

LA DIRECTIVA DE RETORNO Y LA INVOLUCIÓN EN LA EUROPA DE LOS DERECHOS

NICOLÁS PÉREZ SOLA¹

Sumario: I.- INTRODUCCIÓN II.- LOS MENORES III.- PROHIBICIÓN DE ENTRADA
IV.- GARANTÍAS PROCESALES V.- EL INTERNAMIENTO

I.- INTRODUCCIÓN

La involución en la protección de los derechos parece confirmarse en el ámbito de la Unión Europea tras la aprobación de la Directiva 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. El retorno debe ser entendido como un proceso de vuelta del inmigrante en situación irregular. El regreso puede tener lugar bien de forma voluntaria u obligatoria, al país de origen, a uno de tránsito con el que exista acuerdo de readmisión comunitario o bilateral, o a tercer país voluntariamente elegido. La decisión de retorno se plantea en esta Directiva con una formulación quizá excesivamente amplia, ya que se puede contener en una decisión administrativa, resolución judicial² o acto por el que se declare ilegal la estancia en la que “se imponga o declare una obligación de retorno”. Se debe recordar que el artículo 4 del Protocolo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) señala expresamente “la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros”³, en los mismos términos se recoge también en la Carta Europea de Derechos Humanos que especifica además que “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes” (art. 19.2).

También emerge desde este momento otra cuestión no menor, la relativa al carácter del país de retorno que no necesariamente debe coincidir con el de origen del retornado, sino que puede ser un tercer país de tránsito. La concurrencia en dicho país de un régimen de garantías homologable al marco del CEDH puede ser puesto en duda en muchos de los países de origen de la inmigración irregular, así como en los

¹ Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Jaén. El presente trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación SEJ2005-05368 El Estatuto jurídico y los derechos de los inmigrantes dirigido por E. Aja.

² En este sentido, al menos dos parecen ser los supuestos en los que de un modo directo el legislador ha previsto en la Ley Orgánica 8/2000 la limitación de la libertad de los extranjeros a través de la “detención cautelar” y su “internamiento preventivo” en un centro ad hoc más allá del ámbito penal. De un lado, como medida para asegurar los procedimientos de retorno (art. 60.1) y de otro el de expulsión (art. 62).

³ “toda medida que obligue a los extranjeros, en cuanto grupo, a salir de un país, salvo en el caso de que la medida se haya tomado como consecuencia y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo” (caso Conka c. Bélgica, STEDH de 5 de junio de 2002).

hipotéticos Estados de retorno. Además debemos dudar de la capacidad y competencia de las instituciones comunitarias para llevar a cabo un seguimiento sobre el terreno del retornado y su estatus jurídico, si bien sobre este punto más tarde se volverá. En suma a las dificultades para garantizar la repatriación en condiciones de respeto a la dignidad de las personas se une la complejidad para determinar la recepción adecuada en el Estado de retorno o de tránsito como tercer Estado seguro.

Es en este sentido en el que se ha venido reiterando la conveniencia de crear áreas regionales de protección próximas a los lugares de origen de la inmigración. Pensado inicialmente para su aplicación en el ámbito del asilo, parece que también podría extenderse al ámbito de los retornos. Se prevé pues el traslado, en el sentido material del término, a un tercer Estado de determinadas competencias en orden al control inicial de la viabilidad de la solicitud de asilo como del retorno o la readmisión al Estado de origen de la inmigración que suscita, al menos en nuestro caso, más dudas que beneficios para la futura regulación de esta materia.

Sin embargo, esta iniciativa precisa aún de una amplia y profunda discusión, ya que como la propia Comisión Europea ha subrayado, son numerosas las incógnitas en torno a las consecuencias de la futura aprobación de este sistema para su aplicación también para los retornos. Requiere un análisis previo sobre los denominados “centros de tramitación de tránsito”, así como si estos centros o áreas de protección regional resultarían compatibles con la legislación comunitaria, la legislación nacional de los Estados miembros y de los Estados en los que se ubicasen tales centros, así como respecto del CEDH. Finalmente, se plantean una serie de incógnitas en torno a si este nuevo sistema de centros de tramitación de tránsito responderían a la exigencia de protección efectiva tanto de los solicitantes de asilo como de los retornados. Los posibles riesgos que se derivarían de esta iniciativa también han sido señalados por Amnistía Internacional así como por el Consejo Europeo sobre Refugiados y Asilados. No debemos olvidar que para el ACNUR la responsabilidad de los Estados firmantes de la Convención de Ginebra no puede ser cuestionada, sin perjuicio de que a través de la cooperación internacional se pueda mejorar el cumplimiento de los objetivos derivados de aquélla.

