

Capítulo XV

La Directiva de Retorno de inmigrantes irregulares a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la protección internacional de los derechos humanos

CÉSAR VILLEGAS DELGADO
*Universidad de Sevilla*⁴⁵⁶
cvillegas@us.es

I. Introducción

Tras su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea⁴⁵⁷, la Directiva 2008/115/CE, que contiene las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular –en adelante, Directiva de Retorno– entró en vigor a principios de 2009.

Desde antes incluso de su adopción, la propuesta de Directiva provocó una auténtica conmoción en el ámbito internacional. Organizaciones internacionales –gubernamentales y no gubernamentales–, países de origen de los inmigrantes y la sociedad civil en general,

⁴⁵⁶ Profesor Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D “Inmigrantes Ilegales en la UE” (SEJ-2007-60684).

⁴⁵⁷ Véase el Diario Oficial de la Unión Europea L 348, de 24 de diciembre de 2008.

pusieron de manifiesto su rechazo a la norma comunitaria por considerarla inconsistente con los estándares internacionales que protegen al ser humano, mostrando, además, su preocupación por los efectos negativos que la misma podía tener en el ámbito específico de la protección de algunos grupos especialmente vulnerables como, por ejemplo, las mujeres, los niños, los refugiados y los solicitantes de asilo.

En efecto, como veremos a lo largo de nuestro trabajo –centrándonos en la situación particular de los menores como grupo especialmente vulnerable–, algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva de Retorno rebajan los estándares consagrados en los instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos, particularmente, en el caso de estos colectivos que presentan mayor vulnerabilidad. Además, y lo que resulta especialmente preocupante, algunas de dichas normas podrían ser incompatibles con ciertas obligaciones internacionales que los Estados miembros de la Unión Europea han asumido por vía convencional en el ámbito de la protección del ser humano.

Ahora bien, en el contexto comunitario, la Directiva de Retorno podría no estar en consonancia con algunos de los Principios Generales de dicho ordenamiento jurídico –tal y como aparecen reconocidos por los artículos 2 y 6 del TUE–. De igual forma, el contenido material de la Directiva podría entrar en conflicto con algunas de las disposiciones recogidas por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ha pasado a formar parte del Derecho originario de la Organización primando, en consecuencia, sobre los actos de Derecho derivado (como es el caso concreto de la Directiva de Retorno).

II. Las áreas prioritarias de la lucha contra la inmigración irregular⁴⁵⁸ en la UE y la Directiva de Retorno

Actualmente, la lucha contra la inmigración irregular, dentro del marco institucional y jurídico de la Unión Europea, se configura como un pilar fundamental de la política común de asilo e inmigración⁴⁵⁹. Se sitúa, asimismo, en la base del desarrollo de una actuación normativa que se concreta en la adopción de diversas medidas que, en aras de su eficacia, tratan de combinar los aspectos de prevención y represión de este fenómeno⁴⁶⁰ y se centran en determinados ámbitos considerados prioritarios de acuerdo con la posición adoptada por la Comisión en la materia⁴⁶¹.

En este sentido, y a la luz de las pautas marcadas por la Comisión⁴⁶², dentro de las áreas prioritarias de la lucha contra la inmigración irregular en la Unión Europea podemos encontrar:

458 Partiendo de la premisa básica de que no existen seres humanos o personas “ilegales”, sino políticas, normas y leyes de inmigración que les atribuyen tal condición, preferimos utilizar el término irregular para referirnos a todas aquellas personas que no cumplen, o han dejado de cumplir, las condiciones o requisitos para la entrada, estancia o residencia en el territorio de un Estado del que no son nacionales. Cabe señalar que, en la actualidad, dentro de los documentos oficiales y textos normativos emanados de la Unión Europea se recurre al término “ilegal” para calificar a estas personas.

459 En este sentido, véase la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política comunitaria de migración, de 22 de noviembre de 2000, COM (2000) 757 final.

460 DE ALMEIDA NASCIMENTO, A.: “La lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea”, en *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al Derecho internacional y Europeo* (FERRER LLORET, J. y SANZ CABALLERO, S. coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 340.

461 Al respecto, véanse la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal, de 15 de noviembre de 2001, COM (2001) 672 final, y la Comunicación de la Comisión, de 19 de julio de 2006, sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países, COM (2006) 402 final.

462 Véase el Libro Verde de la Comisión Europea: retorno de residentes ilegales. Disponible en: <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l33192.htm>, visitado el 10 de julio de 2010.

1. el aumento de la seguridad fronteriza, a través de una gestión integrada de las fronteras exteriores⁴⁶³,
2. el combate de las ayudas a la inmigración irregular⁴⁶⁴, y, por último,
3. el retorno y la expulsión de inmigrantes irregulares⁴⁶⁵.

Será, precisamente, dentro de esta última área prioritaria donde vamos a centrar nuestra atención, toda vez que en tal contexto sería aprobada, a finales de 2008, la controvertida Directiva de Retorno de inmigrantes irregulares. Instrumento jurídico comunitario al que nos referiremos a continuación.

