

LA NUEVA DIRECTIVA DE RETORNO Y LA ARMONIZACIÓN COMUNITARIA DE LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO DE EXTRANJEROS

David Moya*

SUMARIO

- 1.- *Introducción*
- 2.- *Elementos comunes y diferenciadores de las medidas de alejamiento en Derecho Comparado Europeo*
- 3.- *La aproximación comunitaria a las medidas de alejamiento*
- 4.- *Planteamiento de la Directiva y grandes ejes de discusión de la misma*
- 5.- *Conclusiones: encaje e impacto de la Directiva de Retorno*

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda la incipiente regulación de las medidas de alejamiento de extranjeros en la Unión Europea. Bajo esta denominación genérica de medidas de alejamiento se incluye cualquier disposición del derecho de extranjería y asilo de un Estado Miembro que imponga el traslado forzoso de un extranjero fuera del territorio de dicho Estado, generalmente de vuelta a su país de origen o residencia, y siempre que tal medida sea ejecutada voluntariamente por el extranjero o impuesta coactivamente por las autoridades públicas, en ejercicio de sus competencias sobre gestión y control migratorio.

La aproximación progresiva hacia una política común de medidas de alejamiento de extranjeros debe contextualizarse en el marco competencial

* Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Barcelona.

de la Unión en materia de inmigración y asilo establecido inicialmente en el Tratado de Maastricht, y consolidado después por el Tratado de Ámsterdam, donde se comunitarizan las competencias recogidas en los arts. 62 y 63 TCE del Título IV TCE, y en virtud del Protocolo 2^a, se incorpora al ordenamiento comunitario el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS) así el como conjunto de disposiciones adoptadas para su desarrollo y aplicación, conocido como «acervo Schengen».

Aún con cierta lentitud, los acuerdos alcanzados en este ámbito translucen una voluntad reguladora que, si bien en su resultado es todavía bastante fragmentaria, prefiguran las bases para un estatuto jurídico común de extranjería en la Unión Europea, cuyo esqueleto conceptual y normativo se encuentra disperso en multitud de disposiciones que se aglutinan en torno a varios ejes¹, algunos más desarrollados que otros: por un lado, la adopción de una normativa común sobre visados y controles de entrada en el territorio², por otro lado, la política común y el conjunto de disposiciones normativas dirigidas a asegurar la protección de los refugiados y desplazados en sus diversas formas, con la instauración del Espacio Común de Asilo como elemento central al sistema; un tercer eje de actividad lo ofrecen las disposiciones relativas al régimen de residencia de extranjeros en el territorio de la Comunidad, de las que sobresalen la regulación de la residencia de larga duración y el procedimiento de reagrupación familiar, al que recientemente se han añadido el régimen de investigadores y trabajadores cualificados; y como cuarto gran eje de actuación, los esfuerzos dirigidos a garantizar la integración de los nacionales de terceros Estados, desarrollado a partir de directrices y recomendaciones de buenas prácticas. Al desarrollo de estos cuatro grandes ejes de acción comunitaria en inmigración y asilo aún puede sumarse otro, relativo a la aproximación normativa y procedimental en materia penal y de cooperación policial y judicial que funcionan todavía mediante mecanismos

¹ Para un seguimiento detallado de la evolución normativa y jurisprudencial en este ámbito, resulta extraordinariamente útil la sección periódica de S. PEERS, «Key Legislative Developments on Migration in the European Union» publicada en el *European Journal of Migration and Law*, así como su recopilación recogida en PEERS & ROGERS (eds.): *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary*, Ed. Martinus Nijhoff, 2006.

² Visado uniforme, lista de terceros Estados a cuyos nacionales se exige visado, Código de Fronteras Schengen, Instrucciones Consulares Comunes, etc. El desarrollo de este bloque normativo comunitario ha requerido un notable esfuerzo, visto que la Unión y sus fronteras exteriores se han ampliado hasta 27 con nuevos Estados del Sur y el Este, y que algunos Estados mantienen diferentes grados de compromiso en este punto (Reino Unido, Irlanda, Dinamarca), dando lugar a un área de cooperación reforzada con base jurídica en el propio Tratado.

intergubernamentales de decisión, propios del tercer pilar de la Unión, pero que en la práctica empiezan a ser cada vez más difícil de distinguir de los ejes anteriores, con los que encuentra múltiples puntos de intersección, como por ejemplo, en materia de lucha contra la inmigración irregular, y más en concreto, la armonización de las medidas de alejamiento de extranjeros, que ha culminado en la actual propuesta de Directiva de Retorno.