Hemos de hacer hincapié en la posibilidad de incurrir el Estado que acuerda y ejecuta el retorno en responsabilidad internacional por tortura o tratos inhumanos⁴ expresamente prohibidos en el art. 3 del CEDH si, como consecuencia del retorno pudiese sufrir vulneración de sus derechos el retornado en el territorio de un tercer Estado por carecer de medios y capacidad para garantizar la dignidad o la libertad y seguridad de los retornados⁵. En el caso de extradición, pero entendemos que

⁴ “la gravedad de las medidas, duración, objeto perseguido y los efectos a la persona concernida” han de ser ponderados para determinar si los hechos serían subsumibles en el art. 3 CEDH. Caso Van der Ven c. Países Bajos, STEDH de 4 de febrero de 2003.

⁵ Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica, STEDH 12 octubre 2006. Entiende el Tribunal que constituye entre otras una vulneración del art. 3 CEDH la permanencia de una menor de cinco años en un centro de expulsión durante dos meses y su posterior devolución al país de origen sin garantías respecto de su recepción por familiares o la administración competente.

plenamente aplicable a una expulsión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ha señalado respecto de la prohibición de los malos tratos que “no pueden liberar a los Estados Partes de responsabilidad en virtud del art. 3, por todas y cada una de las consecuencias previsibles de la extradición sufridas fuera de su jurisdicción”⁶. Por tanto, tiene cabida en el ámbito de aplicación del art. 3 CEDH en los supuestos de la puesta a disposición de una persona a un tercer Estado no parte del CEDH, aun cuando plantea un claro supuesto de aplicación extraterritorial del CEDH. La prohibición general de no devolución además juega en estos casos pese a que no hay un reconocimiento expreso en el CEDH del derecho de asilo, el TEDH ha señalado que la protección del art. 3 “es más amplia que la del art. 33” de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados de 1951”⁷.

También se ha previsto en la Directiva la adopción de garantías a la espera del retorno bien voluntario bien por el aplazamiento de la expulsión respecto del mantenimiento de la unidad familiar, atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades, acceso al sistema de enseñanza básica, y las necesidades especiales de las personas vulnerables.

Colateralmente relacionado con las garantías y en el caso del retorno voluntario se señala que cuando exista riesgo de fuga o se desestime la solicitud de residencia legal, por ser manifiestamente infundada o fraudulenta, o si la persona de que se trate representara un riesgo para la seguridad pública, el orden público o la seguridad nacional, los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria, o conceder un periodo inferior a siete días. Estamos pues ante los efectos de la cláusula de orden público que supone una excepción al régimen general y que agrava las consecuencias de la decisión de retorno forzoso.

En cuanto a la expulsión y en previsión de la utilización de medidas coercitivas por los Estados miembros en caso de oposición a la expulsión por parte de los afectados, se prevé la adopción de las mismas de forma proporcionada, y “no irán más allá de un uso razonable de la fuerza. Se aplicarán de acuerdo con la legislación nacional, de conformidad con los derechos fundamentales y con el debido respeto a la dignidad y la integridad física del nacional de un tercer país de que se trate”. En el caso de que la expulsión se produzca por vía aérea los Estados miembros deben observar las Directrices comunes sobre las normas de seguridad en las expulsiones conjuntas por vía aérea anexas a la Decisión 2004/573 CE⁸.

⁶ Caso Soering c. Reino Unido, STEDH de 7 de julio de 1989. En este sentido caso Cruz Vara y otros c. Suecia, STEDH de 20 de marzo de 1991, Vilvarajh c. Reino Unido, STEDH de 30 de septiembre de 1991, Cahal c. Reino Unido, STEDH de 15 de noviembre de 1996 y Ahmed c. Austria, STEDH de 17 de diciembre de 1996.

⁷ Caso Chahal c. Reino Unido, STEDH de 15 de noviembre de 1996.

⁸ Decisión del Consejo 2004/573/CE, de 29 de abril, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión (Anexo: Directrices comunes sobre las normas de seguridad en las expulsiones conjuntas por vía aérea).

Se contempla también el aplazamiento de la expulsión cuando de producirse constituyese una violación del principio de no devolución de conformidad con lo estipulado en la Convención de Ginebra o cuando se conceda un efecto suspensivo⁹. Esta situación exige una especial cautela ya que no puede ser cuestionada la vigencia de dicha Convención en los Estados miembros de la Unión Europea. Las circunstancias concretas que se pueden atender por los Estados miembros para el aplazamiento por tiempo determinado de la expulsión se concretan en el estado físico o mental de la persona, la imposibilidad de identificación o la falta de capacidad para el transporte.

