Unido* el 18 de febrero de 1999, en la que el Tribunal europeo vuelva a sentirse obligado a re-

cordar que los compromisos asumidos por un Estado Miembro de la Unión Europea no le eximen de las obligaciones contraídas como Estado Parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁰⁸. Obsérvese además en este mismo sentido, que si bien la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no tenía originariamente un carácter jurídico vinculante, al haber sido sólo proclamada en el Consejo Europeo de Niza en 2000³⁰⁹, tras su inclusión en el Tratado de Lisboa entre las disposiciones de Derecho primario³¹⁰, tendrá carácter jurídico vinculante en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor del nuevo tratado constitutivo de esta Organización. Será entonces cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenga que pronunciarse, aunque pese a algunos Gobiernos, sobre esta y otras cuestiones relativas al funcionamiento de la Unión con respecto a los derechos fundamentales. Entonces veremos qué pasa.

308 Parágrafo 32 de la STEDH de 18 de febrero de 1999 en el *Matthews c. Reino Unido*.

309 JO C 364/1, 2001.

310 JO 306/10, de 17 de diciembre de 2007.