Para poder entender esta tendencia a la aproximación o armonización de legislaciones en esta materia, debe tenerse en cuenta el peso que las medidas de alejamiento ocupan en el sistema de control migratorio: cada año entran cerca de 500.000 extranjeros que permanecen en el territorio europeo de forma irregular, sumándose a los entre 5 y 8 millones de irregulares asentados en la Unión³, cuyo número sólo se reduce significativamente cuando algunos Estados acuden a mecanismos de regularización, permanentes o temporales⁴. Una gran parte de los inmigrantes en situación irregular son susceptibles de alejamiento conforme a la normativa interna de los Estados miembros, y una parte de ellos ya ha sido objeto de alguna medida de alejamiento en los Estados en los que se han establecido⁵, si bien el número de las medidas efectivamente ejecutadas

³ Las estimaciones oscilan bastante, desde los 2-3 millones (Global Migration Perspective 2005), pasando por los 4.5 millones (IOM, 2000), hasta los 8 millones que manejan la Comisión Europea y Naciones Unidas para la UE- 25. La cifra de 500.000 irregulares anuales se puede encontrar en *Return Migration: Policies and Practices in Europe*, IOM, January 2004 (http://www.ch.iom.int/fileadmin/media/pdf/publikationen/return_migration.pdf), citado por la Comisión Europea en su *Impact Assessment* a la propuesta de Directiva de Retorno COM(2005)391 final, *Commission Staff Working Document. Annex*, SEC(2005)1057. Entre los trabajos más recientes al respecto, puede consultarse el documento de European Migration Network: *Illegally Resident Third Country Nationals in EU Member States: state approaches towards them, their profile and social situation*, January 2007, disponible en http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/immigration/illegal/doc_immigration_illegal_en.htm.

⁴ Sobre la regularización de extranjeros en varios Estados europeos, véase Ph. DE BRUYCKER, & J. APAP (coord.): *Les Regularisations des étrangers Illegaux dans L'Union Europeenne*, Academic network for legal studies on immigration and asylum law in Europe, Ed. Bruylant, 2000.

⁵ Precisamente porque hasta ahora no existía una definición comunitaria del retorno, en la línea de la propuesta de Directiva, los datos suministrados por los Estados a las diversas instituciones comunitarias deben tomarse con cierta prevención, además, esos datos varían en función de los estudios que se manejen incluso dentro de las propias instituciones comunitarias. Con esta prevención, los datos oficiales arrojaban una media de decisiones de este tipo de cerca de 650.000 decisiones anuales en la UE-25 durante el período 2002-2004, aunque su cálculo es bastante aproximativo. Si se distingue entre medidas de alejamiento en frontera y expulsiones de irregulares en el territorio, resulta que el número de las primeras se estima en 300.000 para la UE-27 según datos parciales de 2006 (denegaciones de entrada y retorno en frontera que no incluyen Ceuta y Melilla, donde se generan más denegaciones de entrada que en todo el territorio de la Unión). El número de expulsiones por irregularidad también es difícil de cuantificar, de

es bastante más bajo que el de las adoptadas (de 650.000 adoptadas anualmente a 225.000 realmente ejecutadas en la UE-25 durante el período 2002-2004), y aún una parte importante de las ejecutadas parecen deberse en gran medida a la condición de nacionales de Estados vecinos de los principales grupos de extranjeros retornados (el 66% de los efectivamente retornados pertenecen a estos países⁶). Con estos datos, es evidente que una de las causas motoras de la propuesta actual de Directiva es el incremento de la eficacia en la ejecución de estas medidas.

Sobre estas y otras cuestiones volveremos al analizar la Directiva⁷ que constituye el objeto central del presente trabajo, que se inicia con un análisis de los rasgos fundamentales de tales medidas en algunos Estados miembros, para continuar con un rápido esbozo de los antecedentes normativos en este ámbito, y así poder centrarnos en el apartado tercero en la exposición y análisis del fundamento, estructura y funcionamiento de la figura comunitaria del retorno, así en los aspectos más controvertidos de la Directiva, relacionados fundamentalmente con las garantías mínimas reconocidas a los extranjeros en este tipo de procedimientos.

2. ELEMENTOS COMUNES Y DIFERENCIADORES DE LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO EN DERECHO COMPARADO EUROPEO

A continuación intentaremos ofrecer una aproximación comparativa a las distintas medidas de alejamiento⁸ existentes en algunos Estados miem-

manera muy aproximativa se considera que en 2006 detuvieron a efectos de expulsión a unas 500.000 personas, ejecutando un 40% de estas decisiones (en 2003 ejecutaron entre 380.000 y 400.000 expulsiones y detuvieron a cerca de 250.000 personas). Véase: Centre d'Étude de Gestion Démographique pour les Administrations Publiques (GéDAP) y Berlin Institute for Comparative Social Research (BIVS): *Immigration and Asylum in the European Union 2003*, Informe y Anexos disponibles en http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/asylum/statistics/doc_annual_report_2003_en.htm, Datos de la Comisión no publicados aún oficialmente, pueden encontrarse en «New tools for an integrated European Border Management Strategy Reference» MEMO/08/85 de 13/02/2008, http://ec.europa.eu/justice_home/news/intro/news_intro_en.htm.

