

Capítulo XIV

Algunas consideraciones a propósito de las nuevas medidas adoptadas por la Unión Europea frente a la inmigración irregular a la luz del principio del Estado de Derecho

CÉSAR VILLEGAS DELGADO
*Universidad de Sevilla*³¹¹
cvillegas@us.es

I. Introducción

La intensidad que han alcanzado los flujos migratorios en las últimas décadas ha representado un desafío para los Estados europeos. A partir del cálculo racional que ha supuesto la constatación de la incapacidad individual para hacer frente al fenómeno migratorio, los Estados Miembros de la Unión Europea han ido transfiriendo, progresivamente, competencias a la Organización para legislar en materia de inmigración. De esta forma se habla de la comunitarización de la política de inmigración (11). En la lucha contra la inmigración irregular, la Organización ha identificado algunas áreas prioritarias, entre

311 Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D "Inmigrantes Ilegales en la UE" (SE) 2007-60684).

las que están el aumento de la seguridad fronteriza, el combate de las ayudas a la inmigración ilegal, y el retorno y la expulsión de inmigrantes ilegales. En el marco de esta última área prioritaria, el Parlamento Europeo ha aprobado recientemente una propuesta de Directiva del Consejo y de la Comisión con el fin de homogenizar las legislaciones estatales en materia de detención y expulsión de inmigrantes ilegales (11). Dicha Directiva, ha causado una auténtica conmoción en el ámbito internacional ya que para algunos Estados y algunas Organizaciones internacionales –gubernamentales y no gubernamentales–, las disposiciones de la Directiva socavan el respeto de los derechos humanos y las garantías fundamentales de los inmigrantes. El propósito de esta comunicación es analizar, a la luz del principio del Estado de Derecho, la denominada “Directiva de retorno” para intentar determinar si sus disposiciones cumplen, o no, con los requerimientos de dicho principio en tanto que Principio General del Derecho Comunitario y, por tanto, común a todos los Estados Miembros.

II. La progresiva comunitarización de la política de inmigración en Europa

Tradicionalmente, dentro del ámbito regional europeo, la regulación jurídica de los asuntos relacionados con la extranjería –dentro de los que se encontraría la política de inmigración– se configuró como una más de las competencias soberanas, y por ende exclusivas, de cada uno de los Estados Miembros de la Unión Europea (en adelante la Unión). No obstante, a raíz de las transformaciones cuantitativas y cualitativas experimentadas en el seno de la sociedad europea –como resultado de la inmigración³¹² y del establecimiento de un

³¹² De acuerdo con las últimas estadísticas proporcionadas por la Organización de las Naciones Unidas sobre migraciones en el mundo, de 1960 a 1990 en Europa se pasó de los 14 a los 49 millones de inmigrantes, es decir, en un período de 30 años la tasa de inmigración se triplicó. En este sentido, véase *The World Migrant Stock: The 2005 Revision Population Database*, disponible en: <http://esa.un.org/migration/>, visitada el 10 de noviembre de 2008.

mercado interior único³¹³, respectivamente–, los Estados Miembros de la Unión comenzaron a tomar conciencia de las limitaciones a las que se enfrentaban al tratar de gestionar, a título individual, el fenómeno de la inmigración.

Como consecuencia de lo anterior, a principios de la década de los noventa, el tratamiento jurídico y político del fenómeno de la inmigración comenzó a ser objeto de atención por parte del Derecho comunitario. La necesidad de garantizar la libre circulación de las personas dentro del mercado único, unida al progresivo crecimiento de los flujos migratorios, propició que los Estados Miembros manifestaran, dentro del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) de 1992³¹⁴, la voluntad política de cooperar en el plano intergubernamental dentro de un ámbito que consideraban de interés común –el de la inmigración–. Para materializar dicha voluntad, habría que esperar al Tratado de Ámsterdam³¹⁵, pues sería a partir de este Tratado cuando comenzaría a desarrollarse una política comunitaria de inmigración.

En efecto, cuando se adopta el Tratado de Maastricht, su Título VI, denominado “Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior”, incluye la cooperación en materia de inmigración como un ámbito de interés común para realizar los fines de la Unión³¹⁶, pero no va más allá de esta cooperación

³¹³ El artículo 14.2 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE), establece que el mercado interior supone la existencia de “un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado”.

³¹⁴ El Tratado de la Unión Europea, adoptado en Maastricht, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. En este sentido, véase el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) de 13 de enero de 1994.