II.- LOS MENORES

Por otra parte y en relación a los destinatarios de esta norma comunitaria no deja de sorprender que el retorno y la expulsión puedan tener por destinatarios a menores no acompañados. Nuevamente hemos de tener presente la insuficiencia de garantías que pueden existir en el país al que se retorne al menor. Así cabe preguntarse sobre el nivel de protección de los derechos humanos en países a los que puedan ser retornados los menores en virtud de acuerdos de cooperación, el nivel de desarrollo del sistema de servicios sociales o la obligatoriedad de la escolarización infantil en aquéllos.

El ordenamiento internacional ha rodeado al menor de una serie de garantías para dotarlo de protección dada su mayor vulnerabilidad que en el ámbito migratorio experimenta un notable incremento. Recuérdesse que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados parte a respetar los derechos incorporados a la misma asegurando su aplicación sin distinción alguna de raza u origen nacional, e impone la obligación de adoptar las medidas necesarias para “garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo” (art. 2). Las garantías que se acompañan en este precepto de la Directiva comentada pueden pues ser consideradas de baja intensidad frente al “interés superior del niño” que se recoge en la citada Convención (art. 3), en la medida en que solo se contempla la asistencia de los servicios adecuados (sociales de menores) y la obtención por parte de los Estados miembros de garantías de que dicha persona “será entregada a un miembro de su familia, a un tutor previamente designado o a unos servicios de recepción adecuados en el Estado de retorno”. En el mismo sentido, la contradicción de la Directiva se hace evidente con lo protegido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. En efecto la Carta de Niza establece que “en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial” (art. 24).

El internamiento relativo a menores no acompañados y familias con menores está previsto como “último recurso y por ello por el menor tiempo posible” y en este segundo caso para garantizarles su intimidad se preve un alojamiento separado. Respecto de los menores, aun cuando se contempla su participación en actividades de ocio y recreativas, el acceso a la educación queda sujeto a la duración de la presencia en

⁹ La obligación que tiene todo Estado parte de la Convención de 1951 de no devolución al país de origen del solicitante de asilo, cuando corra riesgo para su vida o libertad (art. 33).

el centro. Aun cuando a los menores no acompañados se les facilite, “en la medida de lo posible”, alojamiento en instituciones acordes a sus necesidades y se prevea el interés superior del menor, consideramos muy cuestionable la previsión de su internamiento, por tanto, son numerosas las razones que se pueden argüir en contra del texto de esta Directiva por la minoración de la posición jurídica del menor inmigrante en situación irregular. En primer lugar, hemos de recordar que en el inicio de este procedimiento legislativo comunitario no se contemplaba el internamiento del menor. En segundo lugar, el acceso a la educación de los menores en centros de internamiento no está plenamente garantizado ni tampoco la asistencia jurídica tiene una concepción obligatoria. Para concluir tenemos que hacer hincapié en una posible expulsión a un tercer Estado sin las mínimas garantías para el menor. Como ha señalado ACNUR compete a los Estados miembros tomar “debida cuenta” del interés superior del niño (art. 5), pero no cabe reconocer en este precepto con la rotundidad de la Convención sobre los Derechos del Niño que “el interés superior del niño” sea una consideración primordial. En último caso, el hecho de que el retorno sea posible para los menores si “existen instalaciones de recepción y si dichas instalaciones son adecuadas”, sin especificar el contenido de dichas instalaciones ni la necesidad de la existencia de un responsable del menor en el país de retorno ya personal o institucional, agrava la situación de vulnerabilidad del menor.

Entendemos además que el internamiento del menor y ulterior retorno previsto en la Directiva se contraponen a nuestra regulación interna haciendo incompatible su contenido con el del vigente art. 35 de la Ley Orgánica 8/2000. En este precepto expresamente se establece que compete a la administración del Estado, “de conformidad con el principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores” resolver lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o a aquél “donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España” (art. 35.3). En este sentido, los términos en que el Real Decreto 2393/2004 por el que se aprueba el Reglamento de extranjería contemplan la repatriación son suficientemente elocuentes, “la repatriación a su país de origen solamente se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen” (art. 92.4)¹⁰.