⁶ Entre los principales grupos de retornados en 2004 se encontraban Albania (35.074), Rumanía (25.899), Marruecos (20.466), Ucrania (12.303), Turquía (8.597), Bulgaria (8.369), Rusia (6.588), Serbia y Montenegro (5.460), Algeria (5.460) o Moldavia (4.258)

⁷ El presente trabajo se ha redactado cuando todavía no se había publicado en el DOCE la versión oficial en castellano de la Directiva, razón por la que carecemos de un título con una referencia numérica ni de una traducción oficial de la misma; en este sentido, las referencias a los artículos lo son respecto del documento 3653/08 y COR 1 de 13 de octubre de 2008, que puede considerarse definitivo, disponible en <http://register.consilium.europa.eu/>, las traducciones al castellano son del autor y por tanto meramente orientativas.

⁸ El empleo de una terminología distinta en cada Estado para referirse a estas medidas puede inducir a confusión, pues una misma denominación, como ocurre por ejemplo con el

bros (Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Portugal, Reino Unido y España), partiendo de un marco conceptual básico elaborado con algunos de los elementos que son comunes a todas ellas. Ello no significa que no existan relevantes diferencias entre ellas, pues al descender al detalle de su regulación en cada país, tales diferencias se ponen muy pronto de manifiesto en aspectos como su naturaleza, ámbito de aplicación, procedimiento, ejecución y efectos de las mismas, así como en los mecanismos de control establecidos para asegurar su adecuado funcionamiento⁹. A pesar de todo, una mínima ordenación y agrupación de las mismas a efectos expositivos creemos que es posible.

En general puede partirse de una «definición» de medida de alejamiento como cualquier disposición del derecho de extranjería y asilo de un Estado Miembro que imponga el traslado forzoso de un extranjero fuera del territorio de dicho Estado¹⁰, sea tal medida ejecutada voluntariamente por el extranjero o impuesta coactivamente por las autoridades públicas, en ejercicio de sus competencias sobre gestión y control migratorio¹¹. Esta definición de partida permite distinguir, para empezar, dos momentos muy distintos en los que se pueden adoptar tales medidas: en los controles de entrada en el territorio o dentro de dicho territorio. Esta primera distinción entre medidas de alejamiento al servicio del control de entrada y medidas al servicio del control de estancia, tiene la ventaja de reflejar una concepción común a todos los países europeos de gran trascendencia práctica, pues las medidas de alejamiento en frontera generalmente serán de más fácil y rápido tramitación y ejecución que las adoptadas cuando el extran-

término «expulsión» en Reino Unido o Francia se predica de una regulación relativamente distinta en ambos países, y que no es equiparable a la «expulsión» del ordenamiento español. Para evitar este problema optaremos aquí por presentar todo este tipo de medidas bajo la genérica expresión de medidas de alejamiento (término éste tampoco desprovisto de inconvenientes) o de medidas de retorno, avanzando ya en la terminología de la propuesta de directiva.

⁹ Un estudio comparado de las medidas de alejamiento en D. MOYA MALAPEIRA, *Las medidas de alejamiento de extranjeros en el ordenamiento jurídico español*, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona, junio de 2004 (no publicada).

¹⁰ Si bien es posible la adopción de medidas de alejamiento contra ciudadanos comunitarios, las libertades de entrada y circulación comunitarias así como la introducción de criterios restrictivos a la aplicación de medidas de alejamiento impuestas por la Directiva CE/38/2004 a los ciudadanos comunitarios permite afirmar que en la práctica tales medidas fundamentalmente se aplicarán a ciudadanos extracomunitarios, de hecho la Directiva de Retorno excluye la aplicación de la misma a los comunitarios y sus familiares.