III. La controvertida Directiva 2008/115/CE sobre el retorno y la expulsión de inmigrantes irregulares

Como es sabido, el 18 de junio de 2008 el Parlamento Europeo aprobó –por 367 votos a favor, 206 en contra y 109 abstenciones– la Directiva de Retorno. En términos generales, el objetivo primor-

463 Para tal finalidad, aparte del acervo Schengen, se cuenta con el Código Comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen), establecido mediante el Reglamento CE 562/2006, y la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados Miembros de la Unión Europea (FRONTEX), creada mediante el Reglamento CE 2007/2004, de 26 de octubre de 2004, entre otros instrumentos.

464 Para el combate de la ayuda a la inmigración ilegal, tanto en lo que se refiere al cruce irregular de la frontera en sentido estricto, como respecto a la ayuda que se presta para alimentar las redes de explotación de los inmigrantes, el Consejo adoptó la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre de 2002, que define la ayuda a la inmigración clandestina y, con ello, hace más eficaz su Decisión Marco 2002/949/JAI, de la misma fecha, destinada a dibujar el límite de la normativa penal para la represión de la ayuda a la entrada, la circulación y la estancia irregulares.

465 El fundamento jurídico de las políticas de retorno y expulsión de los nacionales de terceros Estados que se encuentren en situación irregular dentro del territorio de un Estado miembro, está contemplado dentro del artículo 79.2.c del TFUE.

dial de esta Directiva fue el de armonizar, en el seno de la Unión, las legislaciones nacionales de los Estados miembros en cuanto a la detención, expulsión, uso de medidas coercitivas, internamiento y prohibición de entrada de las personas que se encontrasen dentro de su territorio en situación irregular. Como puso de manifiesto la propia Comisión, en el ámbito jurídico estatal interno de dichos Estados existía una gran disparidad en la materia, lo que dificultaba el control de la inmigración irregular por parte de la organización y la consolidación de una política comunitaria de retorno⁴⁶⁶.

La adopción de este instrumento provocó una auténtica conmoción en el ámbito internacional, sobre todo, por parte de los Estados de origen de los inmigrantes, quienes incluso la llegaron a bautizar como “la Directiva de la vergüenza”⁴⁶⁷. En el ámbito latinoamericano, por ejemplo, un gran número de países, individual o colectivamente, manifestaron su enérgico rechazo a la norma comunitaria por considerarla represora y criminalizadora de la inmigración irregular.

Del otro lado del atlántico, efectivamente, los países del MERCOSUR, y sus asociados, manifestaron su condena al endurecimiento de la política de inmigración comunitaria, materializada en la Directiva de Retorno, por considerar que dicho instrumento atentaba contra la dignidad de los inmigrantes en situación irregular, no era compatible con los estándares reconocidos por el Derecho internacional de los derechos humanos, ignoraba el interés superior del menor y vulneraba el principio de reunificación familiar⁴⁶⁸.

466 Sobre este particular, véase, por ejemplo, el apartado 3.1.1 de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, de 10 de abril de 2002, COM (2002) 175 final.

467 Calificada así por el Presidente de la República de Bolivia en una carta pública, de 14 de junio de 2008, con motivo de la inminente aprobación por parte del Parlamento Europeo de la Directiva relativa a los procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. En dicha carta, el mandatario boliviano expresamente manifestaba “tal cual la conocemos hoy, es una Directiva de la vergüenza”.

468 Declaración de los países del MERCOSUR –Argentina, Brasil, Paraguay, Uru-

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos expresó su profunda preocupación por la adopción de la Directiva de Retorno, exhortando al Parlamento y al Consejo de la Unión Europea, así como a los Estados miembros de la organización, a modificar la Directiva de Retorno para adecuarla a los estándares internacionales de derechos humanos para la protección de los y las inmigrantes⁴⁶⁹.

De igual forma, organizaciones no gubernamentales como Amnistía Internacional o Human Rights Watch, entre otras, denunciaron la drástica rebaja de los estándares internacionales que suponía la aprobación de la Directiva de Retorno en el ámbito de la protección de los derechos humanos⁴⁷⁰.

En efecto, a pesar de que tanto en el preámbulo como en la parte dispositiva de la Directiva de Retorno se hace mención expresa al

guay- y sus asociados –Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Venezuela–, hecha pública durante la XXXV Cumbre del MERCOSUR, celebrada en la localidad argentina de Tucumán el 1 de julio de 2008. En el mismo sentido, véase la *Declaración del Grupo de Río sobre la nueva Directiva de la Unión Europea en materia migratoria*, Ciudad de México, 11 de febrero de 2009.

469 Resolución 3/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 25 de julio de 2008. Disponible en <http://www.cidh.org/Resoluciones/Resolucion.03.08.ESP.pdf>, visitada el 10 de julio de 2010.

470 De forma particular, Amnistía Internacional, a través de un comunicado, manifestaba lo siguiente: “consideramos que el texto aprobado por el Parlamento Europeo no garantiza el retorno, en condiciones de seguridad y dignidad, de las personas migrantes irregulares. Por el contrario, con un período excesivo de internamiento y la prohibición de que las personas expulsadas regresen a la Unión Europea, se corre el riesgo de reducir las normas existentes en los Estados miembros, y se sienta un ejemplo extremadamente malo para las demás regiones del mundo. Al mismo tiempo, el texto carece de garantías suficientes para los menores no acompañados, y contiene disposiciones débiles respecto a la supervisión judicial de la detención administrativa. Por último, permite adoptar medidas excepcionales respecto a las condiciones de internamiento en los Estados miembros que tengan que hacer frente a lo que se denomina “situaciones de emergencia”. Al mismo tiempo, entraña el peligro de promover prácticas de detención prolongada en los Estados miembros. En este sentido, véase: <http://www.es.amnesty.org/noticias/articulo/reaccion-a-la-votacion-sobre-la-directiva-de-etorno/>, visitada el 10 de julio de 2010.

respeto de los derechos fundamentales y de las obligaciones internacionales de los Estados miembros en cuanto a la protección del ser humano, algunas de las disposiciones contenidas en dicho instrumento han suscitado grandes dudas, precisamente, en cuanto a su compatibilidad, o no, con dichas obligaciones internacionales, e incluso, con los propios Principios Generales del Derecho Comunitario⁴⁷¹.

