

**Directiva de Retorno:**

# NO A LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES

**L**entamente, pero sin pausa, la UE ha ido endureciendo el diseño de su política migratoria común. En los últimos años ha elaborado una serie de instrumentos jurídicos orientados esencialmente al reforzamiento de la denominada “fortaleza europea”, que garantice una inmigración seleccionada bajo criterios de dudosa legalidad.

Es cierto que corren malos tiempos para Europa y peores aún para los países que, como España, gozan de una temperatura democrática, al menos en este terreno, más elevada; pero por ello mismo nuestros representantes en la Unión Europea deberían manifestar su reserva a un proyecto poco respetuoso con el Sistema Universal de Derechos Humanos y con el Sistema Regional del Consejo de Europa, organización internacional la última de la que –entre otros– forman parte todos los Estados miembros de la Unión<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En esta dirección, en el momento de escribir estas notas, hemos tenido conocimiento de la Resolución 3/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA que expresa su preocupación por el contenido de la Directiva, y “(...) exhorta al Parlamento y al Consejo de la Unión Europea, así como a los Estados que integran dicha organización, a que modifiquen la Directiva de Retorno para adecuarla con los estándares internacionales de derechos humanos para la protección de los y las migrantes”.

El último de los instrumentos de este proceso es la **Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio**, que partía de una Propuesta de la Comisión Europea de 2005 (COM (2005) 391 final) y que sería adoptada en primera lectura por el Parlamento Europeo el 18 de Junio de 2008.

En su propuesta, la Comisión Europea recordaba sus palabras de 2002, según las cuales

*“... la acción comunitaria en materia de repatriación sólo dará plenos resultados si se inserta armoniosamente en el contexto de una verdadera gestión del fenómeno migratorio que suponga una consolidación sin ambigüedades de las vías de la inmigración regular y de la situación de los inmigrantes en situación legal, un sistema de asilo efectivo y generoso basado en procedimientos rápidos y que ofrezca el acceso a una auténtica protección para aquellos que lo necesitan, así como un diálogo reforzado con los terceros países a los que conviene hacer cada vez más partícipes de las cuestiones relativas a la migración”.*

Sin embargo, seis años después de este pronunciamiento, la Unión Europea olvi-

dando o bien invirtiendo el sentido de tales términos adoptaba la Directiva de Retorno, siguiendo en gran medida las ideas más involucionistas de la Comisión, claramente apoyadas por los gobiernos europeos menos respetuosos con los derechos de los inmigrantes en situación irregular.

Paradójicamente y en contra de su propia manifestación de intenciones, hasta ahora, la Unión Europea no ha avanzado prácticamente nada en la comunitarización de la gestión del fenómeno migratorio; tampoco se ha esforzado en abrir vías de acceso a la inmigración regular (salvo para las personas de mejor cualificación y preparación, bienvenidas por sus aportaciones al mercado de trabajo, aunque ello pueda llegar a suponer la consiguiente descapitalización intelectual y profesional del Estado de origen); además, apenas si ha logrado muy ligeros avances en materia de asilo, esperando que en 2010 llegue el denominado SECA (Sistema Europeo Común de Asilo).

Pero la Unión ha decidido avanzar sobre el denominado “retorno”, que (si es forzoso) se transmuta en una auténtica expulsión, adoptando una Directiva que significa la definitiva criminalización de las personas migrantes simplemente por encontrarse en una situación administrativa irregular. Pese a sus considerandos, la Directiva no tiene por vocación la protección de las per-



### PASCUAL AGUELO NAVARRO

Abogado. Presidente de la Subcomisión de Extranjería del CGAE

sonas sino más bien o exclusivamente la mejora de la eficacia de la expulsión.

#### CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE 1990

En su momento, saludamos el avance operado en el Gobierno y el Parlamento español hacia la ratificación de la Convención Internacional de 1990 sobre derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Lo hacíamos porque pensamos que el catálogo de derechos y obligaciones contenidos en la Convención debe constituir el mínimo imprescindible con el que Europa y sus instituciones han de tratar a cualquier persona extraña a la ciudadanía de la Unión.

Conviene por ello no olvidar en ningún caso que la prohibición de las expulsiones colectivas, el pleno control judicial de las expulsiones y los retornos, las garantías de defensa efectiva, el trato humano y digno durante el proceso de expulsión y retorno y la no criminalización de las personas migrantes por el mero hecho de su situación irregular, son derechos universalmente aceptados que deben ser respetados especialmente en el territorio europeo.

También resulta imprescindible recordar que todos los Estados miembros de la UE son partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (de 1950) y en el Convenio Europeo sobre Extradición (1957) así como en la Convención de derechos del



niño (1989). Pues bien, el texto de la Directiva resulta muy difícil (si no es imposible) de compaginar con las obligaciones que los Estados miembros de la UE han asumido en dichos Convenios.

Por otro lado, buena parte de las previsiones contenidas en la Directiva, como la duración desproporcionada de la detención de personas sometidas a procedimientos administrativos sancionadores, la ausencia de control judicial en determinados procedimientos, la generalización de la detención que posibilita el texto de la propuesta de Directiva, chocan frontalmente con el contenido del art. 17 de la Constitución Española, en la interpreta-

ción dada por la STC 115/1987; podemos pensar, por consiguiente, que generarán una importante litigiosidad en el ámbito de la jurisdicción española.

Concretando la crítica al articulado de la Directiva destacaremos:

- La introducción entre las definiciones (art. 3 de la propuesta) del concepto de “**riesgo de fuga**” con una amplia enumeración de elementos más propios del derecho penal.
- El art. 14, 4 ter, estructurado por la enmienda nº 60 (Informe Weber), que contempla la prórroga del plazo de internamiento hasta 18 meses, siendo posible su determinación sin la intervención judicial<sup>2</sup>.



