

**LA DIRECTIVA 2008/115/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL  
CONSEJO DE 16 DE DICIEMBRE DE 2008 RELATIVA A NORMAS Y  
PROCEDIMIENTOS COMUNES EN LOS ESTADOS MIEMBROS PARA EL  
RETORNO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN SITUACIÓN  
IRREGULAR <sup>1</sup>**

Por

VALENTÍN BOU FRANCH / ISABEL REIG FABADO  
Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales / Profesora  
Contratada Doctor de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Valencia / Universidad de Valencia

valentin.bou@uv.es / isabel.reig@uv.es

*Revista General de Derecho Europeo* 19 (2009)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA BASE JURÍDICA DE LA DIRECTIVA 2008/115/CE. 1. Introducción. 2. Limitación del ámbito de aplicación territorial. 3. Limitación del ámbito de aplicación material. 4. Celebración de convenios internacionales con terceros Estados. 5. El principio de subsidiariedad y el Derecho autónomo. 6. Perspectivas de futuro: el Tratado de Lisboa. III. LAS NORMAS Y LOS PROCEDIMIENTOS COMUNES PARA EL RETORNO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN SITUACIÓN IRREGULAR. 1. Disposiciones generales. 2. Finalización de la situación irregular. 3. Garantías procedimentales. 4. Internamiento a efectos de expulsión. 5. Disposiciones finales. IV. LA DIRECTIVA 2008/115/CE Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1. Introducción. 2. Garantías procesales: la tutela judicial efectiva y la asistencia jurídica gratuita. 3. El internamiento a efectos de expulsión de los nacionales de terceros países en situación irregular. 4. El interés superior del menor: especial consideración de los menores extranjeros no acompañados. V. CONSIDERACIONES FINALES.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El 24 de diciembre de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (UE) la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el

---

<sup>1</sup> Recibido el 29/7/2009 / Aceptado el 16/9/2009.

retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, conocida comúnmente -y en adelante- como Directiva de Retorno<sup>2</sup>.

Los antecedentes de la Directiva de Retorno se remontan al Consejo Europeo celebrado en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999. En esta ocasión, el Consejo Europeo se mostró partidario de que la UE desarrollara:

“políticas comunes en materia de asilo e inmigración, teniendo en cuenta al mismo tiempo la necesidad de llevar a cabo un control coherente de las fronteras exteriores para poner fin a la inmigración ilegal y para luchar contra quienes la organizan y cometen delitos internacionales conexos. Los principios en los que deben basarse estas políticas han de ser claros para nuestros propios ciudadanos y, además, han de ofrecer garantías a las personas que busquen protección en la UE o traten de entrar en ella”<sup>3</sup>.

Cinco años después, el Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004 consideró que había llegado el momento de establecer un nuevo programa que permitiera a la UE avanzar y hacer frente con eficacia a los nuevos retos que le esperaban. A tal efecto, el Consejo Europeo aprobó un nuevo programa para los cinco años siguientes, que se conoce como el “Programa de La Haya”<sup>4</sup>. En el marco de este Programa<sup>5</sup>, se incluyó el punto 1.6.4, titulado “Política de repatriación y readmisión”, que es del siguiente tenor:

“Los migrantes que no tengan o hayan dejado de tener derecho a permanecer

---

<sup>2</sup> DO L 348, de 24.12.2008, p. 98-107. Texto disponible en: «<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:ES:PDF>» (última consulta: 12.07.2009).

<sup>3</sup> Véase el documento: *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999)*, pár. 3. Texto disponible en la dirección de Internet: «[http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm)» (última consulta: 12.07.2009).

<sup>4</sup> Documento 14292/1/04 Rev. 1 (Bruselas, 08.12.2004): *Consejo Europeo de Bruselas, 4 y 5 de noviembre de 2004. Conclusiones de la Presidencia*, p. 4, pár. 15. El Programa de La Haya es el Anexo 1 de las Conclusiones de la Presidencia. Este texto está disponible en: «[http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/82539.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/82539.pdf)» (última consulta: 12.07.2009).

<sup>5</sup> El Programa de La Haya se aprobó con un carácter muy ambicioso. Según las Conclusiones de la Presidencia: “el objetivo del Programa de La Haya es la mejora de la capacidad común de la Unión y de sus Estados miembros de: garantizar los derechos fundamentales, las salvaguardias procesales mínimas y el acceso a la justicia, proporcionar a quienes la necesiten la protección de acuerdo con la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y otros tratados internacionales, regular los flujos de migración y controlar las fronteras exteriores de la Unión, luchar contra la delincuencia organizada transfronteriza y reprimir la amenaza del terrorismo, explotar el potencial de Europol y Eurojust, proseguir con el establecimiento del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y certificados tanto en materia civil como penal, y eliminar obstáculos legales y judiciales en los litigios en asuntos civiles y familiares con repercusiones transfronterizas”. *Ibid.*, Anexo I, p. 11.

legalmente en la UE deberán regresar de forma voluntaria o, si es necesario, obligatoria. El Consejo Europeo pide que se establezca una política eficaz de expulsión y repatriación basada en normas comunes para las personas que vayan a ser repatriadas, de manera humana y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad.

El Consejo Europeo considera esencial que el Consejo inicie a principios de 2005 el debate sobre las normas mínimas para procedimientos de repatriación, incluidas las normas mínimas de apoyo a actuaciones nacionales eficaces de repatriación. La propuesta resultante deberá tener en cuenta asimismo preocupaciones especiales por lo que se refiere a la salvaguardia del orden público y la seguridad. Se requiere un planteamiento coherente entre la política de repatriación y todos los demás aspectos de las relaciones exteriores de la Comunidad con terceros países, al igual que un especial énfasis en el problema de los nacionales de dichos terceros países que no poseen pasaportes u otros documentos de identidad. El Consejo Europeo pide:

- una colaboración más estrecha y asistencia técnica mutua
- el inicio de la fase preparatoria de un fondo europeo de repatriación
- programas específicos de repatriación comunes e integrados por país y por región
- la creación de un fondo europeo de repatriación antes de 2007, teniendo en cuenta la evaluación de la fase preparatoria
- la pronta celebración de acuerdos comunitarios de readmisión
- la designación, lo antes posible, por la Comisión de un representante especial para la política común de readmisión<sup>6</sup>.

Es más, a la luz de dicho Programa, el Consejo Europeo invitó a la Comisión a que presentara en 2005 al Consejo un plan en el que se traduzcan en acciones concretas los objetivos y prioridades del Programa, incluyendo un calendario para la adopción e incorporación de todas las acciones<sup>7</sup>. Por ello, el 1 de septiembre de 2005, la Comisión presentó su Propuesta de directiva sobre este particular<sup>8</sup>. La Comisión contextualizó su

---

<sup>6</sup> *Ibíd.*, Anexo I, p. 22-23.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, p. 5, pár. 17 y Anexo I, p. 12.

<sup>8</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, documento COM(2005) 391 final (Bruselas, 01.09.2005): *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de*

Propuesta no sólo en el Programa de La Haya, sino también en dos Comunicaciones suyas de 2001 y 2002, respectivamente. En su Comunicación relativa a una política común de inmigración ilegal, de 15 de noviembre de 2001<sup>9</sup>, la Comisión señaló que la política de retorno es una parte integral y crucial de la lucha contra la inmigración ilegal. Una política comunitaria de retorno debería basarse en tres elementos: principios comunes, normas comunes y acciones comunes. El Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno, de 10 de abril de 2002<sup>10</sup>, analizó más detalladamente el problema del retorno como parte integrante de una política comunitaria global de inmigración y asilo. El Libro Verde resaltaba la necesidad de aproximación y de mayor cooperación, en materia de retorno, entre los Estados miembros y puso sobre la mesa varios elementos posibles de una futura propuesta legislativa sobre normas comunes con objeto de lanzar un amplio debate entre las partes interesadas.

La segunda Comunicación de la Comisión fue la relativa a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, de 14 de octubre de 2002<sup>11</sup>. En ella, la Comisión tuvo en cuenta los resultados de este proceso público de consulta y bosquejó un programa concreto de nuevas medidas, haciendo especial hincapié en un planteamiento global. Según esta Comunicación:

---

*terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (presentada por la Comisión)*, 23 págs. Texto disponible en: «<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0391:FIN:ES:PDF>» (última consulta: 12.07.2009). Para su tramitación, la Comisión anexó dos documentos. El primero fue el documento SEC(2005) 1057 (Bruselas, 01.09.2005): *Commission Staff Working Document. Annex to the: Proposal for a European Parliament and Council directive on common standards on procedures in Member States for returning illegally staying third country nationals. Impact Assessment*, 31 págs. Disponible en la dirección: «[http://www.europarl.europa.eu/registre/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_europeenne/sec/2005/1057/COM\\_SEC\(2005\)1057\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2005/1057/COM_SEC(2005)1057_EN.pdf)» (última consulta: 12.07.2009). El segundo es el documento SEC(2005) 1175 (Bruselas, 04.10.2005): *Commission Staff Working Document. Detailed comments on Proposal for a European Parliament and Council Directive on common standards on procedures in Member States for returning illegally staying third country nationals (COM(2005) 391 final)*, 9 págs. Disponible en la dirección: «[http://www.europarl.europa.eu/registre/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_europeenne/sec/2005/1175/COM\\_SEC\(2005\)1175\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2005/1175/COM_SEC(2005)1175_EN.pdf)» (última consulta: 12.07.2009).

<sup>9</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, documento COM(2001) 672 final (Bruselas, 15.11.2001): *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal*, 27 págs. Este texto está disponible en la dirección de Internet: «<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0672:FIN:ES:PDF>» (última consulta: 12.07.2009).

<sup>10</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, documento COM(2002) 175 final (Bruselas, 10.04.2002): *Libro verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales (presentado por la Comisión)*, 28 págs. Este texto está disponible en la dirección de Internet: «<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0175:FIN:ES:PDF>» (última consulta: 12.07.2009).

<sup>11</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, documento COM(2002) 564 final (Bruselas, 14.10.2002): *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales*, 28 págs. Disponible en la siguiente dirección: «<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0564:FIN:ES:PDF>» (última consulta: 12.07.2009).

“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 aquéllos 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”.

Basándose en esta Comunicación, el Consejo adoptó su Programa de ayuda al retorno, de 28 de noviembre de 2002 <sup>12</sup>, en el que pidió una mayor cooperación operativa entre los Estados miembros, una cooperación con terceros países más intensa y el establecimiento de normas comunes con el objetivo de facilitar el retorno operativo.

En opinión de la Comisión Europea, una política de retorno efectiva es un componente necesario de una política de emigración bien gestionada y verosímil, resultando necesario acordar normas claras, transparentes y justas que tengan en cuenta esta necesidad y respetando al mismo tiempo los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona concernida. Su propuesta pretendía alcanzar estos objetivos: 1) estableciendo la norma de que debería ponerse fin a la estancia ilegal a través de un procedimiento justo y transparente; 2) promoviendo el principio del retorno voluntario, estableciendo la norma general de que normalmente debería concederse un “plazo para la salida”; 3) estableciendo -como principio general- un procedimiento armonizado en dos etapas: que suponga una decisión de retorno en una primera etapa y -en caso de necesidad- la emisión de una orden de expulsión como segunda etapa, alineando de este modo, hasta cierto punto, los sistemas de los Estados miembros, divergentes en la actualidad; 4) abordando la situación de las personas que se encuentran ilegalmente en el territorio pero que no pueden (todavía) ser expulsadas; 5) previendo un conjunto mínimo de garantías procesales; 6) limitando el uso de medidas coercitivas, supeditándolas al principio de proporcionalidad y estableciendo unas garantías mínimas para la práctica del retorno forzado; 7) dando una dimensión europea a los efectos de las medidas de retorno nacionales, estableciendo una prohibición de reingreso válida en todo el territorio de la UE; 8) premiando el cumplimiento correcto (incluida la opción de retirar cualquier prohibición de reingreso) y penalizando el

---

<sup>12</sup> Una lista exhaustiva de las medidas legislativas y no legislativas adoptadas en desarrollo de este Plan figura en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, titulado “Informe relativo al desarrollo de una política común en materia de inmigración ilegal, trata de seres humanos, fronteras exteriores y retorno de residentes ilegales”, contenido en el documento SEC(2004) 1349 (Bruselas, 25.10.2004).

incumplimiento (incluida la opción de ampliar cualquier prohibición de reingreso); 9) protegiendo los intereses del Estado en casos de grave amenaza para la seguridad nacional y pública (incluida la opción de ampliar cualquier prohibición de reingreso); 10) limitando el uso del internamiento temporal y supeditándolo al principio de proporcionalidad; 11) estableciendo unas garantías mínimas para la práctica del internamiento temporal; y 12) abordando las situaciones en que un ciudadano de un tercer país que es el destinatario de una orden de expulsión o de una decisión de retorno emitida por un Estado miembro es interceptado en el territorio de otro Estado miembro<sup>13</sup>.

La propuesta de directiva de la Comisión se tramitó por el procedimiento de la codecisión (art. 251 TCE), siendo aprobada con algunas enmiendas como consecuencia del Dictamen emitido por el Parlamento Europeo el 18 de junio de 2008<sup>14</sup> y de la Decisión del Consejo de 9 de diciembre de 2008<sup>15</sup>. Esta Directiva comunitaria se erige, de manera polémica, como un ejemplo de la “nueva política” comunitaria en materia migratoria que supone una vuelta de tuerca más en el giro involucionista global que han experimentado, no sólo el Derecho comunitario, sino, asimismo, un buen número de legislaciones estatales sobre la materia. Ello se concreta en la introducción de recortes en los derechos de los inmigrantes en situación irregular que se manifiestan en medidas como la prohibición de readmisión, la posibilidad de retención en centros de internamiento hasta un plazo máximo de 18 meses o la falta de garantías jurídicas en especial –aunque no sólo- para con los colectivos vulnerables, como por ejemplo los menores.