En particular, desde la adopción de este instrumento normativo, las dudas han girado en torno a: la duración del período de retención de los inmigrantes irregulares, que puede prorrogarse por causas no imputables al retenido, en casos excepcionales, hasta los dieciocho meses; la sistematización de la prohibición de entrada en el territorio europeo, que puede imponerse hasta por un período de cinco años, constituyendo una doble sanción para el expulsado; la ausencia de las condiciones de seguridad para el inmigrante irregular respecto al Estado al que pueda ser remitido y, por último, en cuanto al tratamiento específico de los grupos especialmente vulnerables como, por ejemplo, las mujeres, los menores, los refugiados y los solicitantes de asilo⁴⁷².

471 Como es sabido, entre los Principios Generales del Derecho Comunitario, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 2 –en correlación con el artículo 6– del TUE, encontramos la libertad, la democracia, el respeto irrestricto de los derechos humanos y las garantías fundamentales y, por último, el Estado de Derecho. Para un análisis de la Directiva de Retorno a la luz de este último principio, véase, entre otros, VILLEGAS DELGADO, C.: “Algunas consideraciones a propósito de las nuevas medidas adoptadas por la Unión Europea frente a la inmigración irregular a la luz del principio del Estado de Derecho”, en *Derechos Sociales, Garantías y Restricciones de los Inmigrantes en Situación Irregular en la Unión Europea* (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. coord.), Laborum, Murcia, 2008, p. 283 y ss.

472 Para un análisis detallado de cada una de estas cuestiones controvertidas, a las que nos referiremos en el apartado siguiente del presente trabajo, véase, entre otros, la *Posición del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados sobre la Propuesta de la Directiva sobre procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren irregularmente en su territorio*. Este documento se encuentra

Como se ha venido denunciando tanto por parte de la doctrina⁴⁷³ como en el seno de algunas organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, varias disposiciones contenidas en la Directiva de Retorno podrían resultar, al menos, incompatibles con ciertas obligaciones convencionales que los Estados miembros de la Unión Europea han asumido en el ámbito internacional en torno a la protección de los derechos humanos. Particularmente, aquellas obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos

disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6422.pdf>, visitada el 10 de julio de 2010.

⁴⁷³ Dentro de la doctrina, han sido publicados numerosos estudios que cuestionan las disposiciones contenidas en la Directiva de Retorno de inmigrantes irregulares a la luz de la protección internacional de los derechos humanos. A título de ejemplo, véanse, entre otros, DEL VALLE GÁLVEZ, A.: “El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular”, en *Inmigración irregular y Derecho* (DEL VALLE GÁLVEZ, A. y otro. Coords.) VII Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario, Cruz Roja Española-Universidad de Cádiz, 2005, pp. 140-142. FERNÁNDEZ HERRO, S.: “La Directiva de Retorno vista desde el sur”, en *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, n° 104, 2009. pp. 139-152. FERRER LLORET, J. y otros.: *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al Derecho internacional y Europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008. GARCÍA SAN JOSÉ, D.: “La controvertida propuesta de Directiva de Retorno forzoso de 18 de junio de 2008: una lectura crítica”, en *Derechos Sociales, Garantías y Restricciones de los Inmigrantes en Situación Irregular en la Unión Europea* (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. coord.), Laborum, Murcia, 2008, pp. 263-282. NIETO GARCÍA, L.: “Derechos Humanos e Inmigración. Europa y la Directiva de Retorno” en *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, n° 104, 2009. pp. 39-56. ORTEGA GIMÉNEZ, A y otro.: “Breve aproximación crítica a la «Directiva de retorno»: (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)”, *Diario La Ley*, n° 7062-7065, 2008. PAVÓN PÉREZ, J.A.: “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 pretidigitación camino de la armonización de procedimientos y normas comunes?”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n° 19, 2008, pp. 119-143. PÉREZ SOLA, N.: “La Directiva de Retorno y la involución en la Europa de los derechos” en *Revista de Estudios Jurídicos*, n° 8, 2008, segunda época. SORROZA BLANCO, A.: “crónica de una controversia anunciada: la Directiva Europea de Retorno de inmigrantes en situación ilegal” en *Revista de Estudios Jurídicos*, n° 8, 2008, segunda época.

Humanos que, cabe recordar, es jurídicamente vinculante para los 27 Estados miembros de la Unión Europea.

En el apartado siguiente de nuestro trabajo, pasaremos a analizar el marco jurídico internacional que protege y garantiza los derechos del inmigrante, independientemente de la calificación que se le otorgue, y de la compatibilidad, o no, del contenido material de la Directiva de Retorno con dichas obligaciones.