III.- PROHIBICIÓN DE ENTRADA

En nuestra opinión la consecuencia más gravosa que conlleva la decisión de retorno es la de la prohibición de entrada si se trata de retorno forzoso, o si la obligación de retorno no se ha cumplido, aunque queda la duda sobre su interpretación, pudiéndose argumentar que “en otros casos” que no se especifican no conllevará automáticamente

¹⁰ Todo parece indicar que tienen difícil acomodo las previsiones de la Directiva con las afirmaciones contenidas en la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor que establece como “en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo” (art. 2).

la prohibición de entrada (podrán ir acompañadas). Aunque la regla que lleva aparejada es la prohibición de entrada “en principio” no será superior a cinco años, plazo quizá suficientemente gravoso para quien tiene ya un largo periplo migratorio, rápidamente se excepciona la ampliación del mismo si “representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional”. La imprecisa referencia a la amenaza grave nos devuelve al peso que la seguridad está cobrando en la Unión Europea frente a la libertad y a la garantía de los derechos.

Con carácter más general se considera que las víctimas de la trata de seres humanos que hayan sido destinatarios de un permiso de residencia en los términos de la Directiva 2004/81¹¹, que cooperen con las autoridades competentes, no estarán sujetas a prohibición de entrada siempre que no constituya una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

Las excepciones también alcanzan a los motivos humanitarios u otros motivos no especificados, al objeto de abstenerse los Estados miembros de emitir, retirar o suspender una prohibición de entrada. Sin embargo se abre nuevamente paso en el texto de la Directiva a los conceptos jurídicos indeterminados y a la discrecionalidad administrativa.

IV.- GARANTÍAS PROCESALES

Entre las garantías jurídicas recogidas en la Directiva se encuentra la información sobre los fundamentos de hecho del expediente de retorno que podrá estar sujeta a limitaciones en los casos en que la legislación nacional admita restricciones al derecho a la información (seguridad, defensa nacional, seguridad pública, prevención, investigación y enjuiciamiento de los delincuentes). Evidentemente el conocimiento de la motivación administrativa para el retorno se erige en una garantía que no debería ser excepcionada y requisito indispensable para presentar un recurso judicial contra el mismo y fundamentarlo en derecho.

Las obligaciones de los Estados alcanzan también a proporcionar, previa petición, “una traducción escrita u oral de los principales elementos de las decisiones de retorno, incluida información sobre las vías de recurso, en una lengua que el nacional del tercer país comprenda o que pueda suponerse razonablemente que comprende”. Sin embargo, los Estados miembros “podrán optar” por no aplicar el anterior precepto cuando la entrada se haya producido ilegalmente, cuestión esta que igualmente parece extremadamente gravosa. En este caso la información se sustituirá, de conformidad con la legislación nacional, por un formulario formalizado. Es evidente que aun cuando contenga explicaciones de los principales elementos del procedimiento administrativo, por más que se incluya la previsión de facilitar por los Estados miembros folletos informativos generales, en los que se contendrán los principales elementos del

¹¹ Directiva 2004/81 relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal.

formulario normalizado en cinco de las lenguas que con mayor frecuencia utilicen los inmigrantes que llegan a los Estados miembros, no queda suficientemente garantizado el conocimiento y comprensión de los elementos relevantes del retorno. Por tanto, no se asegura en todo caso en la Directiva una información veraz al destinatario de la decisión en términos comprensibles para éste¹².

El contraste con las disposiciones de nuestra normativa interna es considerable ya que los extranjeros internados tienen derecho a ser informados de su situación, que se le facilite el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico, a recibir asistencia sanitaria, a comunicar “inmediatamente a la persona que designe en España y a su abogado el ingreso en el centro”, a ser asistido de abogado e intérprete (art. 62 bis LO 8/2000). Además el art. 62 quáter de dicha norma establece que los extranjeros recibirán a su ingreso en el centro “información escrita sobre sus derechos y obligaciones” que no resulta coincidente con el precepto de la Directiva comentado.

Respecto al recurso, la Directiva prevé que “se concederá” al inmigrante irregular “el derecho a interponer recurso efectivo contra las decisiones relacionadas con el retorno o pidiendo que se revisen éstas”, tanto en vía jurisdiccional, administrativa y otro órgano competente “con garantías de independencia”, que podrá suspender temporalmente la ejecución. Nuevamente se debe cuestionar la terminología incorporada al texto de la Directiva, ya que más allá del departamento administrativo o gubernamental responsable de la tramitación del expediente correspondiente debería quedar indubitada la revisión por un órgano judicial, constituyendo pues una obligación convencional ineludible para la decisión de retorno. Así en relación con el art. 5.1 f) CEDH en particular, pero sobre todas las garantías recogidas en el art. 5 CEDH hemos de recordar que incluye el derecho a ser informado de los motivos de la privación de la libertad, el derecho a ser conducido ante un juez y a ser juzgado en un plazo razonable. Llegados a este punto entendemos que debe quedar asegurado el control de la legalidad de la medida privativa de libertad del extranjero irregular retornable.