³¹⁵ En vigor desde el 1 de mayo de 1999. Al respecto, véase el BOE de 7 de mayo y del 7 de agosto de 1999.

³¹⁶ El artículo K.1 del TUE indica que para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común los ámbitos siguientes: “(...) 3. La política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados acerca de: a) las condiciones de acceso al territorio de los Estados Miembros y la circulación por el mismo de los nacionales de terceros

intergubernamental y, en ningún caso, se plantea el establecimiento de una política común de inmigración³¹⁷.

Ahora bien, con el Tratado de Ámsterdam se modifica el artículo 2 del TUE para incluir dentro de los objetivos de la Unión el “mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de las personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración, así como la persecución y la lucha contra la delincuencia...”³¹⁸.

En este sentido, el Tratado de Ámsterdam –con la intención de desarrollar el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia³¹⁹– comunitariza una parte importante de las materias que estaban incluidas en el Tercer Pilar, que pasan a formar parte del Título VI del TCE bajo el título “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”³²⁰. En consecuencia, se sitúan en el pilar comunitario las competencias para adoptar medidas dirigidas a asegurar la realización efectiva del mercado interior en relación con las personas, unida a la desaparición de los controles en las fronteras anteriores. Cabe destacar que, entre dichas medidas, se encuentran las relacionadas con la política de inmigración en los ámbitos siguientes: “a) condiciones de entrada y residencia, y normas

Estados, b) las condiciones de estancia de los nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados Miembros, incluidos el acceso al empleo y la reagrupación familiar, c) la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de terceros Estados en el territorio de los Estados Miembros;...”

317 Al respecto, véase C. Jiménez Piernas; “La Comunitarización de las Políticas de Inmigración y Extranjería: Especial Referencia a España”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 13/2002; pp. 870-871. En el mismo sentido, véase P.A. Fernández Sánchez; *Derecho Comunitario de la Inmigración*. Atelier. Barcelona. 2006; pp. 24-25.

318 Cfr., artículo 2, primer párrafo, guión cuarto del TUE.

319 Sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia como objetivo general de la Unión, véase A. Del Valle Gálvez; “La Refundación de la Libre Circulación de Personas, Tercer Pilar y Schengen: el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 3/1998; pp. 46-70.

320 Al respecto, véanse los artículos 61 a 69 del TCE.

sobre procedimientos de expedición por los Estados Miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar, b) la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales”³²¹.

De forma paralela a la comunitarización reflejada en el Título IV del TCE, las disposiciones del acervo Schengen, creado convencionalmente y desarrollado como fruto de la cooperación intergubernamental al margen del Derecho comunitario, quedan también incorporadas en el ámbito de la Unión Europea (Título IV del TCE y Título VI del TUE) a través de un Protocolo específico anejo al Tratado de Ámsterdam³²².

La creación de una política comunitaria en el ámbito de la inmigración, conforme al Tratado de Ámsterdam, va a recibir un fuerte impulso en el Consejo Europeo de Tampere, celebrado entre el 16 y el 17 de octubre de 1999. En las conclusiones de este Consejo se puso de manifiesto la imperiosa necesidad de desarrollar esta política común de la Unión, con base en determinados elementos, como la colaboración con los Estados y regiones de origen de los flujos migratorios, la gestión eficaz de estos flujos en todas sus etapas y el trato justo a los nacionales de terceros Estados que residen legalmente en el territorio de los Estados Miembros³²³.

321 En este sentido, véase el artículo 63.3 del TCE. Ahora bien, como señalan las profesoras De Almeida y Carreño, cabe destacar que, en esta materia, la competencia comunitaria no es exclusiva, ya que los Estados Miembros conservan su competencia para adoptar y aplicar en sus ordenamientos internos normas nacionales que sean compatibles con el TCE y con los acuerdos internacionales. Vid., De Almeida Nascimento y otra; “La Lucha contra la Inmigración Ilegal en la Unión Europea” en: *Protección de Personas y Grupos Vulnerables: Especial Referencia al Derecho Internacional y Europeo* (J. Ferrer Lloret; y S. Sanz Caballero, coords.); Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008; p. 340.

322 Nos referimos al Protocolo nº 2, que establece la aplicación de este conjunto de disposiciones a los Estados Miembros, desde la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, con la exclusión del Reino Unido e Irlanda (artículos 1 y 2), y la previsión de un régimen particular para Dinamarca (artículo 3).