IV. La Directiva de Retorno y las obligaciones internacionales de los Estados miembros de la UE en torno a la protección internacional de los derechos humanos

En el ámbito internacional, existe una convención específica que regula el trato, el bienestar y los derechos tanto de los inmigrantes regulares como de los irregulares y sus familiares, imponiendo obligaciones a los países emisores, a los receptores y a los de tránsito. Nos referimos, en concreto, a la Convención Internacional de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1990 y en vigor desde el 1 de julio de 2003⁴⁷⁴.

Dicha Convención otorga a todos los inmigrantes –documentados o indocumentados, regulares o irregulares, y a sus familiares– que se han visto en la necesidad de abandonar sus países de origen en busca de nuevas y mejores oportunidades de vida, el derecho a:

- No ser sometido a tortura, trato cruel, inhumano o degradante⁴⁷⁵.
- No ser sometido a esclavitud o servidumbre⁴⁷⁶.
- La seguridad y libertad de la persona contra arresto o detención arbitraria⁴⁷⁷.
- No ser privado de la documentación que prueba su identidad⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ Resolución 45/158, adoptada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1990.

⁴⁷⁵ Artículo 10 de la Convención.

⁴⁷⁶ Artículo 11 de la Convención.

⁴⁷⁷ Artículo 16.4 de la Convención.

⁴⁷⁸ Artículo 21 de la Convención.

- No ser objeto de expulsión colectiva⁴⁷⁹.
- Los servicios sanitarios esenciales⁴⁸⁰.
- La educación básica para los menores⁴⁸¹.

Estas disposiciones de la Convención, en consonancia con los principios consagrados por los distintos instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos⁴⁸², constituyen el estándar mínimo de trato humano que deben recibir todos aquellos inmigrantes –incluidos sus familiares–, independientemente del estatus que le atribuya la legislación interna del Estado en que se encuentre.

La Convención Internacional de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares ha sido ratificada por 43 países. Desafortunadamente, ninguno de los 27 Estados miembros de la Unión Europea forman parte de ella. Su ratificación ha constituido una de las principales reivindicaciones por parte de la sociedad civil, de las organizaciones internacionales –gubernamentales y no gubernamentales– y de los países que la han ratificado, quienes continúan aunando esfuerzos y haciendo llamamientos constantes a los gobiernos europeos para que den un paso al frente en la protección internacional de los derechos del inmigrante.

En este sentido, el Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes –durante su participación en el Tercer Foro Social Mundial de Migraciones celebrado en Rivas Vaciamadrid en septiembre de 2008–, apelando al valor universal de

479 Artículo 22 de la Convención.

480 Artículo 28 de la Convención.

481 Artículo 30 de la Convención.

482 Principalmente, aquellos elaborados en el seno de la Organización de las Naciones Unidas como, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño.

los derechos inalienables del ser humano, a la libertad, a la democracia, a la igualdad y al Estado de Derecho, hizo un llamamiento a los gobiernos europeos para que ratificasen la Convención, mostrando, por otra parte, su preocupación por las disposiciones contenidas en la Directiva de Retorno, particularmente, respecto a los derechos de aquellos grupos especialmente vulnerables como las mujeres y los niños⁴⁸³.

Ahora bien, aunque si bien es cierto que la Convención sobre los trabajadores migratorios y sus familiares no vincula a los Estados miembros de la Unión Europea, podemos identificar en el ámbito internacional una serie de instrumentos que han sido ratificados por dichos Estados y que imponen obligaciones en cuanto a la protección de los derechos fundamentales que es preciso respetar, so pena de incurrir en responsabilidad internacional. Nos referimos, esencialmente:

- Al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, adoptado en el seno del Consejo de Europa.
- A la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.
- Al Convenio Europeo de Extradición de 1957, adoptado en el seno del Consejo de Europa.
- A la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.
- Al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996.
- A la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, y, por último,
- a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989.

483 En este sentido, véase el Informe presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas por el mexicano Jorge Bustamante, Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes. Documento A/64/213, de 3 de agosto de 2009.

Esta serie de instrumentos internacionales impone, por una parte, obligaciones a los Estados y, por otra, establece un estándar internacional que asegura y protege al inmigrante en cuanto titular de derechos humanos y al margen de su situación administrativa.

Ahora bien, es precisamente en atención a tales obligaciones que se han planteado serias dudas respecto al contenido material de la Directiva de Retorno y la protección internacional de los derechos humanos. Por cuestiones metodológicas, y a fin de realizar una comparativa entre la norma comunitaria y los estándares internacionales, vamos a centrar nuestra atención en los siguientes tres aspectos:

- El trato hacia los menores como grupo especialmente vulnerable.
- El internamiento de menores no acompañados, y
- las garantías procesales en el procedimiento de expulsión.

En cuanto a la primera cuestión, no deja de sorprender que la expulsión pueda tener como destinatarios a menores no acompañados⁴⁸⁴. El ordenamiento jurídico internacional reconoce a los menores –dada su mayor vulnerabilidad– una serie de garantías para dotarlos de protección en el contexto de la inmigración.