Lejos de un tentador análisis socio-político, que excede del objetivo del presente comentario, simplemente pretendemos ratificar la afirmación vertida desde una perspectiva jurídica. Para ello, en el presente comentario planteamos el carácter limitado de la base jurídica de la Directiva de Retorno (epígrafe II); describimos el contenido de la misma (epígrafe III); y comparamos algunos aspectos de su contenido con las normas sobre protección de derechos humanos contenidas en otros textos legislativos de origen institucional, convencional y autónomo y, asimismo, con la jurisprudencia española e internacional sobre la materia (epígrafe IV).

---

<sup>13</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, documento COM(2005) 391 final (01.09.2005): *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (presentada por la Comisión)*, cit., p. 3-4.

<sup>14</sup> Véase la dirección de Internet: «<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P6-TA-2008-0293>» (última consulta: 12.07.2009).

<sup>15</sup> Véase la dirección de Internet: «<http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st16/st16942-ad01.es08.pdf>» (última consulta: 12.07.2009).

Esta perspectiva puede ser de utilidad tendiendo en cuenta que las previsiones establecidas se plantean como objetivos comunes posibles para los Estados miembros que deben transponer la Directiva en un plazo general que alcanza hasta el 24 de diciembre de 2010 y, específicamente –por lo que respecta al artículo 13.4- hasta el 24 de diciembre de 2011<sup>16</sup>. Una tregua temporal que puede convertirse en una interesante oportunidad para la reflexión, cuanto menos, respecto de la idoneidad de algunos extremos de su contenido e, incluso, sobre la pertinencia del sentido que adopta la política migratoria comunitaria de retorno.

## II. LA BASE JURÍDICA DE LA DIRECTIVA 2008/115/CE

### 1. Introducción

La Directiva de Retorno se constituye como un acto legislativo cuya base legislativa deriva de la denominada comunitarización del tercer pilar que produjo la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997. Como es sabido, se introdujo un nuevo Capítulo IV en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) bajo el título de “Visado, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”. En definitiva, se produjo una transferencia de competencias respecto de estas materias que producía la conversión de su regulación de “intergubernamental” a “comunitaria” o “supranacional”, con el objetivo de alcanzar la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>17</sup>.

En este contexto se introduce la cuestión relativa a la inmigración sobre la que se había gestado, como se ha visto, toda una serie de criterios relativos a la política migratoria comunitaria. Como se ha visto, los Consejos Europeos de Tampere –en 1999- y de Salónica –en 2003- han ido configurando y consolidando los principios sobre los que debe inspirarse el desarrollo de las políticas comunitarias en materia de migración y retorno. Asimismo, el Consejo Europeo de Bruselas -de 2004- estableció, en definitiva y como también se ha desarrollado anteriormente, una doble necesidad en la política de retorno: la de erigir normas que sean comunes y que respeten los derechos humanos.

Sin embargo, este objetivo tan claramente establecido, resulta algo ambicioso para la base jurídica que se ha utilizado. De suerte que deben realizarse una serie de

---

<sup>16</sup> Artículos 20 y 22 de la Directiva de Retorno en relación con la delimitación del ámbito de aplicación temporal. La Directiva entró en vigor a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la UE (art. 22) y ofrece un plazo general de transposición de 2 años y otro específico de 3 años para los Estados miembros (art. 20).

<sup>17</sup> IGLESIAS BUHIGUES, J. L., “Espacio de libertad, de seguridad y de justicia”, *Cuadernos de Integración Europea*, marzo, 2006, núm. 4.

precisiones de carácter técnico –esto es, referidas a la base jurídica de la Directiva- que, de algún modo limitan territorial y materialmente el ámbito de aplicación de la misma.

## 2. Limitación del ámbito de aplicación territorial

En primer lugar y de entrada –sin analizar todavía las cuestiones de contenido-, la base jurídica de la Directiva no tiene una proyección de eficacia con el mismo alcance sobre todos los Estados miembros de la UE. Ello se debe a que Dinamarca queda al margen del Tratado de Ámsterdam<sup>18</sup> y se establece la facultad de incorporación -opting in- para Reino Unido e Irlanda. De modo que Dinamarca queda excluida de todos los actos legislativos derivados de esta base jurídica y Reino Unido e Irlanda gozan de la facultad de determinar ex casu su voluntad de incorporarse a cada uno de ellos, razón por la que quedan en situación de poder optar sobre su participación en la misma y, por lo tanto, de decidir voluntariamente la transposición o no de su contenido en sus ordenamientos jurídicos.

Por lo que respecta, en primer término, a la posición de exclusión de Dinamarca en relación con los actos legislativos comunitarios elaborados al amparo de esta base jurídica, sólo en dos ocasiones se ha superado este escollo. Ello fue posible mediante la celebración de Acuerdos de extensión de efectos -a modo de tratados internacionales- entre los Estados miembros de la UE y Dinamarca<sup>19</sup>. En segundo, término, por lo que respecta a Reino Unido e Irlanda, hasta la fecha han ejercitado su facultad de incorporación respecto de todos los Reglamentos elaborados en este marco jurídico.

En definitiva, y por lo que respecta a la Directiva de Retorno, Dinamarca no queda obligada por la misma y, por ende, no tiene la obligación de transposición a su Derecho interno, si bien en la medida en que la citada Directiva desarrolla el “acervo Schengen”, este país decidirá en un periodo de seis meses desde la adopción de la Directiva si la incorpora o no a su Derecho interno<sup>20</sup>. En cuanto a Reino Unido e Irlanda, no participan

---

<sup>18</sup> En este sentido, véanse los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anexo al TUE y al TCE.

<sup>19</sup> *Vid.* los Acuerdos de extensión de efectos celebrados entre los Estados miembros de la UE y Dinamarca en relación con los Reglamentos comunitarios 44/2001, relativo a la competencia judicial internacional y el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (“Bruselas I”) y el Reglamento 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13.11.2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil por el que se deroga el Reglamento 1348/2000 del Consejo.

<sup>20</sup> Artículo 5 del Protocolo *cit. supra* y el Considerando (25) de la Directiva de Retorno.



en la adopción de esta Directiva “y, por tanto, no están vinculados por la misma en su totalidad ni sujeto a su aplicación”<sup>21</sup>.

En este sentido, no puede afirmarse, en rigor, que con la Directiva de Retorno se consiga la elaboración de “normas comunes” que configuren una auténtica política migratoria comunitaria de retorno, que es el objetivo originario de la misma.

### **3. Limitación del ámbito de aplicación material**

Como se ha indicado, la denominada “comunitarización del tercer pilar” –operada por el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997- introdujo un nuevo Capítulo IV en el TCE bajo el título de “Visado, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”. Esta incorporación ha supuesto un salto cualitativo en el grado de integración comunitaria por cuanto que, respecto de las materias incluidas, se deja la vía de la cooperación intergubernamental, estableciéndose competencia legislativa comunitaria para desarrollar legislación en estas materias. En definitiva, se produce una transferencia de competencias respecto de estas materias de los Estados miembros a las instituciones comunitarias. La introducción de este cambio se ha considerado como un “giro copernicano” y ha dado lugar a lo que se ha denominado como “nuevo Derecho internacional privado comunitario”. Lo cierto es que, en sus diez años de existencia, la elaboración de normativa comunitaria en estas materias ha sido especialmente prolífica. A modo de ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, piénsese en algunos de los Reglamentos comunitarios elaborados recientemente en el ámbito de la cooperación judicial civil y relativos a la notificación y traslado, el proceso europeo de escasa cuantía o el proceso monitorio europeo<sup>22</sup>.

Específicamente en la materia que nos ocupa, el artículo 63 TCE -en la letra b) de su párrafo tercero- incluye la adopción de medidas en materias de “inmigración y residencia ilegal, incluyendo la repatriación de residentes ilegales”. Sin embargo, la propia rúbrica del Capítulo IV condiciona las materias integradas a la libre circulación de personas en el contexto de la consecución de un mercado único. Ello debe relacionarse con el artículo 61 TCE, que establece la posibilidad de adoptar “medidas destinadas a garantizar la libre

---

<sup>21</sup> Considerandos (26) y (27) de la Directiva de Retorno.

<sup>22</sup> Véase el Reglamento 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13.11.2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil por el que se deroga el Reglamento 1348/2000 del Consejo. Asimismo, el Reglamento 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11.07.2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía y el Reglamento 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12.12.2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo. Sin olvidar otros Reglamentos imprescindibles, elaborados bajo este marco, amén de los proyectos actualmente tramitándose, como el Reglamento 44/2001 (“Bruselas I”) o el Reglamento 2201/2003 (“Bruselas II”), además del Reglamento 864/2007 (“Roma II”) o el Reglamento 593/2008 (“Roma I”), ya en el ámbito conflictual.

circulación de personas de conformidad con el artículo 14". De modo que, de entrada, la citada transferencia no se produce en sentido genérico, sino restringidamente y referido únicamente a la adopción de medidas y en relación con aspectos concretos. Evidentemente (y desde la perspectiva de la delimitación del ámbito de aplicación personal), *sensu contrario*, las medidas establecidas en este contexto normativo no son de aplicación a los beneficiarios de la libre circulación.

Asimismo, la virtualidad del contenido de las medidas previstas debe modularse y, por ello, se añade otro condicionante: el principio de aplicación de una norma más favorable. De este modo, también resultan operativas las normas más beneficiosas que se hayan dispuesto en un texto convencional, así como en el Derecho comunitario –el acervo comunitario en materia de inmigración y asilo- e, incluso, con las establecidas en los Derechos internos de los Estados miembros de la UE, siempre que sean compatibles con la Directiva<sup>23</sup>.

Es por ello que la limitación material no se refiere exclusivamente al condicionamiento a la libre circulación de personas en la consecución de un mercado único, sino, asimismo, a su sometimiento al principio de subsidiariedad y a la necesaria complementariedad -técnica y operativa- con otros instrumentos de regulación. Concretamente, el contenido de los convenios internacionales y, también, con los Derechos internos, siempre que se dé, como hemos visto, la compatibilidad.

#### **4. Celebración de Convenios internacionales con terceros Estados**

El citado principio de las disposiciones más favorables, reconocido de forma expresa en el artículo 4 de la Directiva de Retorno, concreta que será de aplicación sin perjuicio de las normas más favorables contenidas en las normas de origen convencional. Ello incluye los convenios internacionales, bilaterales o multilaterales, celebrados entre la Comunidad o la Comunidad y sus Estados miembros y uno o varios terceros países, así como los celebrados entre uno o varios Estados miembros y uno o varios terceros países<sup>24</sup>.

Asimismo, piénsese, además, en la celebración de convenios internacionales sobre la readmisión de personas en situación irregular entre los Estados miembros de la UE y terceros Estados. Este ámbito está necesaria y obviamente incardinado en el marco de la cooperación, teniendo en cuenta que la obligación de readmisión es un principio

---

<sup>23</sup> Artículo 4 de la Directiva de Retorno.

<sup>24</sup> Esta cuestión está reconocida expresamente en la propia Directiva de Retorno -en el citado artículo 4-, sin entrar en consideraciones relativas a la base jurídica de la acción comunitaria *ad extra*. En este sentido, *vid.* ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "La nueva Directiva de Retorno en el contexto de la actual política comunitaria de inmigración", *Revista de Estudios jurídicos*, núm. 8, 2008, p. 1-6.

básico reconocido por las instituciones comunitarias como elemento determinante en la gestión adecuada del fenómeno migratorio <sup>25</sup>. A este respecto, la propia Directiva afirma que:

“A fin de facilitar el proceso de retorno se destaca la necesidad de que haya acuerdos de readmisión comunitarios y bilaterales con terceros países. La cooperación internacional con los países de origen en todas las fases del proceso de retorno constituye un requisito previo para la consecución de un retorno sostenible” <sup>26</sup>.

En este sentido, los convenios internacionales celebrados por España que contienen preceptos en materia de readmisión utilizan un lenguaje estandarizado y, entre ellos, pueden destacarse: a) el Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador, relativo a la regulación y la ordenación de los flujos migratorios, hecho en Madrid, el 29 de mayo de 2001 <sup>27</sup>; b) el Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, en materia de inmigración, hecho en Madrid, el 1 de julio de 2003 <sup>28</sup>; c) el Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Gambia, hecho “*ad referendum*” en Banjul, el 9 de octubre de 2006 <sup>29</sup>; y d) el Acuerdo de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea, hecho “*ad referendum*” en Conakry, el 9 de octubre de 2006 <sup>30</sup>.

El denominador común de estos convenios internacionales consiste en la utilización de una fórmula jurídica similar para la readmisión de personas que responde al siguiente planteamiento:

“1. Cada parte contratante, readmitirá en su territorio, a petición de la otra parte contratante, sin perjuicio de los derechos y garantías que otorgan las legislaciones de ambos países, a la persona que en el territorio de la Parte contratante requirente, no cumpla o haya dejado de cumplir los requisitos vigentes de entrada o residencia, siempre que se pruebe o se presuma, de modo verosímil, que la persona en cuestión posee la nacionalidad del Estado de la Parte

---

<sup>25</sup> Vid. el artículo 13 del Acuerdo de Asociación firmado en Cotonú, de 23 de junio de 2000, entre los Estados ACP y la Comunidad Europea y sus Estados miembros (Acuerdo de Cotonú) y, asimismo, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 30 de noviembre de 2006 (Doc. COM 2006 735).

<sup>26</sup> Considerando (7) de la Directiva de Retorno.

<sup>27</sup> BOE, núm. 164, de 10.07.2001.

<sup>28</sup> BOE, núm. 185, de 04.08.2003.

<sup>29</sup> BOE, núm. 310, de 28.12.2006.

<sup>30</sup> BOE, núm. 26, de 30.01.2007 y BOE, núm. 80, de 03.04.2007.

contratante requerida.

2. La Parte contratante requirente readmitirá de nuevo a la persona en cuestión, siempre que se haya demostrado que no poseía la nacionalidad de la Parte contratante requerida en el momento de la salida del territorio de la parte contratante requirente.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado primero de este artículo, las autoridades de la parte contratante requirente se comprometen a facilitar la ida y el retorno paulatino y voluntario de las personas que se encuentren en situación irregular en su territorio, al objeto de que aquéllas que lo soliciten tengan garantizado que, por medio de la Embajada correspondiente, se les tramitará de forma preferente los visados de residencia y trabajo, en el menor plazo posible, con garantía de un puesto de trabajo en la Parte contratante requirente”.