Ahora bien, aunque el nacional de un tercer país afectado podrá tener asesoramiento jurídico, representación y, en su caso, asistencia lingüística. Ocurre no obstante que este enunciado queda posteriormente debilitado. Es cierto que corresponderá a los Estados miembros velar por que la asistencia y representación jurídica se conceda previa solicitud de forma gratuita, con arreglo a la legislación nacional pertinente o las normas relativas a la asistencia jurídica gratuita. Pero no es menos cierto que podrán disponer que la asistencia y representación jurídica gratuita esté sujeta a las condiciones establecidas en el art.15, 3-6 de la Directiva 2005/85 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado¹³. En efecto, en esta Directiva se aborda los principios y garantías fundamentales que deben informar el acceso al procedimiento, el derecho de permanencia en el Estado miembro durante el examen de la solicitud, los

¹³ Directiva 2005/85 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado DO L 5.12.2005.

requisitos para el examen de las solicitudes así como de la resolución de la autoridad decisoria. Además, se recogen junto a las garantías para los solicitantes de asilo un conjunto de obligaciones, la audiencia personal, sus requisitos y efectos así como el derecho a asistencia jurídica y representación legal. Sin embargo, no podemos olvidar el alcance exacto de la remisión a la Directiva 2005/85, ya que tras brindar diversas posibilidades puede el Estado miembro optar por reconocer el derecho a la asistencia jurídica “únicamente si el recurso o revisión tiene probabilidades de prosperar”, como es práctica habitual en algunos Estados miembros de la Unión, lo que supone una minoración respecto de su regulación en nuestro ordenamiento interno así como de su consideración por la jurisprudencia constitucional.

Además, la negativa de algunos de los Estados miembros a asumir el coste económico de dicho servicio de asistencia legal ha demorado la aprobación de la misma. Solo cuando se ha acordado sufragar el coste de dicho servicio con cargo a fondos comunitarios previstos para los refugiados, se ha alcanzado el compromiso que ha posibilitado la aprobación de la Directiva. Evidentemente las exigencias de la Directiva quedan muy lejanas al reconocimiento de la asistencia jurídica recogida en nuestro ordenamiento y ratificada por el Tribunal Constitucional.

En este sentido debemos recordar como el Tribunal Constitucional ha afirmado que la asistencia jurídica gratuita es un instrumento indispensable para el acceso a la tutela judicial efectiva sin indefensión, constituyendo un elemento imprescindible para el acceso a los tribunales, que no se limita a que cuando corresponda le sea designado un letrado de oficio (STC 37/1988), ya que no basta el nombramiento, sino la asistencia técnica efectiva. En todo caso la jurisprudencia constitucional permitió fijar el alcance de la asistencia jurídica gratuita: “toda persona física que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar en los términos en los que este concepto jurídico indeterminado sea configurado por el legislador ordinario” (STC 95/2003). Como tuvo ocasión de declarar el Tribunal Constitucional respecto de los extranjeros en situación irregular, al apreciarse inconstitucionalidad en la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia, “los extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación (...), con independencia de la regularidad administrativa de su situación, tienen legitimación para acudir a los Tribunales en defensa de su pretensión” (STC 95/2003).

V.- EL INTERNAMIENTO

El internamiento viene formulado en la Directiva aquí comentada con carácter predeterminado ya que su redacción presenta una inequívoca intencionalidad de imponer como norma el internamiento y no la excepción. En efecto, “salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medias suficientes de carácter menos coercitivo, los Estados miembros podrán mantener internados a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente

a fin de preparar el retorno a la ejecución del proceso de expulsión cuando haya riesgo de fuga o el destinatario evite o dificulte la preparación del proceso de retorno o expulsión”. Sin embargo, contrasta la afirmación contenida en el texto de la Directiva según la 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”, con la realidad actual de los distintos Estados miembros. Se trata de situaciones ante las que el estado de derecho debe ser especialmente exigente en la observancia de determinadas garantías para sus destinatarios y donde la Unión Europea debe responder frente a la diversidad de periodos de retención que pueden oscilar entre Francia con 30 días y Malta con 18 meses. La realidad actual se caracteriza por la ausencia de plazo máximo de retención en Dinamarca, Estonia, Finlandia, Lituania, Países Bajos, Reino Unido y Suecia, que ha justificado inicialmente la adopción de la Directiva. Los términos de esta Directiva contradicen claramente la protección del derecho a la libertad y la seguridad proclamada en el art. 17 CE así como la limitación de la detención preventiva que “no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”, con un plazo máximo inferior a setenta y dos horas.