323 Las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere pueden consultarse en la siguiente dirección: http://europa.eu/documents/european_council/index_es.htm, visitada el 10 de noviembre de 2008.

Posteriormente, las conclusiones de Tampere serían reafirmadas por el Consejo Europeo de Sevilla, celebrado el 21 y 22 de junio de 2002. En las conclusiones adoptadas por este Consejo Europeo, se contempla la adopción de medidas a corto y medio plazo para la gestión conjunta de los flujos migratorios y, especialmente, en relación con la lucha contra la inmigración ilegal, a la que se dedica el contenido de buena parte de las conclusiones³²⁴.

Dos años más tarde, el Consejo Europeo de Bruselas, celebrado el 4 y 5 de noviembre de 2004, aprueba el Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia de la Unión Europea³²⁵ (en adelante Programa de La Haya). Este programa, en el ámbito de la lucha contra la inmigración ilegal, destaca la importancia que reviste la intensificación de la cooperación con terceros países y regiones de origen y de tránsito de inmigrantes, así como la gestión eficaz de los flujos migratorios, mediante la organización de la vigilancia y control en las fronteras exteriores de la Unión y la continuación en la política común de visados³²⁶.

A finales de 2006, el Consejo Europeo de Bruselas, celebrado el 14 y 15 de diciembre, llevó a cabo un balance de la aplicación del Programa de La Haya y, en el marco concreto del desarrollo de una política global europea de inmigración, acordó la ejecución, a lo largo del 2007, de determinadas actuaciones dirigidas a reforzar y profundizar la cooperación con los terceros países de origen o tránsito de los inmigrantes, en particular con los Estados africanos y mediterráneos, así como reforzar la cooperación entre los Estados miembros en la

324 En especial, véanse las conclusiones 28, 30 y 33-36. Las conclusiones del Consejo Europeo de Sevilla están disponibles en: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/72639.pdf, visitada el 10 de noviembre de 2008.

325 Véase el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE), de 3 de marzo de 2005. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:053:0001:0014:ES:PDF>, visitada el 10 de noviembre de 2008.

326 De forma particular, véase el epígrafe III, párrafos 1.6 y 1.7 del Programa de La Haya.

lucha contra la inmigración ilegal, y mejorar la gestión de la frontera exterior de la Unión³²⁷.

Por su parte, dentro del ámbito del Derecho originario, el Tratado de Niza, que modificó el Tratado de Ámsterdam, no aportó novedades sustantivas a la regulación del título IV del TCE, sino que únicamente introdujo algunas modificaciones de carácter formal, que afectaban a la extensión del procedimiento de codecisión a determinadas medidas adoptadas sobre la base del título IV del TCE³²⁸.

Ahora bien, el “abandonado” Tratado que establecía una Constitución para Europa³²⁹ –Tratado Constitucional–, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, sí incluía novedades destacables en materia de inmigración. En concreto, el artículo III-257 hacía referencia expresa al desarrollo, por parte de la Unión, de una política común de inmigración y los artículos III-265 y siguientes –políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración–, contenían diversas disposiciones en esta materia, entre las que destacaban, en el plano concreto de la inmigración ilegal, las contempladas por el artículo III-267, que preveía la adopción de medidas, a través de futuras leyes o leyes marco europeas, en determinados ámbitos, entre los que se encontraban “la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación irregular”³³⁰.

A pesar de no haberse aprobado el Tratado Constitucional, su le-

327 Al respecto, véanse las conclusiones 16 y 24 del Consejo Europeo de Bruselas. Disponibles en: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/92217.pdf, visitada el 10 de noviembre de 2008.

328 En particular, medidas relacionadas con el asilo y la protección de las personas desplazadas.

329 Término sugerido por GIRÓN LARRUCEA para poner de manifiesto que no fue posible sacar adelante la propuesta para derogar todos los tratados vigentes y sustituirlos por un texto único denominado “Constitución”. En este sentido, véase J.A. Girón Larrucea; *El Sistema Jurídico de la Unión Europea: La Reforma Realizada en el Tratado de Lisboa*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008; pp. 32-34.