La obligación de readmisión se condiciona a la prueba o presunción *iuris tantum* de la posesión de la nacionalidad del Estado requerido. Las garantías establecidas en el mecanismo convencional de readmisión alcanzan los derechos y garantías reconocidos en las legislaciones de los Estados involucrados y añaden un compromiso de gestión eficaz de los flujos migratorios.

Obviamente, la obligación de readmisión supone la continuación natural y, al mismo tiempo, necesaria, de las medidas de retorno. La regulación de esta cuestión se sitúa técnicamente en la vía de la cooperación intergubernamental, y se contiene en los convenios internacionales en relación de complementariedad o sinergia con la vía comunitaria de la Directiva de Retorno.

## **5. El principio de subsidiariedad y el Derecho autónomo**

El mismo TCE prevé la interacción de esta labor comunitaria con los Derechos internos de los Estados miembros y establece que la adopción de estas medidas no impiden a los Estados miembros mantener o introducir disposiciones nacionales que sean compatibles con el TCE y con los convenios internacionales<sup>31</sup>.

En este sentido, debe tenerse en cuenta el principio de subsidiariedad<sup>32</sup>, bajo el que la intervención de la acción comunitaria sólo se produce en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior. De este modo, la acción comunitaria interviene mediante la Directiva de Retorno para el establecimiento de normas y procedimientos comunes para el retorno de los nacionales de terceros países en

---

<sup>31</sup> Artículo 63.4.2 TCE.

<sup>32</sup> Artículo 5 TCE.

situación irregular, en tanto en cuanto este objetivo no pueda ser alcanzado de forma suficiente por los Estados miembros. La citada Directiva afirma al respecto que:

“Dado que el objetivo de la presente Directiva, a saber, el establecimiento de normas comunes sobre retorno, expulsión, uso de medidas coercitivas, internamiento y prohibición de entrada, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a la dimensión y efectos de la presente Directiva, puede lograrse mejor a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas de conformidad con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en ese mismo artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo”<sup>33</sup>.

Debe tenerse en cuenta, pues, la normativa de origen estatal sobre la materia y ello nos lleva en el Derecho español, en primer término, a la Constitución española de 1978. En este sentido, cabe señalar que la Constitución española contiene un precepto clave - el artículo 13.2- que garantiza la protección de los derechos de los extranjeros y que debe ser inspirador de la normativa de desarrollo. Esta normativa abarca, fundamentalmente y sin ánimo exhaustivo, a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>34</sup>, con todas las modificaciones experimentadas<sup>35</sup>, así como al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 y su modificación<sup>36</sup>. Sin olvidar el Proyecto de Reforma de la Ley de Extranjería española<sup>37</sup>, que incide en este ámbito de medidas de retorno de los inmigrantes en situación irregular<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> Considerando (20) de la Directiva de Retorno.

<sup>34</sup> *BOE* núm. 10, de 12.01.2000 y *BOE* núm. 20, de 24.01.2000.

<sup>35</sup> Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (*BOE* núm. 307, de 23.12.2000); Ley Orgánica 11/2003 (*BOE* núm. 234, de 30.09.2003); y Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (*BOE* núm. 279, de 21.11.2003).

<sup>36</sup> *BOE* núm. 6, de 07.01.2005. El Real Decreto 2393/2004 ha sido modificado por el Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio (*BOE*, núm. 177, de 23.07.2009).

<sup>37</sup> Véase el Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Proyecto de Ley núm. 121/000032, publicado en el *BOCG*, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, de 1 de julio de 2009, núm. 31-1, p. 1-26 (y 13 de julio y 16 de julio, para la prórroga de la presentación de enmiendas). La polémica que suscita la reforma no se limita a la ampliación citada de los plazos de internamiento, sino, asimismo, a la restricción del sistema de reagrupación familiar o, también, a la creación de un “Registro de entradas y salidas”. Lo cierto es que, simultáneamente, recoge medidas favorables para los inmigrantes en situación irregular, como las dirigidas a las víctimas de violencia de género.

<sup>38</sup> Uno de los puntos tangenciales -y polémicos- de la Directiva de Retorno y del Proyecto de reforma citado de la Ley Orgánica de Extranjería española es, precisamente, y salvando las

Todas estas razones nos llevan a la conclusión de que existe un margen de discrecionalidad en los ordenamientos internos de los Estados miembros con respecto al contenido de la Directiva de Retorno. Margen que es limitado por mandato constitucional y que presenta la posibilidad de aplicar la normativa interna de carácter más favorable, siempre, como se ha visto, que resulte compatible. En este sentido, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que ha sido tajante en la defensa de los derechos fundamentales de los extranjeros en España –considerando, en este punto, como irrelevante la consideración administrativa de regularidad o no-, que no ha dudado en declarar la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley Orgánica de Extranjería, y de otros textos, que pretendían limitar el ejercicio de alguno de estos derechos<sup>39</sup>.

Asimismo, otro problema que apunta la transposición de la Directiva comunitaria en los Derechos nacionales de los Estados se concreta en la ausencia de un concepto autónomo de retorno. Si bien es cierto que la Directiva distingue entre el retorno voluntario y forzoso y la expulsión, entendida esta última como ejecución de esa obligación de retorno, no lo es menos que queda sin especificar si se concreta en la expulsión, repatriación, salida voluntaria y otros conceptos que podrían quedar incluidos y que pueden derivar de un procedimiento administrativo o, incluso, penal.

En definitiva, este amplio margen de discrecionalidad para los Estados miembros puede acabar constituyendo un obstáculo para la armonización, es decir, para la consecución de un conjunto de normas comunes. Esta cuestión se suscita de manera polémica por cuanto que la inicial pretensión de alcanzar un *estándar mínimo* para los 27 Estados miembros de la UE puede revertir en un giro involucionista en materia de derechos civiles, respecto de los que el propio Derecho comunitario había consolidado una tendencia garantista<sup>40</sup>.

## 6. Perspectivas de futuro: el Tratado de Lisboa

---

distancias, la tendencia a la ampliación del plazos de permanencia en los centros de internamiento. Concretamente, el Proyecto de reforma amplía a 60 días el plazo de 40 días del régimen vigente.

<sup>39</sup> *Vid.*, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 7 de noviembre de 2007, núm. 10707/2001 (BOE, de 10.12.2007), que viene a consolidar la tendencia garantista que el Tribunal Constitucional español comenzó hace más de veinte años (Sentencia de 7 de julio de 1987, núm. 115/1987) y que más allá de la normativa base ha defendido derechos constitucionales de los extranjeros, cualquiera que sea su situación, como el beneficio de justicia gratuita, como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE. En el mismo sentido, en la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 7 de noviembre de 2007 y en relación con los derechos de reunión, de asociación, de educación -no obligatoria- y de libre sindicación cuyo ejercicio, insiste el Tribunal Constitucional, no puede limitarse a los extranjeros por razón de encontrarse en “situación irregular”.

<sup>40</sup> SORROZA BLANCO, A.: “Crónica de una controversia anunciada: la Directiva europea de retorno de inmigrantes en situación ilegal”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 8, 2008, p. 1-10.

Las perspectivas de futuro, si bien siempre de modo incierto, parecen augurar una ampliación determinante en la configuración de la base jurídica adecuada para dar una respuesta integral e integradora a la política migratoria comunitaria.

En efecto y finalmente, conviene señalar que el Tratado de Lisboa sí incluye una nueva referencia expresa a una política común de inmigración y, específicamente, a la prevención y lucha reforzada contra la inmigración ilegal, ofreciendo de esta forma una perspectiva bien diferente a la vigente en la nueva redacción del artículo 63 *bis* del TCE, tras la reforma operada por el Tratado de Lisboa:

“La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas”<sup>41</sup>.

Esta reforma consolida, además, la competencia comunitaria *ad extra* para la celebración de convenios internacionales en materia de readmisión de personas con terceros países, por cuanto en el párrafo tercero de este mismo “nuevo” artículo 63 *bis* se establece que:

“La UE podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros”.

De suerte que la eventual entrada en vigor del Tratado de Lisboa supondría, más allá del avance en la cuestión de base jurídica reseñada, un salto cualitativo determinante en materia de protección de derechos humanos y, concretamente, de derechos procesales fundamentales. Téngase en cuenta que el texto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE<sup>42</sup> contiene en el Título VI, y bajo la Rúbrica “Justicia” (arts. 47 a 50), el reconocimiento de la tutela judicial efectiva y sus garantías.

---

<sup>41</sup> Artículo 63 *bis* TCE, modificado por el Tratado de Lisboa, DO C, núm. 306, de 17.12.2007. Si bien, desde el año 2000, se habían elaborado distintas Comunicaciones de la Comisión que se referían a la “política migratoria comunitaria”, esta referencia no estaba incluida en los Tratados constitutivos. *Vid.*, entre otras, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 22 de noviembre de 2000, sobre una política comunitaria de migración (Doc. COM 2000), *cit.*

<sup>42</sup> DO, C, núm. 306, de 17.12.2007.

Así, el Tratado de Lisboa incorpora como anexo la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, con el mismo “valor jurídico vinculante que los Tratados”<sup>43</sup> y añade, de forma esperanzadora en su artículo 53, lo siguiente:

“Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la UE o todos los Estados miembros y, en particular, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

En definitiva, parece que tanto la superación de las limitaciones en la base jurídica que pretende la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia, como la protección de los derechos fundamentales, es una cuestión de tiempo, que depende de la suerte -todavía incierta- del Tratado de Lisboa.

### **III. LAS NORMAS Y LOS PROCEDIMIENTOS COMUNES PARA EL RETORNO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN SITUACIÓN IRREGULAR**

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

#### **1. Disposiciones generales**

El Capítulo I lleva por rúbrica “Disposiciones generales”. El objeto de la Directiva de Retorno no es otro que el de establecer “normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos” (art. 1). De ahí que, como punto de partida, de las múltiples definiciones contenidas en su artículo 3, por el momento interese destacar las tres siguientes:

---

<sup>43</sup> Artículo 6.1 del TUE. Véase IGLESIAS BUHIGUES, J. L., “Derechos fundamentales y Derecho Comunitario”. En: M. P. Calderón Cuadrado et al, *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2009, p. 23-38, especialmente p. 36.



“1) «nacional de un tercer país»: cualquier persona que no sea ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 17, apartado 1, del Tratado y que no sea un beneficiario del derecho comunitario a la libre circulación con arreglo a la definición del artículo 2, apartado 5, del Código de fronteras Schengen <sup>44</sup>;

2) «situación irregular» <sup>45</sup>: la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del Código de fronteras Schengen u otras condiciones <sup>46</sup> de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro;

3) «retorno» el proceso de vuelta de un nacional de un tercer país, bien sea en acatamiento voluntario de una obligación de retorno, bien de modo forzoso a: su país de origen; o un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo; u otro tercer país al que el nacional de un tercer país decida volver voluntariamente y en el cual sea admitido”.

El ámbito de aplicación de la Directiva de Retorno se circunscribe a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro (art. 2). No obstante, cada Estado miembro puede decidir excluir de tal aplicación a aquéllos que se encuentren en una de las siguientes tres situaciones <sup>47</sup>. En primer lugar, a los nacionales de terceros países a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen. Se trata de los nacionales de terceros países que no cumplen todas las condiciones de entrada, tal y como se definen en el artículo 5.1 del Código de

---

<sup>44</sup> Es decir, la Directiva no se aplica a los ciudadanos de la UE ni a los miembros de sus familias, así como tampoco a los nacionales de países terceros que tengan acuerdos al respecto con la Comunidad. Véase el Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), publicado en el *DO L 105*, de 13.04.2006, p. 1 y ss.

<sup>45</sup> El texto de la Directiva ha mejorado la propuesta de la Comisión, que utilizaba la misma definición para referirse a la “estancia ilegal” y no a la “situación irregular”. Ésta es la expresión que se ha generalizado en los diversos idiomas oficiales en los que se ha publicado la Directiva (en francés “*séjour irrégulier*”; en italiano “*soggiorno irregolare*”; en portugués “*situação irregular*”; etc.), aunque en su versión inglesa persiste el uso de la expresión “*illegal stay*”. De hecho, la piedra angular para la aplicabilidad de la Directiva es la “situación irregular” en la que se encuentre el nacional de un tercer país, sin importar la causa que determine la irregularidad que califica su entrada, estancia o residencia (por ejemplo expiración de un visado, expiración de un permiso de residencia, revocación o retirada de un permiso de residencia, decisión final negativa sobre una solicitud de asilo, retirada del estatuto de refugiado, entrada ilegal). La Directiva no aborda las razones o los procedimientos para poner fin a la estancia o residencia “regulares”.

<sup>46</sup> Estas “otras condiciones” podrán ser fijadas unilateralmente por cada Estado miembro.

<sup>47</sup> Para las dos primeras categorías de nacionales de terceros países en situación irregular excluibles de la aplicación de esta Directiva, su artículo 4.4 les asegura unas normas mínimas de protección.

fronteras Schengen <sup>48</sup>. No obstante, en algunos supuestos la entrada podría ser autorizada, aunque faltase alguna de las condiciones citadas <sup>49</sup>. En segundo lugar, los que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro. Finalmente, también son excluibles de la aplicación de esta Directiva los que estén sujetos a medidas de retorno que sean constitutivas de sanciones penales o consecuencia de sanciones penales, con arreglo a la legislación nacional, o que estén sujetos a procedimientos de extradición. Lógicamente, la Directiva de Retorno no se aplicará a los beneficiarios del derecho comunitario a la libre circulación. Todo ello, además, como ya hemos indicado, sin perjuicio de las disposiciones más favorables que pudieran existir en virtud de convenios internacionales; en el acervo comunitario en el ámbito de la inmigración y del asilo; o, incluso, que pudiera establecer cualquier Estado miembro, siempre que en este último caso estas disposiciones más favorables sean compatibles con esta Directiva (art. 4).