Entendemos que aun cuando la privación temporal de la libertad puede tener origen en una diversidad de situaciones, el control judicial de la misma constituye un imperativo constitucional (art. 17 CE) y convencional (art. 5.1 CEDH¹⁴) que no puede ser obviado. Recuérdese el reconocimiento en la jurisprudencia constitucional a los extranjeros, entre otros, del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985) y el derecho a la libertad (STC 115/1987). Dicho control corresponde al juez ordinario a través del conocimiento del procedimiento de habeas corpus interpuesto por los sujetos legalmente legitimados para ello.

Será pues relevante la constatación de la privación de libertad y, en ese sentido, hemos de reiterar la conocida jurisprudencia en torno al correcto entendimiento de la detención, esto es, “cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita”, concluyendo el Tribunal Constitucional que ante esta “situación fáctica” no tienen cabida “zonas intermedias entre detención y libertad”.

El internamiento además presenta una dualidad equívoca, ya que aún cuando tiene su origen en un expediente administrativo, impone como consecuencia del mismo una pena de privación de libertad, ya que no cabe entender de otra manera la situación en la que quedarán los destinatarios de la decisión de retorno. Es por esta razón que entendemos insostenible este precepto de la Directiva según el que el internamiento será decidido por las autoridades administrativas o judiciales y cuya consecuencia inmediata es que no impide que el internamiento pueda ser acordado sin intervención judicial.

¹⁴ “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos y con arreglo al procedimiento establecido por la ley (...). Toda persona privada de su libertad mediante detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal”.

Cabe recordar como la vigente ley de extranjería establece que el instructor del expediente administrativo “podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador” (art. 62.1). En el mismo sentido la regulación prevista en la ley de extranjería respecto del ingreso en el centro de internamiento (art. 62.2¹⁵) también tiene difícil acomodo con las previsiones de la Directiva relativas al plazo inicial de seis meses de internamiento y su posible prolongación posterior hasta dieciocho meses.

Ahora bien, la necesidad de que la privación de libertad del inmigrante irregular retornable sea susceptible de control judicial se pretende salvar por el legislador comunitario indicando que, cuando el internamiento haya sido ordenado por autoridades administrativas, los Estados miembros dispondrán que el control judicial tenga lugar “lo más rápidamente posible desde el comienzo del internamiento”, o en su caso “concederán” el derecho a iniciar un procedimiento para el sometimiento judicial rápido de la legalidad de su internamiento. Como es sabido queda a disponibilidad de cada Estado la fijación del plazo de internamiento que deberá ser limitado y no superar los seis meses. Ciertamente, los Estados miembros podrán prorrogar el plazo de internamiento por un periodo no superior a doce meses siempre que pueda presumirse que por falta de cooperación del nacional de un tercer país, o por demoras en la consecución de la documentación necesaria pese a haberse llevado a cabo todos los esfuerzos, pueda “presumirse que la operación de expulsión se prolongará”. Por tanto cabe deducir de este precepto que se culpabiliza al afectado por la falta de diligencia en el procedimiento con la prolongación de la privación de libertad. En este punto se hace difícilmente compatible el texto de esta Directiva y el reconocimiento constitucional de los derechos de libertad (art. 17 CE) y de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), cuyo alcance a todas las personas sin excepción de su nacionalidad han sido reiterados por el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias. Baste recordar como ha señalado el Alto Tribunal que “corresponde a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de la libertad” (STC 115/1987), así como que el internamiento “debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar” (STC 41/1982).

Hemos de hacer hincapié en que estamos ante una privación real y efectiva de libertad, que puede prolongarse incluso hasta los dieciocho meses, que contrasta abiertamente con el plazo de cuarenta días que el “internamiento no puede exceder, en ningún caso” como se recoge en el art. 16.4 del Convenio Europeo de Extradición ratificado por España¹⁶. Nuestra Norma Fundamental además indica la imposibilidad de imponer sanciones que impliquen privación de libertad (art. 25.3 CE). Este plazo exige una reflexión en profundidad pues supera incluso las penas impuestas por la

¹⁵ “El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días, ni acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá fijar un período máximo de duración del internamiento inferior al citado” (STC 115/1987).