330 A propósito de las novedades introducidas por el Tratado Constitucional en materia de inmigración, véase, entre otros, A. Del Valle Gálvez; “El Frágil Estatuto Internacional y Europeo del Inmigrante Irregular” en: *Inmigración Irregular y Derecho* (A. Del Valle Gálvez y otro. Coords.) VII Jornadas Autonómicas de

gado en materia de inmigración fue rescatado por el Tratado Lisboa o Tratado de Reforma³³¹, de 13 de diciembre de 2007. En efecto, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (que sustituye al TCE) reproduce íntegramente las disposiciones que en materia de inmigración había contemplado el mal logrado Tratado Constitucional³³².

1. Las áreas prioritarias de la lucha contra la inmigración irregular: especial referencia al retorno y la expulsión de inmigrantes irregulares

La lucha contra la inmigración ilegal dentro de la Unión Europea se configura como una parte esencial de la política común de inmigración en el seno de la organización, y se sitúa en la base del desarrollo de una actuación normativa que se concreta a través de la adopción de diversas medidas que, en aras de su eficacia, tratan de combinar los aspectos de prevención y represión de este fenómeno y se centran en determinados ámbitos que se consideran prioritarios³³³, de acuerdo con la posición adoptada por la Comisión en esta materia³³⁴.

Derecho Internacional Humanitario. Cruz Roja Española-Universidad de Cádiz. 2005; pp. 140-142.

331 En el Tratado de Reforma, el Tratado de la Unión Europea (TUE) conserva su denominación actual y el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Vid.; J.A. Girón Larrucea; El Sistema Jurídico de la Unión Europea: La Reforma Realizada en el Tratado de Lisboa. Op.cit.; p. 34.

332 En este sentido, véanse los artículos 67, 77 y siguientes, en especial el artículo 79 que prevé la adopción de medidas, a través de futuras leyes o leyes marco europeas, en determinados ámbitos, entre los que se encuentran "la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación irregular".

333 A. Almeida Nascimento y otra.; "La Lucha Contra la Inmigración Ilegal en la Unión Europea"; Op. cit., p. 340.

334 Al respecto, véanse la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal, de 15 de noviembre de 2001, COM (2001) 672 final y la Comunicación de la Comisión, de 19 de julio

A la luz de las pautas marcadas por la Comisión, entre las áreas prioritarias de la lucha contra la inmigración irregular dentro de la Unión Europea encontramos: el aumento de la seguridad fronteriza, a través de una gestión integrada de las fronteras exteriores³³⁵, el combate de las ayudas a la inmigración ilegal³³⁶, y el retorno y la expulsión de inmigrantes ilegales³³⁷.

Por nuestra parte, dedicaremos una especial atención a la tercera de las áreas prioritarias, toda vez que la Directiva de retorno recientemente aprobada por el Parlamento Europeo estaría ubicada en dicho contexto. En el ámbito del retorno y la expulsión de inmigrantes ilegales resulta conveniente recordar que el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó, el 4 de mayo de 2005, una serie de medidas destinadas a garantizar el respeto de la dignidad y los derechos humanos fundamentales de todos los inmigrantes irregulares que son sometidos a un procedimiento de expulsión.

Esta serie de previsiones se contiene dentro de las Veinte Direc-

de 2006, sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países, COM (2006) 402 final. Disponibles en: <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l33191.htm>, y <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l14525.htm>, respectivamente, visitadas el 10 de noviembre de 2008.

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

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

337 El fundamento jurídico de las políticas de retorno y expulsión de los nacionales de terceros Estados que se encuentren en situación irregular dentro del territorio de un Estado Miembro, está contemplado en el artículo 63.3.b) del TUE.

trices sobre Retorno Forzoso³³⁸. Dichas disposiciones resultan plenamente aplicables a la lucha contra la inmigración ilegal por parte de la Unión Europea, en la medida en que los 27 Estados Miembros de la Unión son, además, Estados Miembros del Consejo de Europa.

Como antes señalamos, en el contexto del retorno y la expulsión de inmigrantes ilegales el Parlamento Europeo, a propuesta del Consejo y de la Comisión, aprobó la denominada Directiva de retorno, instrumento normativo que analizaremos en el apartado siguiente.

III. La “Directiva de retorno de inmigrantes ilegales” aprobada por el Parlamento Europeo y la reacción internacional

El 18 de junio de 2008, el Parlamento Europeo aprobó –por 367 votos a favor, 206 en contra y 109 abstenciones– la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los procedimientos y normas comunes en los Estados Miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio –Directiva de retorno–.