## 2. Finalización de la situación irregular

El Capítulo II de la Directiva de Retorno se titula “Finalización de la situación irregular”. En este Capítulo, la Directiva de Retorno establece un procedimiento bifásico, que conduce a poner fin a la situación irregular de los nacionales de terceros países. La Directiva obliga a todos los Estados miembros a dictar una decisión de retorno <sup>50</sup> a cualquier nacional de un tercer país que se encuentre irregularmente en su territorio (art. 6.1). Debe conferirse prioridad al retorno voluntario. Si el nacional de un tercer país no retorna voluntariamente, los Estados miembros ejecutarán la obligación de retorno

---

<sup>48</sup> Es decir, es el supuesto relativamente frecuente de aquéllos que, para una estancia de tres meses en un período de seis, les falta alguno de los requisitos necesarios para la entrada, tales como: documentos de viaje válidos; visado válido, si están sujetos a esta condición de acuerdo con el Reglamento 539/2001, salvo si son titulares de un permiso de residencia válido; documento justificativo del objeto y condiciones de la estancia prevista, así como medios de subsistencia suficientes o poder obtenerlos legalmente; no aparecer en la lista del Sistema de Información de Schengen (SIS) de no admisibles; no suponer una amenaza al orden público, seguridad interior, salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, figurar como no admisible en las bases de datos de ninguno de ellos por tales motivos.

<sup>49</sup> Según el artículo 5.4, esta posibilidad se daría si la persona en cuestión: a) es titular de un permiso de residencia o de un visado de regreso expedido por uno de los Estados miembros, con ciertas condiciones; b) reúne las condiciones del artículo 5.1 del Código de fronteras Schengen excepto el visado de entrada, si ese visado se le puede expedir en la frontera, de conformidad con el Reglamento 415/2003 del Consejo, de 27 de febrero de 2003; o c) por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales.

<sup>50</sup> Por “decisión de retorno” se entiende una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno (art. 3.4).

mediante una orden de expulsión<sup>51</sup>. En las consultas que llevaron a la adopción de esta Directiva, muchos Estados miembros expresaron su preocupación de que el procedimiento en dos etapas pudiera entrañar retrasos de procedimiento. En respuesta a esta preocupación, la Directiva de Retorno aclara que los Estados miembros son libres de expedir ambos documentos (la decisión de retorno y la orden de expulsión) ya sea en un único acto o decisión, ya sea por separado (arts. 6.6 y 8.3). En ambos casos, deben tenerse en cuenta las disposiciones relativas a la posibilidad del retorno voluntario.

La primera fase consiste en dictar una decisión de retorno. Al hacerlo, los Estados miembros deberán tener en cuenta tanto una serie de principios (art. 5), como las excepciones del artículo 6. Así, por un lado, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta el interés superior del niño<sup>52</sup>, la vida familiar y el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, además de tener que respetar el principio de no devolución<sup>53</sup>. Por otro lado, se han previsto cuatro excepciones a la obligación de dictar una decisión de retorno: 1) cuando encontrándose en situación irregular en el territorio de un Estado miembro, el nacional de un tercer país sea titular de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro, en cuyo caso se le exigirá que se dirija de inmediato al territorio de dicho Estado miembro; 2) un Estado miembro podrá abstenerse de dictar una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio si otro Estado miembro se hace cargo de dicha persona en virtud de un acuerdo existente, que es quien dictará la decisión de retorno; 3) un Estado miembro podrá, en cualquier momento, conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u

---

<sup>51</sup> Por "expulsión" se entiende la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro (art. 3.5).

<sup>52</sup> Siempre que se trate de un menor no acompañado, al dictar una decisión de retorno y/o de expulsión, los Estados miembros deberán conceder la asistencia de los servicios adecuados teniendo en cuenta el interés superior del niño (art. 10).

<sup>53</sup> Este principio está establecido en el artículo 33.1 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28.07.1951), que es del siguiente tenor: "Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas" (BOE de 21.12.1978, núm. 252, p. 24310 y ss., con corrección de errores en el BOE de 14.11.1978, núm. 272, p. 25864). Véase la amplia interpretación de este principio realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 07.07.1989, en el asunto *Soering v. the United Kingdom* (ECHR, Series A no. 161, p. 35, párr. 88 y p. 45, párr. 113); de 26.06.1992, en el asunto *Droz and Janousek v. France and Spain* (ECHR, Series A no. 240, p. 34, párr.110); de 15.11.1996, en el asunto *Chahal v. the United Kingdom* (Appl. No. 22414/93, párr. 74); de 17.12.1996, en el asunto *Ahmed c. Austria* (Rec. 1996, VI-2206); de 02.05.1997, en el asunto *D. v. the United Kingdom* (Appl. No. 30240/90); de 29.04.1997, en el asunto *H.L.R. v France* (Appl. No. 24573/94, párr. 40); de 06.02.2001, en el asunto *Bensaïd v. the United Kingdom* (Appl. No. 44599/98); y de 16.10.2001, en el asunto *Einhorn v. France* (Appl. No. 71555/01, párr. 32)

otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo; y 4) un Estado miembro podrá considerar la posibilidad de abstenerse de dictar una decisión de retorno si la persona en cuestión ha iniciado el procedimiento para la renovación del permiso de estancia y hasta que finalice el mismo.

La decisión de retorno establecerá un plazo de entre siete y treinta días para la “salida voluntaria”<sup>54</sup> del nacional de un tercer Estado que se encuentre en situación irregular (art. 7.1). Este plazo goza de cierta flexibilidad. Así, por un lado, los Estados miembros podrán prorrogar el plazo de salida voluntaria durante un tiempo prudencial, atendiendo a las circunstancias concretas del caso de que se trate, como son la duración de la estancia, la existencia de niños escolarizados y la existencia de otros vínculos familiares y sociales. Por otro lado, los Estados miembros podrán no conceder un plazo para la salida voluntaria o concederlo por un periodo inferior a siete días si existe riesgo de fuga; si se desestima una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta; o si la persona de que se trate representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

La segunda fase se inicia con la adopción de una decisión o un acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se ordene la expulsión (art. 8). La decisión o acto de expulsión se adoptará en función de que se haya concedido o no un plazo para la salida voluntaria: en el primer supuesto, la expulsión sólo se ejecutará transcurrido dicho plazo, salvo que sobrevenga uno de los riesgos indicados; en el segundo, en cualquier momento<sup>55</sup>. La expulsión deberá aplazarse necesariamente tanto si la misma vulnera el principio de no devolución, como cuando se le otorgue un efecto suspensivo; por el contrario, se podrá aplazar “durante un período oportuno de tiempo” en función de las circunstancias del caso concreto, en particular, el estado físico o la capacidad mental del nacional de un tercer país y por razones técnicas (falta de capacidad de transporte o la imposibilidad de ejecutar la expulsión debido a la falta de identificación) (art. 9). Además, tratándose de un menor no acompañado, antes de proceder a su expulsión el Estado miembro deberá cerciorarse de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno (art. 10.2).

Complementando este procedimiento bifásico, la Directiva de Retorno establece la introducción de una “prohibición de entrada” que impida el reingreso al territorio de todos los Estados miembros. Esta prohibición de entrada se dictará obligatoriamente cuando

---

<sup>54</sup> Por “salida voluntaria” se entiende el cumplimiento de la obligación de retorno en el plazo fijado a tal efecto en la decisión de retorno (art. 3.8).

<sup>55</sup> En los casos en que los Estados miembros utilicen, como último recurso, medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión de un nacional de un tercer país que se oponga a su expulsión, tales medidas serán proporcionadas y la fuerza ejercida no irá más allá de lo razonable (art. 8.4).

en la decisión de retorno no se haya concedido ningún plazo para la salida voluntaria y también cuando la obligación de retorno no se haya cumplido. En otros casos, las decisiones de retorno “podrán” ir acompañadas de una prohibición de entrada (art. 11)<sup>56</sup>. Con ello, la Comisión pretendió que esta “europeización” de los efectos de las medidas de retorno nacionales tenga efectos preventivos e impulse la credibilidad de una auténtica política europea de retorno<sup>57</sup>. La duración de la prohibición de entrada se determinará con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes de cada supuesto. Normalmente no deberá exceder de los 5 años. Solo en caso de que el nacional de un tercer país represente una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, podrá expedirse una prohibición de entrada por un período más largo.

### 3. Garantías procedimentales

El Capítulo III de la Directiva de Retorno se titula “Garantías procedimentales”. En este Capítulo se incluyen tres tipos de garantías diferentes.

Por lo que se refiere a la forma, las decisiones de retorno, de prohibición de entrada y de expulsión se dictarán por escrito, serán motivadas (fundamentos de hecho y de derecho), y contendrán información sobre las vías de recurso existentes. No obstante, la información sobre los fundamentos de hecho podrá limitarse, de conformidad con el Derecho nacional, para salvaguardar la seguridad nacional, la defensa, la seguridad pública y para la prevención, investigación, detección y persecución de delitos. A instancia de parte, los Estados miembros proporcionarán una traducción de las decisiones de retorno y las vías de recurso disponibles, en una lengua que el nacional de un tercer país comprenda o pueda suponerse razonablemente que comprende. No obstante, esta obligación es facultativa en el caso de nacionales de terceros países que hayan entrado ilegalmente en el territorio de un Estado miembro y que no hayan

---

<sup>56</sup> Están excluidas de la prohibición de entrada las víctimas de la trata de seres humanos a quienes se haya concedido un permiso de residencia de conformidad con la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, 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, que cooperen con las autoridades competentes (DO L 261 de 06.08.2004, p. 19 y ss.), a condición de que la persona de que se trate no represente una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. Además, por motivos humanitarios, los Estados miembros podrán abstenerse de dictar, revocar o suspender una prohibición de entrada, pudiendo también revocarla o suspenderla en casos concretos o para determinados tipos de casos, por otros motivos.

<sup>57</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, documento COM(2005) 391 final (01.09.2005): *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (presentada por la Comisión)*, cit., p. 7.

obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en él. En tales casos, las decisiones de retorno se notificarán a través de un formulario normalizado según disponga la legislación nacional (art. 12) <sup>58</sup>.

En segundo lugar, la Directiva de Retorno establece el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo contra las decisiones relativas al retorno o pidiendo que se revisen éstas ante un órgano jurisdiccional, una autoridad administrativa u otro órgano competente compuesto por miembros imparciales y con garantías de independencia, pudiendo asimismo suspender temporalmente su ejecución (art. 13). El nacional de un tercer país tendrá la posibilidad de obtener asesoramiento jurídico, representación y, en su caso, asistencia lingüística. La asistencia jurídica y/o la representación legal necesaria se concederá, previa solicitud, de forma gratuita con arreglo a la legislación nacional o, si así lo decide el Estado miembro, en las condiciones establecidas en el artículo 15, apartados 3 a 6, de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado <sup>59</sup>.

Finalmente, la Directiva de Retorno establece una serie de garantías a la espera del retorno. Con la salvedad de lo que se dispone en los casos de internamiento a efectos de expulsión, durante el plazo para la salida voluntaria concedido de conformidad con el artículo 7 y durante los períodos de aplazamiento de la expulsión de conformidad con el

---

<sup>58</sup> Los Estados miembros facilitarán folletos informativos generales en los que se explicarán los principales elementos del formulario tipo en al menos cinco de las lenguas que con mayor frecuencia utilicen o comprendan los inmigrantes ilegales que llegan al Estado miembro de que se trate.

<sup>59</sup> *DO L 326* de 13.12.2005, p. 13 y ss. Según estas disposiciones: "3. Los Estados miembros podrán establecer en su Derecho nacional que se conceda asistencia jurídica o representación legal gratuitas: a) únicamente para los procedimientos ante un órgano jurisdiccional de conformidad con el capítulo V y no para nuevos recursos o revisiones previstos en el Derecho nacional, incluida la revisión de un recurso debida a un nuevo recurso o revisión; y/o b) únicamente a quienes carezcan de medios suficientes; y/o c) únicamente a los asesores jurídicos u otros consejeros designados específicamente por el Derecho nacional para asistir o representar a los solicitantes de asilo; y/o d) únicamente si el recurso o revisión tiene probabilidades de prosperar. Los Estados miembros velarán por que no se restrinja de manera arbitraria la asistencia jurídica ni la representación legal concedidas en virtud de la letra d).

4. Los Estados miembros podrán establecer normas para dar respuesta y tratar tales peticiones de asistencia jurídica o representación legal.

5. Los Estados miembros podrán además: a) imponer límites económicos y/o temporales a la disposición relativa a la asistencia jurídica y/o representación legal gratuita, siempre que dichos límites no restrinjan de manera arbitraria el acceso a la asistencia jurídica y/o representación legal; b) disponer que, por lo que respecta a las tasas y otros gastos, el trato a los solicitantes no sea más favorable que el que generalmente conceden a sus nacionales en asuntos de asistencia jurídica.

6. Los Estados miembros podrán exigir el reembolso total o parcial de cualquier gasto sufragado cuando la situación financiera del solicitante haya mejorado considerablemente o si la decisión de conceder tales beneficios se hubiese adoptado sobre la base de información falsa suministrada por el solicitante".

artículo 9, los Estados miembros velarán, “en la medida de lo posible”, porque se tengan en cuenta los siguientes principios en relación con los nacionales de terceros países: a) mantenimiento de la unidad familiar con los miembros de la familia presentes en su territorio; b) prestación de atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades; c) acceso para los menores, en función de la duración de su estancia, al sistema de enseñanza básica; y d) consideración hacia las necesidades especiales de las personas vulnerables <sup>60</sup>. Además, debe proporcionarse a estas personas confirmación escrita, de conformidad con la legislación nacional, de que se ha prorrogado el plazo para su salida voluntaria o de que la ejecución de la decisión de retorno se suspenderá temporalmente (art. 14).

#### **4. Internamiento a efectos de expulsión**

El Capítulo IV tiene por título “Internamiento a efectos de expulsión”. En este Capítulo se regula el internamiento, las condiciones del mismo y las situaciones de emergencia. Estas disposiciones son las que han suscitado mayor debate, siendo por ello las más modificadas respecto de la Propuesta inicial de la Comisión Europea, en un intento de hacer compatible la necesidad de resolver los problemas de la afluencia masiva de la inmigración ilegal con el tratamiento digno y conforme a los derechos humanos de toda persona.