En este sentido, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, tal como fue recordado por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General número 6⁴⁸⁵, obliga a los Estados parte a respetar todos los derechos contenidos en dicho instrumento, asegurando su aplicación sin distinción alguna de raza u origen nacional, e impone la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo –en el caso concreto de la Directiva de Retorno, la expulsión–⁴⁸⁶. Ha de tenerse en cuenta además, que,

484 Al respecto, véase el artículo 10 de la Directiva de Retorno.

485 Comité de Derechos del Niño. Documento CRG/GC/2005/6 de 1 de septiembre de 2005.

486 Vid. artículo 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Cabe señalar que todos los Estados Miembros de la Unión Europea han ratificado dicha Convención.

como ha manifestado expresamente el Comité de Derechos del Niño, la Convención prevé un retorno voluntario, provisto de múltiples garantías –que exceden con creces las otorgadas por la Directiva de Retorno–, pero nunca la posibilidad de expulsión⁴⁸⁷.

Por otra parte, las garantías que la Directiva de Retorno otorga a los menores no acompañados pueden ser consideradas de baja intensidad frente al interés superior del menor, consagrado por el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues a pesar de que la Directiva de Retorno contempla el internamiento de los menores “como último recurso y por el menor tiempo posible” no excluye la posibilidad de que el menor finalmente pueda ser expulsado a un tercer Estado sin las mínimas garantías que preserven su integridad.

Como ha señalado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, a pesar de que el artículo 5 de la Directiva de Retorno señala textualmente que los Estados tendrán debidamente en cuenta el interés superior del menor, no cabe reconocer en este precepto la misma rotundidad que en la propia Convención, en la que el interés superior del menor es una consideración primordial⁴⁸⁸.

Desde esta perspectiva, la Directiva de Retorno de inmigrantes irregulares rebajaría considerablemente el estándar internacional que protege al menor en el contexto de la inmigración, llegando incluso a ser incompatible con lo dispuesto por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño al permitir que, finalmente, el menor no acompañado pueda ser expulsado incluso a un Estado del que no es nacional.

En cuanto al internamiento, la Directiva de Retorno permite que puedan ser autoridades administrativas las que decidan acerca de la

487 Observación General nº 6 “Trato de los menores no acompañados y separados de sus familias fuera de su país de origen”. Documento CRG/GC/2005/6 de 1 de septiembre de 2005.

488 En este sentido, véase la posición del ACNUR sobre la Propuesta de la Directiva sobre procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren irregularmente en su territorio, *op. cit.*

privación de la libertad de un individuo, sobre cuya decisión no existe garantía de un efectivo control judicial inmediato. De entrada, ello sería contrario al artículo 5.1 f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos –del que todos los Estados miembros de la Unión Europea forman parte– y, además, sería inconsistente con los Principios Generales del Derecho Comunitario, en particular, con el Estado de Derecho⁴⁸⁹.

En el ámbito concreto de los menores no acompañados, la Directiva de Retorno permite detenerles y recluirlas en centros de internamiento a la espera de su expulsión⁴⁹⁰. A pesar de que, textualmente, señala que el interés superior del menor deberá ser una consideración de primer orden en dicho internamiento, la práctica parece demostrar lo contrario, sobre todo por el hecho de que la mayor parte de los centros de internamiento –como pusiera de manifiesto en su informe el Comisario Europeo para los Derechos Humanos– “atienden a una concepción penitenciaria en su organización, primando los elementos de seguridad sobre otras consideraciones”⁴⁹¹. Desde esta perspectiva, recluirlas a un menor no acompañado en un centro penitenciario o cuasipenitenciario contribuiría a su estigmatización, siendo, por tanto, contrario al referido interés superior del menor.

En este sentido, desde el seno de las Naciones Unidas se ha desaconsejado el internamiento de estos menores, llegando incluso a señalar que, como principio general, los menores no acompañados nunca deberían ser detenidos⁴⁹².

Para la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes –Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro–, la detención e internamiento de los menores no podría justificarse

489 Al respecto, véase VILLEGAS DELGADO, C.: “Algunas consideraciones a propósito de las nuevas medidas adoptadas por la Unión Europea frente a la inmigración irregular a la luz del principio del Estado de Derecho”, *op. cit.*, p. 297 y ss.

490 Véase el artículo 17 de la Directiva de Retorno.

491 Informe disponible en: http://www.icam.es/docs/ficheros/200407190008_6_39.pdf, visitado el 10 de julio de 2010.

492 Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes. Documento E/CN.4/2003/85 de 30 de diciembre de 2002.

por su condición migratoria y si, excepcionalmente, así se dispusiera, deberían realizarse todos los esfuerzos para su liberación inmediata y posterior ubicación en alojamientos más apropiados. Dentro de su informe, la Relatora Especial textualmente señalaba:

“Cuando no sea posible tomar esta medida de inmediato, los gobiernos deberían adoptar disposiciones para garantizar el respeto de los derechos humanos de los migrantes en el contexto de la privación de libertad, y en particular:

Velar por que la legislación no permita la detención de los menores no acompañados y que la detención de niños sólo se permita como medida de último recurso y sólo cuando atienda al interés superior del niño, durante el período más breve que proceda y en condiciones que garanticen la realización de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, incluido el acceso a la educación y la atención de salud. Los niños sometidos a medidas de privación de libertad deben ser separados de los adultos a menos que puedan ser alojados con parientes en instalaciones separadas. Se proporcionará a los niños una alimentación adecuada, ropa de cama y asistencia médica y se les garantizará el acceso a la educación y a actividades recreativas al aire libre. Cuando se detenga a niños migrantes, se aplicarán estrictamente las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Si existen dudas sobre la edad del migrante, se le acordará el trato más favorable hasta que se determine si efectivamente es menor”⁴⁹³.