- La admisión del internamiento temporal de los niños; desgraciadamente la Comisión ya la preveía (art. 15, 3º, de su propuesta), pero el Informe WEBER la agrava, regulándola específicamente en un art. 15 bis (enmienda nº 67).

- La posibilidad de llevar a cabo los internamientos en centros penitenciarios (art. 16.1)<sup>3</sup>.

- Los arts. 12-14 de la Directiva que desarrollan las llamadas garantías procesales contienen normas claramente inadmisibles desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Por su particular relevancia destacaremos la inseguridad jurídica palmaria (o sea, clara, patente, manifiesta) que refleja el párrafo 3º de este art. 13, en el que se lee: *“El nacional de un tercer país afectado podrá tener asesoramiento jurídico, representación y, en su caso, asistencia lingüística”*. El párrafo 4 de este art. 13 de la Directiva afirma asimismo: *“se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes carezcan de recursos económicos suficientes en la medida en que dicha asistencia sea necesaria para garantizar un acceso efectivo a la justicia”*<sup>4</sup>

¿Cómo se defenderá un extranjero si no tiene asesoramiento jurídico, representación y asistencia lingüística? ¿No se



convierten, en caso contrario, en pura falacia las posibles vías?<sup>5</sup>

De esta manera, si la propuesta de la Comisión Europea de 2005 resultaba ya criticable, el resultado final es mucho peor, incluso mucho peor de lo esperado.

#### INTERNAMIENTO COMO PENA

Se ha producido una **indudable criminalización** del inmigrante en situación irregular. Se le penaliza (en la realidad, el internamiento es una pena) con un castigo más

elevado que si hubiera cometido algunos delitos. El internamiento durante un plazo máximo de 18 meses resulta desde luego radicalmente inadmisibile.

**La inseguridad jurídica** palmaria no puede despreciarse; si estamos en un Estado de Derecho y en una Unión de Derecho, habrá que respetar la seguridad jurídica, bien de incalculable valor para el justiciable (que siempre es el que padece la justicia).

Por otro lado, **el internamiento de niños** para nada respeta el interés superior del menor.

Europa, que durante siglos reivindicó la libre circulación de las personas (cuando los europeos migrábamos buscando futuro, para “hacer las Américas”) se cierra en la actualidad. No se produce solamente una ceguera histórica, se produce además una clara injusticia contra quienes acogieron a los europeos inmigrantes y una grave imprevisión hacia el futuro, porque la Europa actual sigue necesitando a los inmigrantes. Por eso, en realidad, el reto no es cerrar las fronteras, sino regular y gestionar eficazmente los flujos migratorios, la convivencia entre personas de distintos orígenes y culturas, respetando en todo caso el Sistema Universal y Regional de los Derechos Humanos.<sup>6</sup> •

<sup>2</sup> La alegación efectuada por algunos políticos favorables a la Directiva, de que ésta tendrá el benefactor efecto de reconducir a aquellos países de la Unión Europea que, al parecer, actualmente incumplen el contenido de la Convención Europea de Derechos Humanos en esta materia, al permitir internamientos indefinidos y no judicializados, no puede servir de coartada para su aceptación. Aquellos países, que no respetan los derechos humanos, también los de las personas migrantes, no merecen formar parte de una Unión Europea garante de los derechos fundamentales de todas las personas.

<sup>3</sup> En este punto debemos recordar que una Corrigenda del texto de propuesta de Directiva 8148/08 COR 1 evitó que la privación de libertad no se llevara a efecto en centros penitenciarios. Aún en la actualidad, el art. 16.1 de la Directiva permite los internamientos en tales centros con las consiguientes reservas.

<sup>4</sup> La propuesta inicial de la Comisión Europea con una redacción más próxima al mandato contenido en la Convención Europea de Derechos Humanos reiteraba el carácter imperativo de la asistencia jurídica gratuita.

<sup>5</sup> Recordamos aquí la Carta que, con fecha 16 de junio de 2008, dirigió el CCBE (Conseil des Barreaux Européens— Représentant les Avocats d’Europe) a la presidencia del Parlamento Europeo: “(...) le CCBE soutient vivement le Parlement européen dans sa mission visant à garantir l’accès à la justice, ce qui implique l’obligation imposée aux Etats membres de fournir une aide juridique à toute personne dans le besoin sans tenir compte, entre autres, de son origine ou de sa nationalité. Cette garantie constitue une pierre angulaire essentielle de tout pays régi par l’Etat de droit. Par conséquent, le CCBE estime que le principe repris à l’article 12, al. 4 et au considérant (7) de la proposition actuelle, prévoyant que la législation des Etats membres en vigueur jouera un rôle dans les décisions en matière d’aide juridique et d’éligibilité des personnes couvertes par cette directive, ne suffit pas à garantir ce droit fondamental qui doit être protégé tant par la législation européenne que nationale ».

<sup>6</sup> Las reflexiones vertidas en este artículo coinciden con el trabajo más amplio contenido en el Dossier elaborado conjuntamente con el Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Zaragoza, Angel G. Chueca Sancho, que será publicado en el núm. 18 de la REDMEX (Revisión de Derecho Migratorio y Extranjería, LexNova).

Versión más amplia del artículo con información adicional en: [www.abogados.es](http://www.abogados.es)



CROACIA

# *El Mediterráneo tal como era*

Oficina de Turismo de Croacia · Tel: 91 781 55 14 · [www.visitacroacia.es](http://www.visitacroacia.es)