La Directiva de Retorno establece que los Estados miembros, por decisión administrativa o judicial escrita y motivada (fundamentos de hecho y de derecho), puedan mantener internados sólo a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, especialmente cuando haya riesgo de fuga, o cuando el nacional de un tercer país evite o dificulte la preparación del retorno o el proceso de expulsión (art. 15). El internamiento no procederá si, en el caso concreto de que se trate, pueden aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo.

Cuando el internamiento haya sido ordenado por una autoridad administrativa, la Directiva de Retorno impone a los Estados miembros la obligación alternativa de establecer un control judicial rápido de la legalidad del internamiento desde su comienzo, o de informar inmediatamente a la persona afectada de su derecho de incoar un procedimiento para que se someta a control judicial lo más rápidamente posible la

---

<sup>60</sup> Por “personas vulnerables” se entienden los menores, los menores no acompañados, las personas discapacitadas, los ancianos, las mujeres embarazadas, los padres solos con hijos menores y las personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual (art. 3.9).

legalidad de su internamiento. En ambos casos, la persona afectada será puesta en libertad inmediatamente si el internamiento es ilegal.

El internamiento se mantendrá mientras subsistan las condiciones que lo motivaron y sea necesario para garantizar que la expulsión se lleve a buen término. En todos los casos, la medida de internamiento se revisará a intervalos razonables, ya sea a instancia de parte o de oficio. Sólo en caso de periodos de internamiento prolongados, lo que es una expresión carente de definición auténtica, la Directiva de Retorno establece la obligación de que las revisiones estén sometidas a la supervisión de una autoridad judicial. Cuando por motivos jurídicos o por otras consideraciones parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión o dejaran de cumplirse las condiciones que la motivaron, el internamiento dejará de estar justificado y la persona de que se trate será puesta en libertad inmediatamente.

En cuanto a la duración del internamiento, la Directiva de Retorno establece que será lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión. No obstante, el período de internamiento lo fijará cada Estado miembro, sin que pueda superar los seis meses. Pese a ello, la Directiva de Retorno permite a los Estados miembros prorrogar el plazo hasta doce meses más, con arreglo a la legislación nacional, únicamente en los casos en que, a pesar de haber desplegado todos los esfuerzos razonables, puede presumirse que la operación de expulsión se prolongará debido a la falta de cooperación de la persona afectada o por demoras en la obtención de la documentación necesaria que deben expedir terceros países. En opinión de la Comisión, unos plazos máximos garantizarán que el internamiento pueda ampliarse indebidamente. Esta armonización de las normas nacionales sobre internamiento tiene también como objetivo prevenir los movimientos secundarios entre Estados miembros de personas en situación irregular sobre las que recaigan medidas contempladas por la Directiva de Retorno<sup>61</sup>.

La Directiva de Retorno establece unas condiciones generales del internamiento, acompañadas de unas reglas especiales para el internamiento de menores y familias. En las condiciones generales (art. 16) se establece como norma general que el internamiento se llevará a cabo en centros de internamiento especializados. No obstante, en los casos en que un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario, las personas sujetas al internamiento deberán estar separadas de los presos ordinarios. A

---

<sup>61</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, documento COM(2005) 391 final (01.09.2005): *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (presentada por la Comisión)*, cit., p. 8.



las personas internadas se les reconoce una serie de derechos mínimos: 1) previa petición, a entrar en contacto en el momento oportuno con sus representantes legales, los miembros de su familia y las autoridades consulares competentes; 2) a las personas vulnerables se les prestará particular atención, dispensándoles atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de las enfermedades; y 3) a recibir información de forma sistemática sobre las normas aplicables en el centro y sobre sus derechos y obligaciones, incluida información sobre su derecho, con arreglo a la legislación nacional, a ponerse en contacto con las organizaciones y organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales pertinentes y competentes<sup>62</sup>.

Las condiciones especiales para el internamiento de menores y familias (art. 17) son las siguientes: 1) ante todo, el interés superior del niño será una consideración de primer orden en el internamiento de los menores en espera de expulsión; 2) los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso y por el menor tiempo posible; 3) a los primeros se les facilitará, en la medida de lo posible, alojamiento en instituciones con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad; 4) a las segundas se les facilitará alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad; y 5) en todo caso, se dará a los menores internados la posibilidad de participar en actividades de ocio y, dependiendo de la duración de su estancia, tendrán acceso a la educación.

El Capítulo IV concluye con una disposición sobre situaciones de emergencia. Estas situaciones se dan cuando un número excepcionalmente importante de personas que deban ser retornadas planteen una importante carga “imprevista” (concepto muy laxo) para la capacidad de las instalaciones de internamiento de un Estado miembro o para su personal administrativo o judicial (art. 18)<sup>63</sup>. En estos casos, la Directiva de Retorno permite que los Estados miembros adopten cualquiera de las siguientes tres medidas excepcionales: a) decidir autorizar períodos más largos (sin establecer ningún plazo) para el control judicial que se preveía “rápido” sobre la legalidad del internamiento cuando éste sea decidido por una autoridad administrativa; b) tomar medidas urgentes con respecto a las condiciones de internamiento que se aparten tanto de la norma general de que éste tenga lugar en centros de internamiento especializados, como de la norma especial de que, cuando se tenga que recurrir a un centro penitenciario, las personas internadas deban estar separadas de los presos ordinarios; y c) no tener que

---

<sup>62</sup> Estas organizaciones y organismos podrán visitar los centros de internamiento con la correspondiente autorización previa.

<sup>63</sup> Este artículo no se interpretará de tal modo que permita a los Estados miembros apartarse de su obligación general de tomar todas las medidas adecuadas, generales o particulares, para garantizar el cumplimiento de la presente Directiva.

cumplir la obligación de que a las familias internadas en espera de expulsión se les facilite alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad<sup>64</sup>.

## **5. Disposiciones finales**

Del Capítulo V, titulado “Disposiciones finales”, interesa resaltar sobre todo que el plazo de incorporación de la Directiva de Retorno al Derecho nacional es, a más tardar, el 24 de diciembre de 2010. No obstante, el plazo de incorporación se retrasa hasta un año sobre la fecha indicada para dar cumplimiento a la obligación específica de los Estados miembros de conceder asistencia jurídica gratuita a los nacionales de terceros países.

## **IV. LA DIRECTIVA 2008/115/CE Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

### **1. Introducción**

Ante la perspectiva de que si el Tratado de Lisboa entra en vigor, la UE por una parte se adherirá al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y, por otra, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE adquirirá carácter obligatorio, conviene recordar que la Carta Europea reviste un carácter recopilatorio, a modo de “compendio”, de toda la normativa sobre derechos fundamentales. De suerte que ésta incluye derechos referidos en las Constituciones de los Estados miembros y en los tratados en los que éstos son parte, y muy especialmente en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como los previstos en los Tratados constitutivos comunitarios, en otras declaraciones comunitarias y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la UE.

De hecho, y como se ha indicado, los Consejos Europeos de Tampere -en 1999- y de Salónica -en 2003- han ido configurando y consolidando muchos de estos principios sobre los que debe inspirarse el desarrollo de la política comunitaria migratoria. Asimismo, el Consejo Europeo de Bruselas -de 2004- estableció la necesidad de erigir normas comunes de retorno que respeten los derechos humanos. En esta misma línea, en 2005 el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el texto titulado “Veinte Directrices sobre el retorno forzoso”, que, como se verá, también pretenden garantizar la defensa de derechos básicos a lo largo de todo el proceso de retorno.

---

<sup>64</sup> La Directiva propicia el control de la actuación de los Estados miembros en este ámbito por parte de la Comisión Europea, al establecer la obligación de los Estados miembros de informarla tanto cuando recurran a estas medidas excepcionales, como cuando desaparezcan las causas que justificaron su aplicación.

Tanto a lo largo del proceso de tramitación de la Directiva de Retorno<sup>65</sup>, como en su texto finalmente aprobado, en sus considerandos iniciales, esta Directiva establece la necesidad de elaborar normas “claras, transparentes y justas” mediante “un procedimiento justo y transparente”<sup>66</sup> y sus objetivos, como se ha visto, siempre se refieren al respeto de los derechos fundamentales de los extranjeros.

Sin embargo, algunas de las medidas adoptadas por la Directiva de Retorno, parecen obviar algunas de las garantías básicas relativas a derechos fundamentales de la persona reconocidos en diversos convenios internacionales y en la propia Constitución española. Ello en relación, concretamente, con el derecho a la tutela judicial efectiva y la asistencia jurídica gratuita, con el internamiento a efectos de expulsión de los nacionales de terceros países en situación irregular y con la protección de menores.

## **2. Garantías procesales: la tutela judicial efectiva y la asistencia jurídica gratuita**

Como se ha indicado anteriormente en el análisis del contenido de la Directiva de Retorno, el Capítulo III -artículos 12 a 14-, bajo la misma rúbrica, contiene el desarrollo de las “garantías procedimentales” que deben acompañar a las medidas de retorno. Ello es la expresión de un derecho fundamental de toda persona, reconocido en el artículo 24 de la CE de 1978: el derecho a la tutela judicial efectiva, así como su proyección en el beneficio de justicia gratuita para todas las personas que acrediten insuficiencia de medios económicos para litigar (art. 119 CE).

La legislación española de extranjería acoge este mandato constitucional (incluido también en tratados internacionales) por cuanto que no sólo reconoce estos derechos fundamentales procesales sino que, además, establece una serie de garantías para su salvaguarda. De suerte que la Ley Orgánica 4/2000, en su Capítulo III (arts. 20 a 22), regula el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la asistencia jurídica gratuita mediante el establecimiento de una serie de medidas para garantizar su ejercicio<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, documento COM(2005) 391 final (01.09.2005): *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (presentada por la Comisión)*, cit., p. 5: “La presente propuesta se ha formulado tras haber sido sometida a un examen en profundidad con la finalidad de garantizar que sus disposiciones son plenamente compatibles con los derechos fundamentales como principios generales de Derecho comunitario, así como con el Derecho internacional, incluida la protección de los refugiados y las obligaciones de derechos humanos derivadas del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos. Como consecuencia, se ha puesto un énfasis particular en las disposiciones sobre garantías procesales, unidad familiar, internamiento temporal y medidas coercitivas”.

<sup>66</sup> Considerandos 4 y 6, respectivamente, de la Directiva de Retorno.

<sup>67</sup> ESPLUGUES MOTA, C. et al, *Nacionalidad y Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Con todo, el planteamiento por el que ha optado la Directiva de Retorno con respecto a las garantías procedimentales, presenta cierta apariencia restrictiva por comparación o, incluso, podría afirmarse sin ambages, que resulta menos garantista. De un lado, por lo que respecta a la tutela judicial efectiva, conviene realizar algunas precisiones en la materia objeto de comentario. En primer lugar, la tutela judicial efectiva tiene como objetivo básico evitar la indefensión y se reconoce a toda persona por el hecho de serlo, con independencia de su condición de nacional o extranjero y, en este último supuesto, resultando irrelevante su situación administrativa de regular o irregular. Asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva presenta dos dimensiones, la formal, en primer lugar, y la material, en segundo. El sentido formal de este derecho se concreta en el libre acceso a los jueces y tribunales; mientras que su sentido material se concreta en la obtención de una decisión judicial sobre el fondo del asunto y su ejecución. Además, este derecho se proyecta en una serie de garantías como, entre otras, el derecho a un juez imparcial e independiente <sup>68</sup> predeterminado por la Ley y a un juicio justo <sup>69</sup>, asistencia letrada, información y motivación debidas <sup>70</sup>, medios de prueba para la defensa, garantías procedimentales de notificación y emplazamiento, derecho a un recurso jurisdiccional efectivo o la presunción de inocencia <sup>71</sup>.

De esta manera, los inmigrantes en situación irregular que se encuentren inmersos en un proceso de retorno gozan de todas las garantías derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, esta consideración se erige como jurídicamente irrefutable por cuanto que ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional español. Así, la jurisprudencia constitucional ha reconocido el derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental procesal que ostenta toda persona sin ninguna discriminación por razón de nacionalidad. Asimismo, el Tribunal Constitucional español también se ha decantado por una interpretación extensiva en la que, junto al derecho fundamental de libre acceso a los tribunales, deben incluirse todas las garantías ya citadas, “sin posibilidad de restricción alguna” <sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> En este sentido, véanse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 22.04.2004 en el asunto *Cianetti*; y de 07.06.2005, en el asunto *Chmelir*.

<sup>69</sup> Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 02.06.2005, de 18.04.2006 y de 16.01.2007, en relación con el derecho a un juicio justo.

<sup>70</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21.12.2006, en el asunto *Borisova* en relación con la vulneración del derecho a la información sobre la acusación y la igualdad de defensa entre las partes procesales.

<sup>71</sup> El Tribunal de Justicia ha reconocido estas garantías del derecho fundamental procesal a la tutela judicial efectiva. Sin ánimo exhaustivo, véanse, entre otras, las Sentencias del Tribunal de Justicia C-255 en el asunto *Grundig italiana* y C-276/2001 en el asunto *Steffensen*.

<sup>72</sup> La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha consolidado esta tendencia a los largo de más de 20 años reputándose una tradición *garantista*. Por todas, véanse las Sentencias

Pero lo cierto es que del análisis de las garantías formales, de recurso y respecto de la situación de espera del retorno que desarrolla el Capítulo III de la Directiva y que se han comentado anteriormente, podría presuponerse la ausencia de una necesaria aproximación rigurosa al tema. Ello se debe a que se plantean algunas cuestiones que podrían colisionar con la realización efectiva del derecho a la tutela judicial efectiva: específicamente, determinadas limitaciones de garantías procesales básicas, como la obligación de información y motivación, así como la obligación de traducción<sup>73</sup>.

En concreto, la posibilidad de limitar la información a la persona afectada sobre los fundamentos de hecho del artículo 12 -según la legislación nacional y al amparo de motivos de seguridad nacional- podría perturbar la obligación de motivación debida de dichas decisiones y de las vías de recurso situando, incluso, a la persona implicada en una situación de posible indefensión. En el mismo sentido, podría denunciarse el “carácter facultativo” de la obligación de traducción de las decisiones de retorno y la vía de recurso cuando se trata de personas que han entrado de manera ilegal y no obtienen autorización para su permanencia en ese Estado.