En efecto, al contemplar la detención, internamiento y posterior expulsión de los menores no acompañados –incluso a un país del que no sean nacionales–, el legislador comunitario ha pasado por

493 Ídem, párrafo 75 a).

alto tanto las recomendaciones de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes como las obligaciones asumidas por los Estados miembros de la Organización en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otro lado, en su artículo 15, la Directiva de Retorno contempla la posibilidad de prorrogar la detención de los menores no acompañados hasta los dieciocho meses por causas no imputables a ellos, dejándose así la puerta abierta a la discrecionalidad en la prolongación de la privación de la libertad de un ser humano. Aunque si bien es cierto que, antes de ser aprobada la Directiva, en países como Dinamarca, Estonia, Finlandia, Lituania, Países Bajos, Reino Unido y Suecia no existían plazos máximos de detención, el hecho es que este instrumento podría amparar y legitimar que los demás Estados miembros pudiesen ampliar sus períodos máximos de detención (como ha ocurrido en España donde se ha pasado de los 40 a los 60 días de internamiento⁴⁹⁴).

Además, el artículo 16 de la Directiva de Retorno no garantiza los derechos básicos (comunicación, asistencia consular, asistencia letrada, asistencia médica) de toda persona privada de libertad ni el momento en que puedan ejercerse tales derechos.

A la luz de lo anterior, la Directiva de Retorno entraría en conflicto con los artículos 5, 7, 9, 10 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, con los artículos 5, 6, 8, 13 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y con el artículo 16.4 Convenio Europeo de Extradición adoptado en el seno del Consejo de Europa.

En suma, la Directiva de Retorno, en materia de internamiento, más allá de rebajar los estándares de protección de los derechos humanos, entraría en conflicto con algunas de las obligaciones internacionales que, por vía convencional, han asumido los Estados miembros de la Unión Europea.

⁴⁹⁴ En este sentido, véase el artículo 62.2 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Publicada en el Boletín Oficial del Estado de 12 de diciembre de 2009.

Respecto a las garantías procesales existentes en los procedimientos de expulsión, la Directiva de Retorno establece para los inmigrantes objeto de retorno una serie de derechos rogados –es decir, aplicables sólo previa petición de parte–, con lo que ello supone ante su desconocimiento. Entre esos derechos, figura el de conocer el motivo de la expulsión o privación de la libertad. Su vulneración imposibilitaría una adecuada defensa, máxime si se tiene en cuenta que tampoco se garantiza la traducción adecuada del documento donde conste la orden de expulsión, traducción que puede ser denegada a los extranjeros que han entrado irregularmente al territorio de la Unión Europea o se les haya denegado la entrada en tránsito⁴⁹⁵.

Otro asunto delicado al que se enfrentan los Estados Miembros de la Unión Europea es a la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional por tortura, tratos inhumanos, crueles o degradantes –expresamente prohibidos por el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos– al acordar y ejecutar el retorno de inmigrantes irregulares a terceros países si, como consecuencia del retorno, pudiesen éstos ver vulnerados sus derechos debido a la incapacidad de ese tercer Estado para garantizar su dignidad, libertad y seguridad.

Así lo ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Mubilanzila Mayenka y Kaniki Mitunga contra Bélgica*⁴⁹⁶, al entender que constituía una vulneración del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos la permanencia de una menor de 5 años en un centro de internamiento durante dos meses, así como su posterior devolución al país de origen sin las debidas garantías respecto de su recepción por familiares o por la administración competente.

En el ámbito de la extradición, de aplicación análoga a la expulsión,

⁴⁹⁵ Al respecto, cabe recordar que, como afirmara el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia –asunto *Amuur contra Francia*, de 25 de junio 1996–, los Estados permanecen vinculados por sus obligaciones internacionales también en las zonas de tránsito.

⁴⁹⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos n° 13178/03, de 12 de octubre de 2006.

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Soering contra Reino Unido⁴⁹⁷ señaló, respecto de la prohibición de los malos tratos, que “no puede liberar a los Estados partes de responsabilidad, en virtud del artículo 3, por todas y cada una de las consecuencias previsibles de la extradición sufridas fuera de su jurisdicción”.

En definitiva, los Estados miembros de la Unión Europea deben tomar especial nota de lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habida cuenta de que –conforme a la redacción actual de la Directiva de Retorno– existen posibilidades reales de incurrir en responsabilidad internacional por tortura, tratos inhumanos, crueles o degradantes como consecuencia de la devolución o expulsión de los nacionales de terceros países que se encuentren dentro de su territorio en situación irregular.

Como antes señalamos, las disposiciones analizadas de la Directiva de Retorno no sólo rebajan los estándares relativos a la protección internacional del ser humano, sino que, en algunos casos, resultan incompatibles, por un lado, con las obligaciones que han asumido los Estados miembros por vía convencional y, por otro, con los Principios Generales del Derecho Comunitario⁴⁹⁸ y algunos otros principios comunes a los Estados europeos⁴⁹⁹ que otorgan un trato más favorable para los inmigrantes irregulares. En este sentido, como recordara el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Matthews contra Reino Unido⁵⁰⁰ o Piermont contra Francia⁵⁰¹, los compromi-

497 Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos n° 14038/88, de 7 de julio de 1989.