¹⁶ “la voluntad del mandato constitucional es que, más allá de las setenta y dos horas, corresponda a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de libertad”.

comisión de determinados delitos por conductas punibles. Constituye pues una pena absolutamente desproporcionada, de tal manera que 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 internamiento, de cuya prolongación incluso se le puede hacer culpable al internado por su no colaboración para la más pronta resolución del procedimiento administrativo. Además, se ha incrementado el rigor en este aspecto en el texto definitivamente aprobado ya que la propuesta inicial de la Comisión en 2005 era la del internamiento por seis meses como tiempo máximo de detención con revisión judicial mensual. En el Parlamento Europeo se intentó rebajar a un período de tres meses prorrogable por otros tres, pero no prosperó esta opción, sino que se ha aumentado el plazo en honor a la consecución de un acuerdo de todos los Estados miembros. No nos parece razonable que se haya aumentado el rigor del texto para la consecución de una unanimidad que transcurre de forma contraria a la pretendida Europa de los derechos.

Como muestra de esta constante tensión entre la rigidez de una norma y su compatibilidad con los derechos comprometidos en los tratados internacionales, el legislador comunitario ha previsto, como no podía ser de otro modo, que en caso de internamiento ilegal se proceda a la liberación del nacional de tercer país de forma inmediata.

El internamiento será ordenado por escrito con motivación de hecho y de derecho. El mantenimiento del internamiento será objeto de revisión a “intervalos razonables” bien instado por el nacional internado o de oficio. Cabe entender que sólo cuando se trata de plazos de internamiento prolongados las revisiones de la medida de internamiento estarán sujetas a supervisión de la autoridad judicial. La enmienda que pretendía sujetar al plazo de setenta y dos horas el control judicial de las decisiones administrativas de internamiento no prosperó. Así inicialmente la Comisión Europea había previsto que la detención se llevase a cabo previa orden judicial y, solo en casos urgentes, se admitiría la orden administrativa con confirmación judicial en setena y dos horas. El resultado final sin embargo es que el internamiento se puede decidir tanto por las autoridades administrativas como judiciales y en el primer caso, la confirmación judicial “lo antes posible”. Evidentemente esta prolongación en principio indeterminada podría conculcar el art. 5.1 del CEDH a la luz de la jurisprudencia del TEDH¹⁷ así como nuestro ordenamiento interno.

Con carácter general el internamiento se realizará en centros de internamiento “especializados”, cuando esto no sea posible y se tenga que llevar a cabo en un centro penitenciario, los extranjeros internados estarán separados de los presos. Este precepto inicialmente solo puede producir perplejidad, ya que se corre el gravísimo riesgo de hacer participe al inmigrante irregular de un régimen de privación de libertad en

¹⁷ En este sentido podemos recordar el caso *Shamsa c. Polonia*, STEDH de 27 de noviembre de 2003. Para el TEDH la compatibilidad entre la privación de libertad y el art. 5.1 del CEDH será posible si se satisface el principio general de seguridad jurídica, esto es la previa determinación legal de las condiciones de la privación de libertad y de su aplicación. Por tanto si el internamiento no es ordenado por un juez ni hay previsión legal para la expulsión se puede estar contraviniendo el art. 5.1 CEDH.

instituciones penitenciarias pensadas para quienes han sido objeto de condena penal por la comisión de hechos delictivos. El riesgo por tanto para el internado es elevado ya que se puede aplicar un régimen disciplinario en un establecimiento carcelario a quien no ha cometido delito alguno. Entendemos que hubiera sido necesaria una previa clarificación en el texto de la Directiva respecto de los centros destinados a inmigrantes irregulares retornables con carácter forzoso. También sería conveniente precisar su régimen interno y una más clara exigencia del control judicial durante el internamiento. Basta con observar las características de los CETI en España para entender la diversidad de situaciones que pueden presentar estos centros, su funcionamiento, la falta de transparencia en cuanto a su régimen interno, etc. Se preve en el texto de la Directiva que previa petición los extranjeros internados puedan contactar con sus representantes legales, los miembros de su familia y las autoridades consulares respectivas. Se hace extensible esta posibilidad a organizaciones y organismos nacionales o internacionales y no gubernamentales, que podrán llevar a cabo visitas a los centros de internamiento, susceptible de quedar sujetas a previa autorización, que no se especifica si judicial o administrativa, y si así fuere en caso negativo si cabría recurso¹⁸. Los nacionales de terceros países que se encuentren en los centros de internamiento “recibirán automáticamente información” relativa a las normas del centro, sus derechos y obligaciones. También se señala la particular atención de la que deben ser destinatarias las personas en situación vulnerable. Se contienen en la Directiva además previsiones en cuanto a la dispensa de atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de las enfermedades a estas personas.