Lógicamente, la posible ausencia de información y/o traducción tampoco parece que pueda garantizar la plena eficacia del derecho de defensa<sup>74</sup>, ni siquiera por lo que respecta a las vías de recurso para las que tampoco se determina definitivamente la vía jurisdiccional. Todo ello lleva a plantear, para determinadas situaciones, serias dudas sobre el ejercicio de la tutela judicial efectiva, sobre todo en relación con un colectivo de inmigrantes -los que se encuentran en situación irregular- especialmente vulnerable a la indefensión que deberían poder ejercitarlo, como se ha visto, en las mismas condiciones y con la misma legitimidad que el resto de personas -extranjeros y nacionales-.

En segundo lugar, otra cuestión que se manifiesta como extensión del derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 119 CE y

---

del Tribunal Constitucional de 23.05.1985; de 30.09.1985; de 07.07.1987; de 25.11.1997; y de 22.05.2003.

<sup>73</sup> En materia de traducción se ha considerado la posibilidad de subsanación, en el marco del Reglamento 1393/2007, remitiendo la traducción requerida lo antes posible de acuerdo a las formalidades del Derecho nacional en lo no regulado por el Reglamento 1393/2007. Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 08.11.2005, en el asunto *Leffler*.

<sup>74</sup> En relación con el derecho de traducción e interpretación, si bien referido al proceso penal pero ampliable asimismo al ámbito del procedimiento administrativo sancionador, véase PARDO IRANZO, V., “El derecho a la interpretación y traducción gratuitas”. En: M. P. Calderón Cuadrado et al, *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2009, p. 361-391. En materia de traducción se considera la posibilidad de subsanación, remitiendo la traducción requerida lo antes posible de acuerdo a las formalidades del Derecho nacional en lo no regulado por el Reglamento 1393/2007. Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 08.11.2005, en el asunto *Leffler*.

diversos textos internacionales y europeos <sup>75</sup>). En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha reiterado su posición, en línea con lo sostenido anteriormente, de reconocer este derecho -siempre y cuando se acrediten la falta de recursos económicos para litigar- como extensión del primero y como derecho que asiste a toda persona sin poder realizar ningún tipo de discriminación. Y ello específicamente en relación con la tendencia legislativa existente al recorte del reconocimiento de este derecho a los extranjeros que se encuentran en situación irregular. De este modo, el beneficio de justicia gratuita debe reconocerse a nacionales y extranjeros y, entre estos últimos, con independencia del carácter regular o no de su situación. En este sentido, y por esta razón, el Tribunal Constitucional español, en diferentes ocasiones, no ha dudado en declarar la inconstitucionalidad de diversos preceptos, tanto de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, modificada por la Ley 16/2005, de 18 de julio <sup>76</sup>, como de la Ley Orgánica 4/2000 de Extranjería. En ambos textos se pretendía limitar el ejercicio del derecho de asistencia jurídica gratuita a los extranjeros en situación irregular y, para los dos casos y en distintas ocasiones, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los preceptos que pretendían restringir el beneficio de justicia gratuita únicamente para los extranjeros en situación “regular” <sup>77</sup>. El Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000 citado -en actual tramitación parlamentaria- viene a solventar la adaptación constitucional por cuanto que reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que “se hallen” en España -sin distinciones-, para todos los órdenes jurisdiccionales y en igualdad de condiciones con los españoles. Garantiza, además, las condiciones de su ejercicio en los procedimientos administrativos de retorno y asilo, mediante el reconocimiento del derecho a la interpretación, a la gratuidad en vía de recurso <sup>78</sup>.

Lo cierto es que, por comparación, la referencia al beneficio de justicia gratuita en la Directiva de Retorno resulta en cierto grado inquietante, por cuanto tampoco parece garantizarse el ejercicio efectivo del mismo. Ello es así por cuanto el artículo 13.4 de la Directiva de Retorno transfiere el control del cumplimiento de dicho ejercicio a los

---

<sup>75</sup> La asistencia jurídica gratuita se ha reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en convenios internacionales multilaterales y bilaterales, así como en varios Reglamentos y Directivas comunitarios.

<sup>76</sup> La Ley 16/2005 de 18 de julio plantea una doble vía de modificación. En primer lugar, de adaptación constitucional y, en segundo, de transposición de la Directiva 2002/8/CE, de 27 de enero de 2003, sobre justicia gratuita en litigios transfronterizos. Entiéndase, después de lo expuesto, el reconocimiento del beneficio de justicia gratuita a todos los extranjeros de terceros países “que se encuentren en España” y no “que residan legalmente” en España, por mandato constitucional.

<sup>77</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional de 22.05.2003 y de 07.11.2007.

<sup>78</sup> Artículo 22 de la Ley de Proyecto de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, *cit. supra*.

Estados miembros bajo la genérica fórmula “los Estados miembros velarán...” por la asistencia jurídica gratuita. En la misma línea de “recomendación” establece que aquéllos “podrán” remitirse a la Directiva 2005/85/CE<sup>79</sup>.

El problema es que si se ejerce esta posibilidad -la de remisión a la citada Directiva 115/2008- el artículo 15, párrafos 3, 4 y 5 lo que se obtiene, fundamentalmente, es una enumeración de limitaciones de este derecho procesal fundamental. De suerte que este precepto establece:

“3. Los Estados miembros podrán establecer en su Derecho nacional que se conceda asistencia jurídica o representación legal gratuitas:

a.- *únicamente* para los procedimientos ante un órgano jurisdiccional de conformidad con el Capítulo V y no para nuevos recursos o revisiones previstos en el Derecho nacional, incluida la revisión de un recurso debida a un nuevo recurso o revisión, y o

b.- *únicamente* a quienes carezcan de medios suficientes, y o

c.- *únicamente* a los asesores jurídicos u otros consejeros designados específicamente por el Derecho nacional para asistir o representar a los solicitantes de asilo, y o

d.- *únicamente* si el recurso o revisión tiene probabilidades de prosperar. Los Estados miembros velarán por que no se restrinja de manera arbitraria la asistencia jurídica ni la representación legal concedidas en virtud de la letra d.

4. Los Estados miembros podrán establecer normas para dar respuesta y tratar tales peticiones de asistencia jurídica o representación legal.

5. Los Estados miembros podrán además:

a.- *imponer límites* económicos y o temporales a la disposición relativa a la asistencia jurídica y o representación legal gratuita, siempre que dichos límites no restrinjan de manera arbitraria el acceso a la asistencia jurídica y o representación legal;

b.- disponer que, por lo que respecta a las tasas y otros gastos, el trato a los solicitantes no sea más favorable que el que generalmente conceden a sus nacionales en asuntos de asistencia jurídica.

6. Los Estados miembros podrán exigir el reembolso total o parcial de cualquier

---

<sup>79</sup> Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 01.12.2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (DO L 326, de 13.12.2005, p. 13 y ss.)

gasto sufragado cuando la situación financiera del solicitante haya mejorado considerablemente o si la decisión de conceder tales beneficios se hubiese adoptado sobre la base de información falsa suministrada por el solicitante” (La cursiva es nuestra).

La falta de rigor jurídico del llamamiento, sin carácter obligatorio, es parejo al grado de superficialidad con el que se produce la aproximación más bien limitativa al beneficio de justicia gratuita, que es manifestación de la tutela judicial efectiva.

En cualquier caso, y en relación con las citadas “limitaciones” y “vaguedades” en torno a la tutela judicial efectiva, resulta una situación paradójica si se incide en la referencia que se hace a la misma al inicio de la Directiva de Retorno, concretamente en su Considerando 11. De suerte que, en lo que podría calificarse como la “Exposición de motivos” del texto comunitario, la referencia es clara y taxativa:

“*Debe establecerse un conjunto mínimo común de garantías jurídicas respecto de las decisiones relativas al retorno para garantizar una protección eficaz de los intereses de las personas de que se trate. Debe facilitarse la asistencia jurídica necesaria a aquellas personas que no dispongan de recursos suficientes. Los Estados miembros deben prever en su legislación nacional los casos en que considera necesaria la asistencia jurídica*” (la cursiva es nuestra).

Texto que, sin lugar a dudas, reviste interés en aras a una interpretación integradora del artículo 13.4 de la Directiva de Retorno. De modo que, pese a todo, las garantías procesales se plantean como “estándar mínimo” y con carácter obligatorio para garantizar el ejercicio eficaz de la tutela judicial efectiva, que es un derecho constitucional fundamental.

### **3. El internamiento a efecto de expulsión de los nacionales de terceros países en situación irregular**

El Capítulo IV de la Directiva de Retorno, titulado “Internamiento a efectos de expulsión” suscita importantes dudas acerca de su compatibilidad con la protección de los derechos humanos, tanto por lo que en este Capítulo no se dice, como por sus disposiciones expresas.

En la Directiva de Retorno se echa en falta una referencia a que deben estar prohibidas tanto las decisiones de retorno como las órdenes de expulsión que tengan carácter colectivo. Debe recordarse que el Protocolo número cuatro al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales



(Estrasburgo, 16.09.1963) <sup>80</sup> contiene un artículo 4, titulado “Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros”, en el que tajantemente se afirma que “quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que por, “expulsión colectiva” conforme a la disposición citada, se entiende “any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on a basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien” <sup>81</sup>. Cabe incluso recordar que, el 4 de mayo de 2005, cuatro meses antes de que la Comisión Europea presentara su propuesta de Directiva de Retorno, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó un documento titulado “Veinte Directrices sobre el retorno forzoso”. Este documento se adoptó con la finalidad de convertirse en un código de buena conducta que armonizase los procedimientos de expulsión con el respeto de los derechos humanos <sup>82</sup>. Según la tercera Directriz:

“Guideline 3. Prohibition of collective expulsion

A removal order shall only be issued on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual person concerned, and it shall take into account the circumstances specific to each case. The collective expulsion of aliens is prohibited”.

En su Comentario, el Comité de Ministros del Consejo de Europea indicó que esta norma no prohíbe la organización material de salidas de grupos de personas a retornar, siempre que la orden de retorno se base en las circunstancias del individuo afectado, incluso aunque las situaciones administrativas de los miembros de ese grupo sean similares o aunque presenten algunas características comunes. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluso ha especificado que puede que no sea

---

<sup>80</sup> Publicado en el *BOE* de 14.03.2008, núm. 64, p. 15.299 y ss.

<sup>81</sup> ECHR, *Inadmissibility decision of 23 February 1999 in the case of Andric v. Sweden* (Appl. No. 45917/99).

<sup>82</sup> COMMITTEE OF MINISTERS, document CM(2005)40 final (9 May 2005): *925 Meeting, 4 May 2005. 10.5: Ad hoc Committee of Experts on the Legal Aspects of Territorial Asylum, Refugees and Stateless Persons (CAHAR). Twenty guidelines on forced return*, 9 págs. No obstante, en su adopción, el Reino Unido se reservó el derecho de cumplir o no estas Directrices. Véase COMMITTEE OF MINISTERS, document CM(2005)40 final and Addendum final and CM/Del/Dec(2005)924/10.1 (4 May 2005): *925th Meeting, 3-4 May 2005. Item 10.5: Ad hoc Committee of Experts on the Legal Aspects of Territorial Asylum, Refugees and Stateless Persons (CAHAR). Twenty guidelines on forced return*, 1 pág. Finalmente, las Veinte Directrices se publicaron con sus respectivos comentarios en: COMMITTEE OF MINISTERS, document CM(2005)40 Addendum final (20 May 2005): *925 Meeting, 4 May 2005. 10.5: Ad hoc Committee of Experts on the Legal Aspects of Territorial Asylum, Refugees and Stateless Persons (CAHAR). Comments on the Twenty guidelines on forced return*, 27 págs. Los tres textos citados están disponibles en la dirección de Internet: «<http://www.coe.int/cm>» (última consulta: 12.07.2009).

suficiente el adoptar órdenes de retorno individuales, si el carácter estereotípico de las razones dadas para notificar una orden de expulsión o el arresto para asegurar el cumplimiento de esa orden, u otros factores, indican que una decisión relativa a la remoción del territorio de un grupo de extranjeros puede haber sido adoptada sin tener en cuenta las circunstancias individuales de cada miembro del grupo<sup>83</sup>.

Esta laguna de la Directiva de Retorno es aún más llamativa si se tiene en cuenta que, en el caso de que el Tratado de Lisboa entre en vigor, el artículo 6.1 de la versión consolidada del TUE dispone que:

“La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”<sup>84</sup>.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en su artículo 19, titulado “Protección en caso de devolución, expulsión y extradición”, afirma en su párrafo 1 que “se prohíben las expulsiones colectivas”<sup>85</sup>. En estas circunstancias, el silencio de la Directiva de Retorno sobre este particular no puede interpretarse en el sentido de que permita a los Estados miembros apartarse de esta prohibición, aunque la opción legislativa seguida, consistente en guardar silencio sobre este particular, no haya sido la más correcta.

Otra omisión importante en la Directiva de Retorno relativa a la protección de derechos humanos concierne al derecho a reparación en caso de internamiento ilegal. Es cierto que la Directiva de Retorno, cuando quien dicta el internamiento es una

---

<sup>83</sup> Véase ECHR, *Conka v. Belgium judgment of 5 February 2002, Appl. No. 51564/99*, p. 59, así como los acuerdos amistosos alcanzados en los asuntos *Sulejmanovic and others* y *Sedjovic and Sulejmanovic v. Italy (Appl. No. 57574/00 and no. 57575/00) (Judgment of 8 November 2002)*.

<sup>84</sup> La versión consolidada del TUE se publicó en el DO C 115, de 09.05.2008, p. 13 y ss. Este texto está disponible en la dirección de Internet: «<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0013:0045:ES:PDF>» (última consulta: 12-07.2009).