498 Véanse los artículos 2 y 6 del TUE y la amplia jurisprudencia del TJUE en la materia.

499 Como, por ejemplo, las *Veinte Directrices sobre el Retorno Forzoso*, aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Documento disponible en la siguiente dirección: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=856881>, visitada el 10 de julio de 2010.

500 Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos n° 24833/94, de 18 de febrero de 1999.

501 Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos n° 15773/89, de 27 de abril de 1995.

dos asumidos por un Estado miembro en el seno de la Unión Europea no le eximen de sus obligaciones internacionales, particularmente, de aquellas contraídas como Estado parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Ahora bien, al margen de la eventual responsabilidad en la que pudiesen incurrir los Estados miembros de la Unión Europea por la vulneración o incumplimiento de sus obligaciones internacionales, dichos Estados –e incluso la propia Organización– podrían enfrentarse a la condena del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por violación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, como es sabido, con la aprobación y entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ha pasado a formar parte del Derecho originario de la Unión y, por tanto, adquiere un carácter jurídicamente vinculante⁵⁰² tanto para los Estados miembros como para la propia Organización en su actuación, primando sobre los actos típicos de Derecho derivado, es decir, sobre la Directiva de Retorno.

Desde esta perspectiva, analizaremos, dentro del apartado siguiente de nuestro trabajo, algunas disposiciones de la Directiva de Retorno a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, especialmente a partir de su entrada en vigor como Derecho originario de la Unión Europea.

V. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva de Retorno

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – en adelante, la Carta– fue proclamada formalmente por los presidentes del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión durante el

502 Al margen del valor jurídico atribuido a los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en tanto que Principios Generales del Derecho Comunitario. En este sentido, véase, por ejemplo, la sentencia en el asunto *Stauder*, C-29/69, de 12 de noviembre de 1969 o, más recientemente, la sentencia en el asunto *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, de 3 de mayo de 2007.

Consejo Europeo de Niza, celebrado en el 2000. En dicho documento se reunieron, por vez primera, todos los derechos que hasta ese fecha aparecían recogidos tanto en los instrumentos legislativos de la Unión como en las legislaciones nacionales de los Estados miembros y en los Convenios internacionales del Consejo de Europa, de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo. Cabe destacar que la Carta constituyó un compromiso político sin efectos jurídicos vinculantes para los Estados miembros y la Organización.

No sería hasta finales de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, cuando la Carta adquiriría un carácter vinculante –tanto para los Estados miembros como para la Organización–, mediante la inserción en el TUE de una mención expresa por la que se le reconocía el mismo valor jurídico que a los Tratados, el Derecho originario de la Organización⁵⁰³.

Ahora bien, al analizar el contenido material de la Directiva de Retorno de inmigrantes irregulares, podemos encontrar disposiciones que, al menos, podrían entrar en conflicto con lo dispuesto por la Carta. Un ejemplo claro de lo anterior lo constituye el hecho de que, en virtud de la normativa examinada, un menor no acompañado pueda ser expulsado a un país del que no es nacional⁵⁰⁴, aún cuando se verificase la óptima calidad de los centros de acogida o la recepción y cuidado de un tutor, sería contrario al interés superior del menor⁵⁰⁵ tal como es reconocido por el artículo 24 de la Carta.

No puede ignorarse que además, podría vulnerarse el derecho a la educación del menor –reconocido por la Carta en su artículo 14– si, conforme a lo dispuesto por la Directiva de Retorno, dicha expulsión se concretara a mitad de un curso académico.

Por otro lado, la Directiva de Retorno permite que el internamiento del menor pueda prorrogarse, desproporcionadamente, hasta los dieciocho meses cuando en la operación de expulsión no exista co-

operación del mismo o bien haya demoras en la obtención de la documentación necesaria por parte del tercer país al que se le vaya a remitir⁵⁰⁶ contemplando, incluso, la posibilidad de autorizar medidas coercitivas para el retorno forzoso⁵⁰⁷.

Resulta evidente que esta situación sería de todo punto contraria a lo dispuesto por el artículo 49 de la Carta, que señala que la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción. Igual sucedería en cuanto a la prohibición de entrada del menor expulsado al territorio de los Estados miembros, que podría extenderse hasta los cinco años.

De igual forma, podríamos concluir que el artículo 15 de la Directiva de Retorno entraría en colisión con las garantías del debido proceso contempladas por el artículo 47 de la Carta, al permitir que la orden de internamiento y/o expulsión del menor pueda emanar de una autoridad administrativa. Ello sería contrario, además, al principio del Estado de Derecho, en tanto que Principio General del Derecho Comunitario.