El objetivo primordial de esta propuesta fue el de armonizar, en el seno de la Unión, las legislaciones nacionales de los Estados Miembros en cuanto a la detención y expulsión de las personas que estuviesen dentro de su territorio en una situación irregular.

Dentro de la parte dispositiva de dicha propuesta, el artículo primero señala expresamente:

“La presente Directiva establece procedimientos y normas comunes que han de aplicarse en los Estados miembros para el retorno de aquellos nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Dere-

cho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas la protección de los refugiados y las obligaciones en materia de derechos humanos”³³⁹.

A pesar de lo anterior, algunas de las disposiciones contenidas dentro de la propuesta de Directiva aprobada han suscitado grandes dudas, precisamente, en cuanto a su compatibilidad, o no, con las principales obligaciones internacionales relativas a la protección de los derechos humanos y las garantías fundamentales, e incluso, con los Principios Generales del Derecho Comunitario³⁴⁰.

En particular, las dudas han girado en torno a la duración del período de retención de los inmigrantes irregulares³⁴¹; a la sistemati-

³³⁹ Al respecto, véase el artículo 1 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (COM (2005)0391–C6-0266/2005–2005/0167(COD)). Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6399.pdf>, visitada el 10 de noviembre de 2008.

³⁴⁰ De acuerdo con el artículo 6 del TUE, dichos principios serían la libertad, la democracia, el respeto de los derechos humanos y las garantías fundamentales y el Estado de Derecho, en tanto que principios comunes a los Estados Miembros.

³⁴¹ El texto propuesto no resulta eficaz para solucionar la falta de garantías/estándares para la detención administrativa de extranjeros, que en los Estados miembros no está regulada de la misma manera en que lo está la detención penal. Según la propuesta de Directiva, la detención previa con el fin del retorno puede extenderse hasta 18 meses. En el 2005, el ACNUR expresó su preocupación de que la propuesta de entonces de un período máximo de detención de seis meses pudiese convertirse en la nueva norma en los países donde la detención previa al retorno se limita a períodos más cortos. Esta preocupación se agrava claramente con la propuesta de ampliación a 18 meses. Los motivos por los que la detención puede ampliarse a 18 meses -falta de cooperación y retrasos en la obtención de la documentación- abarcan potencialmente una amplia gama de casos. El segundo motivo de sanción equivale a penalizar a un individuo por la falta de voluntad o incapacidad de un país para presentar documentación. El primer motivo resulta problemático si la persona no está claramente informada sobre las consecuencias de la falta de cooperación. En este sentido, véase la posición del ACNUR sobre la Propuesta de la Directiva sobre procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de

³³⁸ En este sentido, véase *Twenty guidelines on forced return*, disponibles en la siguiente dirección: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=856881>, visitada el 10 de noviembre de 2008.

zación de la prohibición de entrada en el territorio europeo³⁴²; a la ausencia de las condiciones de seguridad para el inmigrante irregular respecto del Estado al que es remitido³⁴³; así como al tratamiento específico de las personas vulnerables, sobre todo de los refugiados

terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio. Este documento se encuentra disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6422.pdf>, visitada el 10 de noviembre de 2008.

342 En la propuesta aprobada, el artículo 11 establece que “las decisiones de retorno deberán ir acompañadas de una prohibición de entrada si no se ha acordado un retorno voluntario, o si la obligación de retorno no se ha cumplido. En otros casos las decisiones de retorno podrán ser acompañadas por una prohibición de entrada. El Artículo 7 (4) permite que los Estados denieguen la posibilidad de retorno voluntario por un amplio número de razones, incluyendo el riesgo de fuga, o si una solicitud de estancia legal ha sido desestimada por ser manifiestamente infundada, lo que abarca una amplia gama de casos en virtud de la legislación comunitaria. Por tanto, se puede imponer una prohibición de entrada a muchas personas. El artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma el derecho de toda persona a solicitar y beneficiar del asilo contra la persecución, y el artículo 18 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales garantiza el derecho de asilo en la Unión Europea. El ACNUR reitera que si las circunstancias del país de origen del individuo cambian, o que si el perfil o las actividades del individuo cambian y dan como resultado la necesidad de protección internacional, él o ella deben poder encontrar la manera de entrar en la UE –ya sea en las representaciones de los Estados Miembros en el extranjero o en las fronteras externas de la Unión Europea–. Por otra parte, no se deberá expedir una prohibición de re-ingreso, a las personas cuya solicitud de protección haya sido rechazada por motivos puramente formales. Debería existir, por lo menos, un procedimiento para la anulación de una prohibición de entrada, que se pueda efectuar en los puestos fronterizos así como en los consulados en el extranjero. Se debería brindar la posibilidad de retirar dicha prohibición en los casos relacionados con circunstancias de familia, u otras situaciones humanitarias. Al respecto, véase Ídem.