Ante la posibilidad de que se produzcan situaciones de emergencia por el número considerable de nacionales de terceros países que puedan ser repatriados, se contempla una clara merma de las garantías judiciales, ya que se pueden conceder períodos más alargados para el control judicial de las situaciones de internamientos. Por último creemos que hay una pérdida de garantías jurisdiccionales claras para los nacionales de otros países internados con la incorporación al ordenamiento jurídico interno de esta Directiva, ya que los plazos establecidos son de 24 meses con carácter general frente a los 36 previstos para la incorporación de los mecanismos de control judicial previsto en la Directiva. Razonablemente cabe pensar qué sucederá en el período que transcurra entre la transposición efectiva de la Directiva y el período máximo para la introducción de las garantías jurídicas en ella recogidas. Estaríamos quizá ante una suerte de *vacatio legis* incompatible con la certeza que exige en un verdadero estado de derecho el control judicial sobre la privación de libertad.

Finalmente hemos de hacernos eco nuevamente de las dificultades para acomodar el contenido de esta Directiva a los compromisos internacionales adquiridos por los Estados miembros de la Unión Europea como ha evidenciado en sucesivas ocasiones el ACNUR. En efecto, si ya en el año 2005 formulara diversas objeciones a la

¹⁸ Asimismo en los casos *Mohd c. Grecia*, STEDH de 27 de abril de 2006, *Olaechea Cahuas c. España*, STEDH de 10 agosto de 2006, *Kaya c. Rumanía*, STEDH de 12 de octubre de 2006 y *Bogdanovski c. Italia*, STEDH DE 14 de diciembre de 2006, se reitera por el Tribunal la necesidad de que la legalidad de la detención previa, bien para la expulsión o la extradición, responda a un procedimiento claro recogido en la ley sin margen para la discrecionalidad.

propuesta de Directiva¹⁹, con ocasión del debate previo a la aprobación definitiva del texto por el Parlamento Europeo reiteró algunas de aquellas objeciones que cuestionan con toda claridad la compatibilidad de la misma con los compromisos internacionales en protección de derechos humanos²⁰. En concreto, desde el ACNUR se insiste en el riesgo de devolución que corren al carecer de suficientes garantías procesales personas que pueden tener necesidad de protección internacional, especialmente cuando se trate de solicitudes de asilo rechazadas bajo el criterio de proceder de tercer país seguro. Además se resalta la objeción a los términos de la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva a las personas que han entrado ilegalmente en la Unión Europea (art. 2) de tal manera que pudieran quedar excluidos de las garantías de la misma todos los que hubieran realizado un ingreso ilegal en dicho territorio y sólo se beneficiasen de ellas los que hubieran sobrevenido con posterioridad en una situación de irregularidad. Por otra parte, son cuestionadas especialmente las garantías que se recogen en la Directiva con referencia a las personas vulnerables respecto de las que únicamente se indica que “deben tenerse en cuenta” (art. 13), sin que se concreten de forma precisa dichas salvaguardas. La consideración en términos absolutos de la prohibición de entrada puede impedir en determinados casos la reconsideración individual de la misma al objeto de otorgar protección internacional cuando concurren circunstancias que lo hicieran aconsejable, como el cambio de situación política en el país de origen o las actividades que hubiera podido realizar el inmigrante irregular retornable que pudieran dar lugar a persecución política en el país de origen. También se hecha en falta según el ACNUR en esta Directiva un procedimiento para la anulación de la prohibición de entrada cuando concurren circunstancias familiares o humanitarias en consonancia con lo previsto en otras Directivas comunitarias.

En suma, estimamos que la Directiva de retornos constituye un paso hacia la involución de los derechos en el ámbito de la Unión Europea

¹⁹ 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, diciembre de 2005. Recogemos aquí por su interés junto a la necesidad de incrementar las garantías relativas a los inmigrantes ilegales solicitantes de asilo que no se produciría el retorno sin una decisión firme sobre la inadmisión de la solicitud de asilo, la de incluir dos nuevos artículos, sobre la confidencialidad de los datos de los solicitantes de asilo y la prohibición de las expulsiones colectivas.

²⁰ 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 encuentre ilegalmente en su territorio 16 junio de 2008.