A la luz de la primacía del Derecho originario sobre el Derecho derivado dentro del sistema jurídico comunitario⁵⁰⁸, podríamos afir-

506 Esto último desde luego por causas no imputables al menor.

507 Al respecto, véanse los artículos 8 y 15.6 de la Directiva de Retorno.

508 Como es sabido, la construcción jurisprudencial del principio de primacía del Derecho comunitario tiene sólidos cimientos en la sentencia del TJUE *Costa contra ENEL*, de 1964. De acuerdo con este principio, todas aquellas disposiciones de Derecho interno contrarias al Derecho comunitario son, por este hecho, inaplicables. Aunque es cierto que la jurisprudencia del Tribunal hace referencia a la relación entre el Derecho interno y el Derecho comunitario, también lo es que este mismo argumento resulta aplicable a aquellas normas de Derecho derivado que sean incompatibles con el Derecho originario de la Unión. En este sentido, tal como afirma el profesor LIÑÁN NOGUERAS, la supremacía de las normas constitutivas u originarias y la consecuente subordinación a éstas de las normas derivadas, constituye el segundo elemento de caracterización general de las mismas. La norma de alcance general, continúa argumentando el autor, es la contenida en el artículo 5 del TUE que, al sujetar el ejercicio de las competencias de las Instituciones a las condiciones y fines previstos en las normas constitutivas u originarias, somete, naturalmente y de forma muy especial, a esas mismas condiciones y fines la competencia normativa. En este sentido,

503 En este sentido, véase el artículo 6.1 del TUE, actualmente en vigor.

504 Véase el artículo 10 de la Directiva de Retorno.

505 Que es permanecer junto a su familia.

mar que todas aquellas disposiciones contenidas en la Directiva de Retorno que sean incompatibles con la Carta resultarían, por este hecho, inaplicables. En efecto, en el caso concreto de la Directiva analizada, estaríamos en presencia de la violación de una norma originaria por una norma derivada. No debemos olvidar que, en el ámbito del control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como ha señalado MANGAS MARTÍN, prácticamente la totalidad de los recursos son directa o indirectamente aptos para asegurar el debido respeto a la jerarquía, lo que resulta lógico en tanto en cuanto corresponde al Tribunal garantizar el respeto del Derecho y, en consecuencia, el cumplimiento de las normas relativas a la sujeción de la competencia normativa a las disposiciones originarias o constitutivas⁵⁰⁹.

Pues bien, al haber transcurrido más de un año y medio desde la entrada en vigor de la Directiva de Retorno, y conforme a lo dispuesto por el artículo 263 del TFUE, resultaría improcedente la interposición del recurso de anulación⁵¹⁰ a fin de que el Tribunal declarara nulas y dejara sin efecto las disposiciones de la Directiva examinada.

No obstante lo anterior, ha de hacerse notar que la legalidad de la Directiva podría cuestionarse, incidentalmente, a través de la interposición de una excepción de ilegalidad. Aunque si bien es cierto que este recurso carece de autonomía –pues debe ejercitarse en el marco de un litigio principal⁵¹¹–, dicha solución resultaría viable para el caso de que el acto impugnado fuese una medida concreta de aplicación de la Directiva de Retorno⁵¹².

véase MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2010, p. 331.

509 *Ídem*.

510 El recurso de anulación, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 263 y 264 del TFUE, es la vía procesal que permite al Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlar la legalidad de los actos jurídicos obligatorios adoptados por las Instituciones de la Unión, reconociendo legitimación activa para su interposición, entre otros, a las personas físicas o jurídicas.

511 Cfr., el artículo 277 del TFUE.

512 La introducción de la excepción de ilegalidad se explica por dos razones: la

Aún siendo todavía pronto para conocer cuál será el criterio que adoptará el Tribunal en torno a esta y otras cuestiones relativas a la actuación de la Unión Europea en la protección de los derechos fundamentales, no podemos sino manifestar nuestra esperanza de que continúe siendo el garante del Derecho y de la legalidad comunitaria.

VI. Conclusiones

Tras haber analizado la Directiva de Retorno a la luz de la protección de los derechos humanos y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, podemos concluir que dicho instrumento jurídico regatea el reconocimiento y la garantía efectiva de los derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional. Lejos de tratar de establecer un mecanismo protector para los extranjeros en situación irregular, se limita a mejorar la eficacia del procedimiento de expulsión.

Al margen de consideraciones éticas o morales, algunas disposiciones de la Directiva –como hemos tenido ocasión de ver en el ámbito específico de la protección internacional de los menores como grupo especialmente vulnerable– infringen las obligaciones que los Estados miembros han adquirido por vía convencional, lo que vendría a configurar un hecho internacionalmente ilícito que implicaría, ineludiblemente, la responsabilidad internacional del Estado por la violación de sus obligaciones internacionales.

En el ámbito comunitario, las disposiciones analizadas de la Directiva de Retorno serían contrarias a la legalidad, dada su incompatibilidad con la Carta de los Derechos Fundamentales⁵¹³ y con los

restringida legitimación activa de los particulares para interponer recursos de anulación contra los actos de alcance general y el reducido plazo (dos meses) previsto por el artículo 263 del TFUE para solicitar la anulación de un acto. Al respecto, véase MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 455.

513 Que constituye un estándar mínimo de protección que tanto las Instituciones como los Estados miembros tienen la obligación de respetar.

Principios Generales del Derecho Comunitario, especialmente, con el Estado de Derecho.

Afortunadamente, el ordenamiento jurídico comunitario ofrece algunos mecanismos procesales para cuestionar la legalidad de la Directiva de Retorno. Solo resta confiar en que pronto se ponga en marcha el aparato jurisdiccional de la Organización para compatibilizar dicho instrumento con la legalidad y con el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de todo ser humano, en especial, de los calificados –y, por ende, estigmatizados– como “ilegales”.