343 A la luz de la propuesta aprobada, un inmigrante no sabrá si será reenviado a un país donde su vida y su libertad pueden estar amenazadas. De acuerdo con las normas internacionales, antes de proceder a una expulsión, las autoridades deben examinar la situación con el fin de asegurarse que una persona no corre peligro de estar sometida a la tortura o a los malos tratos en el momento de su repatriación. Este concepto de precaución encuentra su fundamento tanto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura como en el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

y de los solicitantes de asilo³⁴⁴. Esta situación ha provocado una auténtica conmoción en el plano internacional, tanto por parte de los Estados de origen de los inmigrantes³⁴⁵, como de algunas Organizaciones internacionales intergubernamentales³⁴⁶ y un gran número de ONGs³⁴⁷.

344 Aunque esta Directiva se aplica a las personas que no tienen derecho a permanecer en la Unión Europea, el ACNUR señala que puede ampliarse a las personas cuyas solicitudes de protección fueron rechazadas por un Estado Miembro, sin un estudio del fondo o sustancia del caso. Por ejemplo, este podría ser el caso de personas cuyas solicitudes han sido rechazadas en base al criterio de «tercer país seguro» o por otras razones de procedimiento. Si estas personas entran en la categoría de personas que figuran en el artículo 2 (2) (a) de la Directiva, sólo se aplican garantías/salvaguardas mínimas. En tales casos, no se puede descartar el riesgo de refoulement en violación de las obligaciones internacionales en la materia. Cfr., la posición del ACNUR sobre la Propuesta de la Directiva sobre procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio. Este documento se encuentra disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6422.pdf>, visitada el 10 de noviembre de 2008.

345 Sobre todo, por parte de la comunidad de Estados Iberoamericanos, quienes denominan a la Directiva de retorno como la “Directiva de la vergüenza” por considerar que se criminaliza al inmigrante en situación irregular, además de manifestar su preocupación respecto de la protección de los derechos humanos fundamentales de los inmigrantes.

346 En este sentido, véase, por ejemplo, la reciente Resolución 3/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos que, expresando su honda preocupación por la propuesta de Directiva aprobada en primera lectura por el Parlamento Europeo el pasado 18 de junio de este año, exhorta “al Parlamento y al Consejo de la Unión Europea, así como a los Estados que integran dicha organización, a que modifiquen la Directiva de retorno para adecuarla con los estándares internacionales de derechos humanos para la protección de los y las migrantes.” Disponible en: www.oas.org, visitada el 10 de noviembre de 2008. Del mismo modo, véanse las observaciones hechas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) a la propuesta de Directiva aprobada por el Parlamento Europeo el pasado 18 de junio del año en curso. Disponibles en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6423.pdf>, visitada el 10 de noviembre de 2008.

347 De forma particular, Amnistía Internacional, a través de un comunicado, manifestaba lo siguiente: “Consideramos que el texto aprobado hoy por el Parlamento Europeo no garantiza el retorno, en condiciones de seguridad y dignidad, de las personas migrantes irregulares. Por el contrario, con un período excesivo de in-

Ahora bien, al margen de que la propuesta de Directiva aprobada señale expresamente que la expulsión de los inmigrantes ilegales tendrá que ser compatible, por un lado, con el respeto de los derechos humanos fundamentales –como límite a la actuación de las autoridades nacionales– y, por otro, con las obligaciones internacionales de los Estados Miembros en la materia, lo cierto es que el impacto que ha causado su aprobación a nivel internacional y el riesgo de que la protección que ofrece a los inmigrantes ilegales no sea compatible con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, pondrían de manifiesto que el contenido material de la Directiva no estaría inspirado por una serie de valores y principios perfectamente asentados en el seno de una auténtica sociedad democrática.

Entre dichos principios encontraríamos, por ejemplo, el del Estado de Derecho en tanto que Principio General del Derecho Comunitario reconocido expresamente por el artículo 6 del TUE y respaldado por el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa³⁴⁸.