<sup>85</sup> La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE se publicó en el DO C 303, de 14.12.2007, p. 1 y ss. Su texto está disponible en la dirección de Internet: «<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:ES:PDF>» (última consulta: 12-07.2009). Es más, en la explicación relativa al artículo 19.1 de la Carta, explícitamente se señala que: “El apartado 1 de este artículo tiene el mismo significado y alcance que el artículo 4 del Protocolo nº 4 al CEDH, en lo referente a las expulsiones colectivas. Su objetivo es garantizar que cada decisión se base en un examen concreto y que no se pueda decidir mediante una sola medida la expulsión de todas las personas que tengan la nacionalidad de un Estado determinado (véase también el artículo 13 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos)”. El documento titulado “Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C 303/02)” se publicó en el DO C 303, de 14.12.2007, p. 17 y ss. Este documento está disponible en la dirección de Internet: «<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:ES:PDF>» (última consulta: 12-07.2009).

autoridad administrativa, establece la posibilidad de un control judicial a posteriori, ya sea de oficio o a instancia de parte. Si como resultado del ejercicio del mismo, se considera que el internamiento es ilegal, la Directiva establece la obligación de poner inmediatamente en libertad a la persona de que se trate (art. 15.2, pár. 4), si bien se guarda un discreto silencio sobre el derecho de esta persona a resarcimiento. Este silencio choca frontalmente con el artículo 5.5 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales<sup>86</sup>, en el que se dispone que “Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación”. Es más, en el caso de que el Tratado de Lisboa entre en vigor, deberá igualmente tenerse en cuenta que el artículo 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, a la que ya se ha hecho referencia, establece que “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad” y que, en la explicación de este artículo 6, se insistió en que:

“Los derechos establecidos en el artículo 6 corresponden a los garantizados en el artículo 5 del CEDH, y tienen, con arreglo al apartado 3 del artículo 52 de la Carta, el mismo sentido y alcance. Como consecuencia de ello, las limitaciones que puedan legítimamente establecerse no podrán sobrepasar las permitidas por el CEDH en la propia redacción del artículo 5”.

Por lo tanto, tampoco podrá interpretarse la ausencia de referencia al derecho a una reparación en caso de internamiento ilegal en la Directiva sobre Retorno como una negación de este derecho. Como en el caso anterior, esta omisión no está justificada si se tiene en cuenta el carácter de estándar mínimo que persigue la Directiva al establecer normas y procedimientos comunes para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

De la regulación específica del Capítulo IV de la Directiva de Retorno plantean series dudas acerca de su compatibilidad con los derechos humanos las disposiciones relativas a las autoridades que pueden ordenar el internamiento a efectos de expulsión, su duración y las condiciones del mismo.

---

<sup>86</sup> Publicado en el *BOE*, núm. 243, de 10.10.1979. Posteriormente, fue modificado por el Protocolo número 8 al Convenio (Viena, 19.03.1985) (*BOE*, de 11.11.1989); por el Protocolo número 9 (Roma, 06.11.1990) (no ratificado por España ni publicado en el *BOE*); y por el Protocolo número 11 relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio (Estrasburgo, 11.05.1994). (*BOE*, núm. 152, de 26.06.1998, con corrección de errores en el *BOE*, núm. 223, de 17.09.1998). Sobre este Convenio, véanse: FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, C. (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 3ª ed., Madrid, Dilex, 774 págs.; BOU FRANCH, V.; CASTILLO DAUDÍ, M., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2008, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 97-148; etc.

Cabe recordar que el artículo 15.2 de la Directiva de Retorno expresamente señala que “el internamiento será ordenado por las autoridades administrativas o judiciales”. Los problemas se plantean cuando sean autoridades no judiciales quienes ordenen el internamiento. Por lo que se refiere al Derecho español, este tema ya fue resuelto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 115/1987, de 7 de julio<sup>87</sup>. En esta ocasión, el alto Tribunal delimitó de esta forma el recuso a resolver:

El primer precepto cuya inconstitucionalidad se propugna es el párrafo segundo del número 2 del art. 26 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, pues se estima que vulnera los arts. 7.1 y 2, 24 y 25.3 de la Constitución en relación con el art. 13 de la misma.

El Defensor del Pueblo impugna este párrafo segundo del núm. 2 del art. 26 de la Ley Orgánica 7/1985, y es a solo este párrafo al que se limita la pretensión de inconstitucionalidad. Sin embargo resulta necesario enmarcar ese párrafo en el contexto general de la regulación contenida en ese art. 26. El mismo, en su número primero establece la posibilidad de expulsión de España de los extranjeros en determinados casos, y el párrafo primero del núm. 2 ha previsto que en algunos de los supuestos establecidos en el número primero «se podrá proceder a la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancia el expediente».

Respecto a esta última disposición tanto el recurrente como el Letrado del Estado están de acuerdo en que afecta al derecho a la libertad del art. 17 de la Constitución, el cual es un derecho inherente a la persona humana, de aquéllos que según la STC 107/1984, de 23 de noviembre, corresponden por igual a españoles y extranjeros. También están de acuerdo en la constitucionalidad del art. 26.2.1 de la Ley Orgánica 7/1985 en relación con el art. 17.1 de la Constitución, por haberse respetado el principio de legalidad y la exigencia de Ley Orgánica para establecer una causa de restricción o pérdida de libertad. Coinciden también en que la iniciación de un procedimiento de expulsión, cuando se dan determinadas circunstancias, es un supuesto razonable de restricción o pérdida de libertad que, además, está previsto expresamente en el art 5.1 f) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, que es especialmente relevante al respecto, por el mandato contenido en el art. 10.2 de la Constitución. No se ha planteado así duda alguna en principio sobre la constitucionalidad de esta detención preventiva cautelar, que se encuentra prevista en términos similares en los ordenamientos europeos en los que el citado Convenio es aplicable.

---

<sup>87</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, de 07.07.1987 (publicada en el *BOE* de 29.07.1987, núm. 180), en el recurso de inconstitucionalidad núm. 880/85, promovido por el Defensor del Pueblo, contra los arts. 7, 8, 26 y 34, de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Tampoco se cuestiona, por decirlo con palabras del recurrente, que la «detención preventiva o cautelar prevista en el art. 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985 respeta la previsión constitucional del art. 17.2 en cuanto la misma no puede exceder del plazo de setenta y dos horas».

El recurso, en lo que a este art. 26 se refiere, sólo plantea la posible inconstitucionalidad del párrafo segundo del núm. 2 del art. 26. Según el citado párrafo:

«La Autoridad Gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo de setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario. De tal medida se dará cuenta al Consulado o Embajada respectivos y al Ministerio de Asuntos Exteriores. El internamiento no podrá prolongarse más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que pueda exceder de cuarenta días».

Por lo tanto, sólo con la delimitación de este primer motivo de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional español dejó claro que la detención preventiva ordenada por una autoridad administrativa española no puede exceder de las 72 horas, plazo en el que el detenido deberá quedar en libertad o ser puesto a disposición judicial (art. 17.2 CE). El Tribunal Constitucional concluyó afirmando que: «La voluntad de la ley, y desde luego el mandato de la Constitución es que, más allá de las setenta y dos horas, corresponda a un órgano judicial la decisión sobre mantenimiento o no de la limitación de la libertad»<sup>88</sup>. En consecuencia, la previsión de la Directiva de Retorno de que una autoridad administrativa pueda dictar una orden de internamiento por un plazo máximo de seis meses (art. 15.5), prorrogable por esa misma autoridad administrativa por un plazo no superior a doce meses más (art. 15.6) choca directamente con el mandato constitucional y cualquier medida española de incorporación de esta Directiva que la siguiera incurriría necesariamente en un vicio de inconstitucionalidad.

---

<sup>88</sup> El Tribunal Constitucional añadió: «Lo que el precepto legal establece es que el órgano administrativo, en el plazo máximo de setenta y dos horas, ha de solicitar del Juez que autorice el internamiento del extranjero pendiente del trámite de expulsión. El órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en si misma (sobre la que el Juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión. Interpretado en estos términos el precepto impugnado, es plenamente respetuoso no sólo del art. 17.2 de la Constitución, sino, al mismo tiempo, también del art. 25.3, al no ser una decisión administrativa, sino judicial, la que permite la pérdida de libertad, pues no existe condicionamiento alguno sobre el Juez para decidir sobre esa libertad (...) La disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma» (FJ I).

Con posterioridad a este pronunciamiento del Tribunal Constitucional español, también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo la ocasión de pronunciarse sobre este particular en su Sentencia de 27 de noviembre de 2003 en el asunto *Shama contra Polonia*. En esta ocasión, el Tribunal Europeo tuvo que pronunciarse sobre la conformidad con los derechos humanos de la detención de un nacional de un tercer país por la policía de fronteras en la zona de tránsito de un aeropuerto hasta que la persona en cuestión fuera finalmente expulsada del territorio de un Estado donde se encontraba en situación irregular. De entrada, el Tribunal Europeo sostuvo que:

“La Cour rappelle qu'en proclamant le «droit à la liberté», le paragraphe 1 de l'article 5<sup>89</sup> vise la liberté physique de la personne; il a pour but d'assurer que nul n'en soit privé de manière arbitraire. Par ailleurs, pour déterminer si une personne se trouve privée de sa liberté au sens de l'article 5, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères, comme le genre, la durée et les modalités de l'exécution de la mesure considérée (arrêts *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8 juin 1976, série A n° 22, p. 24, §§ 58-59, *Guzzardi c. Italie* du 6 novembre 1980, série A n° 39, p. 33, § 92, et *Amuur c. France* du 25 juin 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-III, p. 848, § 42)”<sup>90</sup>.

Tras aplicar estos criterios al caso concreto, concluyó afirmando que:

“La Cour estime ensuite que le fait de détenir un individu dans cette zone durant une période indéterminée et imprévisible sans que cette détention se fonde sur une disposition légale concrète ou sur une décision judiciaire valable, est en soi contraire au principe de la sécurité juridique, qui est implicite dans la Convention et qui constitue l'un des éléments fondamentaux de l'Etat de droit.

A cet égard, la Cour souligne également qu'aux fins de l'article 5 §1, la détention qui s'étend sur une période de plusieurs jours et qui n'a pas été ordonnée par un tribunal ou par un juge ou par toute autre personne habilitée (...) à exercer des fonctions judiciaires» ne saurait passer pour «régulière» au sens de cette disposition. Si cette exigence n'est pas explicitement formulée à l'article 5 § 1, elle peut se déduire de l'article 5 pris dans sa globalité, en particulier du libellé

---

<sup>89</sup> Interesa especialmente el art. 5.1.f), que es del siguiente tenor: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley: f) si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”.

<sup>90</sup> COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, Troisième section, Arrêt, 27 novembre 2003, *Affaire Shama c. Pologne*, (Requêtes n<sup>os</sup> 45355/99 et 45357/99), p. 44.. El texto de esta Sentencia está disponible en la dirección de Internet: «[http://www.echr.coe.int/ECHR/homepage\\_fr](http://www.echr.coe.int/ECHR/homepage_fr)» (última consulta: 12.07.2009).

du paragraphe 1 c) («en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente») et du paragraphe 3 («doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires»). En outre, la garantie d'*habeas corpus* que contient l'article 5 § 4 vient également appuyer l'idée que la détention qui est prolongée au-delà de la période initiale envisagée au paragraphe 3 appelle l'intervention d'un «tribunal» comme garantie contre l'arbitraire (*Baranowski c. Pologne*, arrêt du 28 mars 2000, Recueil 2000-III)<sup>91</sup>.

En consecuencia, las detenciones prolongadas ordenadas por autoridades administrativas, que en ningún caso tienen la consideración de órganos judiciales, aunque permitida por la Directiva de Retorno, sería igualmente contraria al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales<sup>92</sup>.

Plantea igualmente dudas de compatibilidad con la necesidad de respetar los derechos humanos, y por lo tanto de constitucionalidad, las disposiciones de la Directiva de Retorno relativas a la información que se debe dar a los nacionales de terceros países en situación irregular en relación con la eventual existencia de un recurso judicial a instancia de parte para controlar la legalidad de la orden administrativa de internamiento. El artículo 15.2 párrafo 3, b) de la Directiva de Retorno afirma que: “En este caso, los Estados miembros informarán inmediatamente al nacional de un tercer país de que se trate sobre la posibilidad de incoar dicho procedimiento”. Ninguna referencia se contiene acerca de que esta información se le deba dar en un idioma que comprenda<sup>93</sup>. De nuevo cabe referirse al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, que en su artículo 5.2 dispone que:

“Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella”<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> *Ibíd.*, párs. 58-59.

<sup>92</sup> Esta conclusión tiene una importancia reforzada porque, en caso de entrar en vigor el Tratado de Lisboa, ya se ha indicado que el artículo 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE tiene el “mismo sentido y alcance” que el artículo 5 de este Convenio.

<sup>93</sup> La Directiva de Retorno sólo contempla este tema en relación con las decisiones de retorno y, si se dictan, con las decisiones de prohibición de entrada y de expulsión (art. 12), pero no con las decisiones de internamiento.

<sup>94</sup> Conviene recordar una vez más que, si el Tratado de Lisboa entra en vigor, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE tendrá carácter obligatorio y que su artículo 6 tendrá “el mismo sentido y alcance” que el artículo 5 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Cabe igualmente señalar que esta garantía también está expresamente contemplada en la Directriz número 6.2 aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

De no cumplirse esta garantía mínima, se estaría atentando contra los derechos de defensa judicial de la persona afectada, deviniendo por tanto inconstitucional cualquier práctica de este tipo<sup>95</sup>.