A la luz de este principio analizaremos, en el apartado siguiente, la propuesta de Directiva aprobada por el Parlamento Europeo.

ternamiento –de hasta un año y medio– y la prohibición de que las personas expulsadas regresen a la UE, se corre el riesgo de reducir las normas existentes en los Estados miembros, y se sienta un ejemplo extremadamente malo para las demás regiones del mundo. Al mismo tiempo, el texto carece de garantías suficientes para los menores no acompañados, y contiene disposiciones débiles respecto a la supervisión judicial de la detención administrativa. Por último, permite adoptar medidas excepcionales respecto a las condiciones de internamiento en los Estados miembros que tengan que hacer frente a lo que se denomina “situaciones de emergencia”. Resulta difícil apreciar qué valor añadido tiene esta Directiva de la UE. Al mismo tiempo, entraña el peligro de promover prácticas de detención prolongada en los Estados miembros de la UE y de afectar negativamente al acceso al territorio. Amnistía Internacional insta a los Estados miembros que actualmente aplican normas más elevadas a que no utilicen esta directiva como pretexto para reducir las”. En este sentido, véase: <http://www.es.amnesty.org/noticias/articulo/reaccion-a-la-votacion-sobre-la-directiva-de-retorno/>, visitada el 10 de noviembre de 2008.

348 Vid., BOE nº 51/1978, de 1 de marzo de 1978.

IV. Algunas reflexiones sobre la “Directiva de retorno” y el Estado de Derecho

La Directiva de retorno de inmigrantes ilegales recientemente aprobada por el Parlamento Europeo ha suscitado una serie de dudas respecto a su compatibilidad con el principio del Estado de Derecho, que dentro del ámbito regional europeo estaría identificado con la preeminencia del Derecho o el imperio de la ley. Cabe destacar que el principio del Estado de Derecho, en tanto que Principio General del Derecho Comunitario, constituye un principio firmemente afianzado en el seno de los Estados Miembros de la Unión³⁴⁹.

A la luz de este principio, las disposiciones que forman parte del ordenamiento jurídico deben ser claras, transparentes y su contenido debe estar inspirado por una serie de principios y valores superiores que, en definitiva, se identificarían con el reconocimiento de la dignidad intrínseca del ser humano y con la protección de los derechos fundamentales de todos los individuos en un plano de igualdad³⁵⁰.

Una vez establecido lo anterior, cabría preguntarse ¿en qué medida la Directiva de retorno de inmigrantes ilegales resulta ser compatible con el principio del Estado de Derecho?

Antes de dar una respuesta, habrá que distinguir entre la vertiente formal y la vertiente material o sustancial del Estado de Derecho. De acuerdo con la vertiente formal de este principio, las normas deben ser creadas a través de los canales nomogénicos de antemano previstos para tal fin, sin prejuzgar en cuanto a su contenido. A la luz de la vertiente material o sustancial, además de la observancia de los

349 El principio del Estado de Derecho además de estar reconocido como un principio común a los Estados Miembros de la Unión Europea por parte del artículo 6 del TUE, aparece reflejado dentro del artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa, del cual forman parte los 27 Estados Miembros de la Unión.

350 Para el profesor PÉREZ LUÑO el Estado de Derecho no es únicamente un estado de legalidad formal, sino un estado en el que la legalidad formal está dirigida a la tutela de los derechos fundamentales. En este sentido, véase A.E. Pérez Luño; *La Seguridad Jurídica*. Ariel. Barcelona. 1999; p. 59.

elementos nomogenéticos formales, el contenido de las normas debe estar inspirado por un orden superior de principios y valores que tienden a garantizar la libertad de las personas³⁵¹.

Desde esta perspectiva, podríamos señalar que la Directiva de retorno respondería a la vertiente formal del principio del Estado de Derecho, toda vez que la misma ha sido creada mediante el cause nomogenético especialmente previsto por el Derecho originario de la Unión³⁵².

No obstante, a la luz de la vertiente material o sustancial de este principio, el contenido de la Directiva de retorno plantearía algunas reservas. En efecto, a pesar de que el artículo primero de dicha Directiva establezca expresamente que los procedimientos y normas comunes que han de ser aplicados a los inmigrantes ilegales deben de ser compatibles con los derechos fundamentales y con las obligaciones internacionales de los Estados Miembros derivadas de la protección de los derechos humanos, algunas de sus disposiciones parecen entrar en conflicto con lo anterior.

En especial, como ha puesto de manifiesto el ACNUR, a la luz de las disposiciones contenidas en la Directiva de retorno existe el riesgo de que los derechos internacionalmente reconocidos, en especial a los refugiados, puedan ser vulnerados.

Además, como han denunciado una gran cantidad de ONGs, entre las que se encuentra Amnistía Internacional, la Directiva aprobada por el Parlamento Europeo no garantiza el retorno, en condiciones de seguridad y dignidad, de los inmigrantes irregulares. Por el contrario, con un período excesivo de internamiento –de hasta un año y medio– y la prohibición de que las personas expulsadas regresen a la Unión Europea, se corre el riesgo de reducir las normas existentes en los Estados Miembros, y se sienta un ejemplo extremadamente malo para las demás regiones del mundo. Al mismo tiempo, el texto

351 Al respecto, véase E. Díaz; Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Taurus. Madrid. 1998.

352 Artículos 249 y siguientes del TCE.

carece de garantías suficientes para los menores no acompañados, y contiene disposiciones débiles respecto a la supervisión judicial de la detención administrativa. Asimismo, permite adoptar medidas excepcionales respecto a las condiciones de internamiento en los Estados Miembros que tengan que hacer frente a lo que se denomina “situaciones de emergencia”³⁵³.

En estas circunstancias, la Directiva de retorno rompe, por un lado, con uno de los objetivos primordiales del Estado de Derecho: garantizar la libertad y la igualdad de las personas y, por otro, no es consistente con las exigencias democráticas que tanto defienden las sociedades europeas. La Directiva de retorno, criminaliza a los inmigrantes basándose en una condición administrativa: el estatus de irregular. De igual forma, regatea el reconocimiento y la garantía efectiva de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

En ningún caso trata de colocar un mecanismo protector para los extranjeros en situación irregular sino estrictamente de mejorar la eficacia del procedimiento de expulsión. Al contrario que las directivas europeas que han armonizado el derecho de asilo en la Unión Europea, la Directiva de retorno no tiene como vocación confirmar las mejores prácticas.

Detrás de la Directiva de retorno está una política de inmigración que condena a vivir “sin papeles” a quienes no cumplen con una serie de rigurosos requisitos, orillándolos al trabajo precario, a satisfacer las necesidades de la economía sumergida y, a la postre, a la marginalidad.

Desde esta perspectiva, las disposiciones contenidas en la Directiva de retorno no serían compatibles con esa serie de valores y principios superiores exigidos por el principio del Estado de Derecho en su vertiente material o sustancial.

353 En este sentido, véase: <http://www.es.amnesty.org/noticias/articulo/reaccion-a-la-votacion-sobre-la-directiva-de-retorno/>, visitada el 10 de noviembre de 2008.

V. Consideraciones finales

Con la aprobación de la denominada “Directiva de retorno” el Parlamento Europeo ha obviado que el Estado de Derecho constituye un elemento esencial del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. En definitiva, ha pasado por alto que una política europea en materia de retorno debe ser respetuosa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y, como tal, debe inscribirse en el contexto de las políticas de la Unión Europea sobre los derechos humanos, tanto dentro de la Unión como en sus relaciones exteriores –de esta forma, se desmarca del espíritu de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁵⁴–. Además, ha ignorado el trato más favorable para los inmigrantes ilegales que suponen las Veinte Directrices sobre Retorno Forzoso³⁵⁵ aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que por pertinencia y origen podrían considerarse como principios comunes a los Estados europeos en la materia.

Más alarmante aún, si cabe, resulta el hecho de que con esta Directiva la política de inmigración de la Unión parecería estar aproximándose a una dinámica y a una filosofía represivas, que se aleja de lo que se podría esperar, y desear, de una legislación respetuosa con los derechos humanos y las garantías fundamentales de los inmigrantes.

En definitiva, habría que recordarle al Parlamento Europeo que, como proclama el artículo 6 del TUE, la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho.

354 Aunque si bien la Carta de Derechos Fundamentales no tiene un carácter jurídico vinculante, al haber sido sólo proclamada en el Consejo Europeo de Niza en 2000, tras su inclusión en el Tratado de Lisboa, entre las disposiciones de Derecho primario, adquirirá un estatus jurídico vinculante.

355 En este sentido, véase *Twenty guidelines on forced return*, disponibles en la siguiente dirección: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=856881>, visitada el 10 de noviembre de 2008.