Plantea igualmente fuertes interrogantes la regulación que la Directiva de Retorno hace de la duración del internamiento a efectos de expulsión. La Directiva en este punto resulta contradictoria, pues a la afirmación de que “cualquier internamiento será lo más corto posible” (art. 15.1, pár. 2)<sup>96</sup>, le sigue la posibilidad de que el internamiento pueda prolongarse hasta 18 meses (art. 15.5 y 6). Cabe recordar que, cuando el Tribunal Constitucional español declaró la constitucionalidad del artículo 26.2, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, lo hizo atendiendo a que el plazo de internamiento de 40 días coincide con “la duración máxima de la prisión preventiva de los extranjeros prevista en el artículo 16.4 del Convenio Europeo de Extradición”<sup>97</sup>. En consecuencia, los plazos previstos en la Directiva de Retorno chocan con este canon de constitucionalidad. Debe señalarse, además, que la Directiva de Retorno guarda un más que discreto silencio ante la eventualidad de que, una vez transcurridos los 18 meses de internamiento, siga sin haberse producido la expulsión. En estos casos, debería procederse a la liberación inmediata de la persona afectada. No obstante, surge la duda de si, a continuación, se le

---

<sup>95</sup> También el Tribunal Constitucional español, en su Sentencia 115/1987, de 7 de julio, indicó que: “La decisión judicial, en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, ha de ser «adoptada mediante resolución judicial motivada» (STC 41/1982, de 2 de julio), que debe respetar los derechos fundamentales de defensa (art. 24.1 y 17.3 de la Constitución), incluidos los previstos en el art. 30.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en conexión con el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial y eventualmente los reconocidos en el art. 35 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en conexión con el art. 5.4 del citado Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Se cumple así la exigencia que el Tribunal de Estrasburgo estableció en su Sentencia de 18 de junio de 1971 (Caso de *Wilde, Ooms y Versyp*), de que toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un Tribunal, y por ello con «unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal». Es decir, el precepto impugnado respeta y ha de respetar el bloque de competencia judicial existente en materia de libertad individual, incluyendo el derecho de habeas corpus del art. 17.4 de la Constitución, tanto en lo que se refiere a la fase gubernativa previa, dentro de las setenta y dos horas, como también respecto a esa prolongación del internamiento en caso necesario, más allá de las setenta y dos horas, en virtud de una resolución judicial. La intervención judicial no sólo controlará el carácter imprescindible de la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado «presentar sus medios de defensa», evitando así que la detención presente el carácter de un internamiento arbitrario”.

<sup>96</sup> En este punto, la Directiva de Retorno sigue la redacción de la Directriz número 8 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

<sup>97</sup> En su Sentencia 115/1987, de 7 de julio, el Tribunal Constitucional español sostuvo que: “este carácter restringido y excepcional de la medida de internamiento se refleja también en la existencia de una duración máxima, de modo que la medida de internamiento no puede exceder, en ningún caso, de cuarenta días, que es también la duración máxima de la prisión preventiva de los extranjeros prevista en el art. 16.4 del Convenio Europeo de Extradición, de 12 de diciembre de 1957, ratificado por España el 21 de abril de 1982 («Boletín Oficial del Estado» de 8 de junio)”.



podría dictar una nueva orden de internamiento que vuelva a hacer correr el plazo de 18 meses.

Finalmente, debe señalarse que también se plantean problemas entre las condiciones de internamiento previstas en la Directiva de Retorno y la protección de los derechos humanos. Cabe recordar que la Directiva de Retorno establece, como norma general, que el internamiento se lleve a cabo en centros de internamiento especializados, aunque cuando un Estado miembro no pueda llevar a cabo esta previsión, podrá recurrir a centros penitenciarios, donde las personas en situación irregular internadas estarán separadas de los presos ordinarios (art. 16.1). No obstante, en situaciones en que un número excepcionalmente importante de personas en situación irregular que deban ser retornadas plantee una “importante carga imprevista” para la capacidad de las instalaciones de internamiento de un Estado miembro, no será necesario cumplir lo dispuesto en su artículo 16.1 (art. 18.1). De nuevo, cabe recordar que esta regulación atenta contra la jurisprudencia constitucional española, pues al declarar la constitucionalidad del artículo 26.2, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, el Tribunal Constitucional tuvo en cuenta que:

“(...) el internamiento ha de ser en centros o locales «que no tengan carácter penitenciario», garantía adicional que trata de evitar que el extranjero sea sometido al tratamiento propio de los centros penitenciarios”<sup>98</sup>.

#### **4. El interés superior del menor: especial consideración de los menores extranjeros no acompañados**

La protección de menores es, de por sí y reconocido de manera general, otro de los aspectos especialmente sensibles en materia de derechos fundamentales. Y de nuevo, conviene establecer todas las cautelas en el tratamiento que se hace de este colectivo vulnerable cuando, además de menores, se trata de inmigrantes en situación irregular y en proceso de retorno. De entrada, el interés superior del menor, reconocido internacionalmente y en los Derechos nacionales, es un principio básico de los ordenamientos jurídicos y de orden público que debe inspirar toda la regulación relativa a menores.

En este sentido, la Directiva de Retorno, también levanta cierta controversia al establecer la posibilidad de retorno y expulsión de menores no acompañados en el artículo 10.1 y 2, configurándose ésta como una situación delicada. Debe añadirse otro

---

<sup>98</sup> Véase igualmente la Directriz número 10 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

elemento conflictivo, que es el relativo a que la expulsión se produce por infracciones administrativas y que, a mayor abundamiento, cabe la posibilidad de que el Estado de retorno no sea, finalmente, el del origen del menor. Ello, además, con el agravante de que tampoco se garantizan determinadas medidas respecto al destino y la entrega del menor.

La polémica así suscitada ha experimentado una gran repercusión social, dada la especial sensibilidad que genera, como cuestión de orden público, la protección de menores, incluso con anterioridad a la publicación de la Directiva de Retorno. Prueba de ello es su tratamiento en el Informe del Defensor del pueblo de 2007 y la Recomendación núm. 14 sobre menores inmigrantes no acompañados. Informe en el que se denunciaban los obstáculos en la obtención de las autorizaciones de residencia y de trabajo y se recomendaba la elaboración de un Protocolo de actuación para los procedimientos de reintegración familiar, que incluya garantías para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Medidas referidas a la notificación formal, el principio de audiencia o el trato al menor y las condiciones de los centros de internamiento, sobre las que se habían denunciado ciertas vulneraciones. Con posterioridad a la Directiva de Retorno, se han multiplicado las manifestaciones contrarias y de denuncia de organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales, respecto, sobre todo, a la protección de menores<sup>99</sup>.

Dadas las circunstancias anteriores, en este punto puede afirmarse directamente que la Directiva de Retorno presenta problemas de constitucionalidad. En efecto, el artículo 39.4 CE garantiza la protección de menores y remite a la legislación convencional sobre la materia que es clara en la exigencia de las deficiencias señaladas de la Directiva. Insuficiencias que también resultan vulneratorias de la Convención internacional de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño y del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en su artículo 24<sup>100</sup>. Asimismo, en el marco de legislación de desarrollo estatal, la Ley de protección jurídica del menor de 1996<sup>101</sup>, ofrece una protección general y unas garantías para todos los menores que se encuentren en territorio español, con independencia de su nacionalidad,

---

<sup>99</sup> En este sentido, véase, entre otros textos “La Declaración de MERCOSUR sobre la Directiva de Retorno”, de 01.07.2008, en su primer considerando o la valoración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, de 22.07.2008. Algunas organizaciones no gubernamentales han manifestado su oposición a la Directiva de Retorno, como Save the Children, Amnistía Internacional (AI), Jueces para la Democracia o la Asociación Europea para la defensa de los Derechos Humanos con especial incidencia en la protección de menores.

<sup>100</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, A.; LÓPEZ ÁLVAREZ, A.: “Breve aproximación crítica a la «Directiva de Retorno»”, *Diario La Ley*, núm. 7064, Sección doctrina, 2611.2008, año XXIX, La Ley.

<sup>101</sup> Ley Orgánica de protección jurídica del menor 1/1996, de 15 de enero (*BOE* núm. 15, de 17.01.1996).

protección que también se desarrolla en el artículo 35 de la Ley Orgánica 1/2000. En esta línea de garantías, el Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica de Extranjería desarrolla el sistema de medidas de protección para los menores no acompañados en su artículo 35. En este sentido, los menores siempre se encuentran a disposición de los servicios competentes de protección de menores y se introduce, como novedad, la audiencia al menor, en el procedimiento sobre su repatriación y la mención expresa al interés superior del menor. Cuestiones, por otro lado, que ya se contemplaban en el Reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería <sup>102</sup>.

En el sistema vigente, el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000 establece:

“4. Se considerará regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiera sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores”.

El Proyecto de Reforma sí añade inmediatamente a continuación de lo anterior, en el párrafo 6 *in fine* del artículo 35:

“6. (...) La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor”.

De nuevo sorprende de la comparativa que la propia Directiva de Retorno, no haya elaborado un sistema más desarrollado de garantías para la protección del menor en los términos establecidos por los tratados internacionales. Con mayor razón, si cabe, cuando es la propia Directiva la que, en sus considerandos iniciales, afirma:

“En consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989 <sup>103</sup>, el ‘interés superior del niño’ debe ser una consideración primordial de los Estados miembros al aplicar la presente Directiva”

<sup>104</sup>

Pues es precisamente la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989, la que obliga a los Estados a realizar la entrega del menor a un familiar

---

<sup>102</sup> Véase el artículo 92 del Real Decreto 2393/2004 *cit. supra*.

<sup>103</sup> Publicada en el *BOE* de 31.12.1990, núm. 313, p. 38.897 y ss.

<sup>104</sup> Considerando (22) de la Directiva de Retorno.

o tutor, con el establecimiento de todas las garantías necesarias, y que se reproduce en el artículo 10.2 de la Directiva, además de afirmar la prevalencia del interés superior del menor.

De nuevo, una interpretación integradora debe llevarnos a la aplicación y consideración de todas las garantías establecidas en los textos internacionales y autónomos. Garantías que sí se prevén en la Directiva para el tiempo de permanencia de los menores en los centros de internamiento, pero que de nuevo nos plantea la dificultad de privación de libertad en centros que se rigen por defecto por el reglamento penitenciario.

De hecho, el internamiento de menores se prevé como último recurso y durante el menor tiempo posible (art. 17 de la Directiva de Retorno). Y ello, en la medida de lo posible, en un sistema de alojamiento y con asistencia de personal adecuado para su edad. Asimismo, también se prevé su participación en actividades de ocio, juegos, y en función del tiempo de internamiento, el acceso a la educación.

No cabe duda que la Directiva trata de establecer las medidas necesarias de protección para los menores, sin embargo, no queda tan claro que pueda admitirse la posibilidad misma de expulsión de menores no acompañados o su internamiento en los centros sin desarrollar al máximo el conjunto de garantías en beneficio de su interés.

De nuevo, parece que la aproximación de mínimos a la que aspira la Directiva de Retorno resulta insuficiente por lo que se refiere al tratamiento de la protección de menores. La idea originaria de establecer un “denominador común” con respecto a las normas y los procedimientos para el retorno de menores ha dado lugar, de nuevo, a una aproximación que, por genérica, puede resultar insuficiente y, lo que es peor, podría dar lugar a una interpretación restrictiva vulneratoria, incluso, del “estándar mínimo” exigible.

## **V. CONSIDERACIONES FINALES**

La Directiva de Retorno debe ubicarse en el contexto jurídico en el que se adoptó. Es decir, en una situación en la que impera la más absoluta disparidad normativa entre los 27 Estados miembros de la UE, existiendo en algunos de los ordenamientos jurídicos nacionales de sus Estados miembros una excesiva discrecionalidad administrativa en materia de retorno de nacionales de terceros Estados en situación irregular. Solo para estos casos, la Directiva de Retorno puede considerarse como un avance normativo de importancia, que reduce de alguna forma esa discrecionalidad administrativa casi ilimitada. No obstante, la otra cara de la moneda es igualmente cierta, pues en el caso de Estados miembros que ya tienen una legislación más avanzada en materia de repatriación de extranjeros, la Directiva de Retorno es especialmente inquietante, puesto que la armonización a la que conduce el establecimiento de procedimientos y normas

comunes en esta materia se ha realizado, a todas luces, estableciendo un “estándar mínimo” de protección de los derechos humanos de las personas afectadas que se ha configurado muy a la baja.

Al analizar los contenidos de la Directiva de Retorno, la impresión, en definitiva, restrictiva de derechos fundamentales permanece en todos los aspectos que presentan puntos conflictivos. El objetivo de armonización de la Directiva comunitaria en el establecimiento de “estándares mínimos” aparenta en ocasiones -como ocurre con la tutela judicial efectiva, el internamiento a efectos de expulsión o la protección de menores- un peligroso recorte de derechos o libertades fundamentales de los nacionales de países terceros en situación irregular o, como hemos denominado en este trabajo, un giro involucionista en la UE de las Libertades.

Aunque es cierto que la Directiva de Retorno deja a los Estados miembros un margen muy amplio de discreción a la hora de incorporarla a su Derecho interno, no es menos cierto que el estándar mínimo que la Directiva fija de protección de los derechos humanos de los nacionales de terceros países está muy por debajo de lo que garantizan las Constituciones de diversos Estados miembros e, incluso, en ocasiones, de lo establecido en los tratados internacionales en materia de derechos humanos y, muy especialmente, del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Límites que también se imponen a los Estados miembros al incorporar una Directiva europea a su ordenamiento nacional.

No queremos olvidar que la misma Directiva afirma que:

“La cooperación entre las instituciones implicadas en el proceso de retorno en todos sus niveles y el intercambio y fomento de las mejores prácticas, deben acompañar la ejecución de la presente Directiva y proporcionar un valor añadido europeo”<sup>105</sup>.

Lamentablemente, el “valor añadido europeo” en el proceso de retorno no se ha plasmado en la protección de los derechos fundamentales que sí hubieran contribuido a la consecución de un espacio de Justicia en la UE. Las medidas establecidas en la Directiva de Retorno están dirigidas a garantizar la eficacia del procedimiento de repatriación de inmigrantes en situación irregular y coadyuvan, más bien, a la consolidación de un espacio comunitario de Seguridad. De modo que la política migratoria de la Directiva de Retorno, entre la Justicia y la Seguridad, opta, sin margen de duda, por la Seguridad, opción que no deja de ser en cierto modo inquietante.

---

<sup>105</sup> Considerando (19) de la Directiva de Retorno.

En definitiva, estas razones nos llevan a considerar a la Directiva de Retorno como un cambio de rumbo regresivo en la tendencia del Derecho comunitario. Tendencia que, afortunadamente, podría reconducirse si el Tratado de Lisboa entra en vigor. En tal eventualidad, la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la UE tendría el mismo carácter obligatorio que los Tratados constitutivos. Esta eventualidad, si bien todavía incierta, proyecta cierto grado de esperanza sobre una mayor protección de los derechos fundamentales, incluidos los de los nacionales de terceros países en situación irregular y, al mismo tiempo, genera ciertas sombras sobre el futuro, también incierto, de la propia Directiva de Retorno.