¹¹ Quedarían excluidas por tanto, otras medidas de traslado forzoso de extranjeros como la extradición o las ordenes europeas de detención y arresto («euroorden») que obedecen a políticas de cooperación penal internacional y que, a pesar de presentar algunos puntos en común, se distinguen de las mismas tanto en su finalidad como en su propia naturaleza.

jero se encuentre ya en el interior del país, pues entonces deberá ponderarse la misma tomando en cuenta muchos otros elementos, y su ejecución devendrá más compleja y probablemente costosa. En todo caso, la proyección de esta primera distinción permite trazar una línea divisoria entre medidas de alejamiento, de modo que, al servicio del control migratorio de entrada encontraríamos las medidas de «rechazo en frontera», el «retorno» e incluso la «devolución» de los arts. 25, 60 y 58.2 LO 4/2000 en el ordenamiento español, junto con el «respingimento» y el «respingimento e accompagnamento alla frontiera» de la Ley 40/1998 italiana, la «zurückweisung» y «zurückschiebung» (§53 y §57 y ss de la Ley alemana), el «refus d'entree» y la «interdiction du territoire» de los arts. 49 y 56 del Código de Extranjeros francés, la «entry denial» o «removal» de los arts. 1 a 10 y 11 de la Ley de Inmigración británica, la «recusa de entrada» del art. 32 de la Ley portuguesa o la «décision de refoulement» del art. 3 de la Ley belga¹²; por otro lado, entre las medidas de alejamiento dispuestas por los Estados contra los extranjeros que permanecen en su territorio con una cierta estabilidad, aún cabría distinguir entre aquellas que contemplan el alejamiento por razones directamente relacionadas con la irregularidad del mismo, de otras relacionadas con el comportamiento delictivo del extranjero condenado tras un procedimiento judicial penal por delitos (expulsión judicial del art. 89 CP o expulsión administrativa posterior del art. 57.2 LO 4/2000 o recomendación judicial de expulsión en el Reino Unido) o incluso simplemente con su peligrosidad (Alemania, Reino Unido, Francia), lo cual como es evidente determina otro tipo distinto de alejamiento, con un procedimiento, una naturaleza y unas características propias y diferenciadas de las anteriores.

Efectivamente, la «naturaleza» de cada medida de alejamiento dependerá en último extremo de distintos factores y muy especialmente de su concreta configuración normativa, así, por ejemplo, la figura española de la devolución del art. 58.2 LO 4/2000 se asemeja bastante a la «interdiction

¹² *Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet*, 30. Juli 2004 (BGBl. I S. 1950), *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006, JORF 25 juillet 2006, *Immigration and Asylum Act 1999*, 1999 CHAPTER 33, *Loi belge 15 de Décembre de 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*, Moniteur Belge N°: 253, 31/12/1980, p.14584, *Lei n° 23/2007 de 4 de julho Aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional*, Diário da República, 1.ª série—N.º 127—4 de Julho de 2007, p. 4290. Una recopilación de los textos de estas normas se puede encontrar en www.cepc.es.

du territoire» francesa del art. 56 Código de Extranjeros¹³, pero no es exactamente el mismo concepto, pues esta última no se aplica a extranjeros respecto de los que ya existe una prohibición de entrada, además, la devolución no es de aplicación pasados tres meses desde la inicial entrada irregular¹⁴; a su vez, la medida italiana conocida como «respingimiento» o «respingimiento e accompagnamento alla frontiera» se sitúa a medio camino de los conceptos francés y español al aplicarse y ejecutarse respecto de los extranjeros localizados en las inmediaciones de un puesto de entrada o cerca de las fronteras, pero no en otros casos, como sí ocurre respecto a sus equivalentes francesa y española. Del mismo modo, mientras la expulsión española del art. 57.1 LO 4/2000 se aplica a diversos supuestos de infracciones, tanto de residentes regulares como irregulares, la «expulsion» francesa o británica se aplican únicamente por razones de orden público en el primer caso o incluso de simple interés público en el segundo, de forma similar a la expulsión alemana por amenaza potencial a la seguridad, todas ellas situaciones de riesgo abstracto de apreciación discrecional, para las cuales se ha instituido un procedimiento y medida específicas y diferentes de las demás, mientras que en España tal posibilidad está también contemplada el art. 54.1.a) LO 4/2000 bajo la fórmula de amenaza muy grave a la seguridad nacional o las relaciones internacionales, pero se le aplica la misma expulsión del art. 57.1 LO 4/2000. Bélgica, por ejemplo, aplica un criterio que se sirve de ambas visiones, en frontera basta la simple consideración del extranjero como una amenaza para el orden público o la seguridad, pero una vez admitido en el territorio, para alejarlo tal amenaza debe basarse en un atentado real y efectivo a la misma.

En el fondo, las medidas de alejamiento presentan una regulación muy distinta en función de los «intereses públicos» que pretenden preservar, siendo el principal la protección y cumplimiento del propio sistema de control y gestión migratoria, que justifica la existencia por ejemplo de la expulsión por estancia irregular, pero también otros intereses públicos, como el orden o la seguridad pública, el mercado de trabajo, la lucha frente a los delitos, etc. En consecuencia, la configuración concreta de cada medida de alejamiento viene en gran parte condicionada por el inte-

¹³ Art. 56 Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006, JORF 25 juillet 2006.

¹⁴ STS de 22 diciembre 2005 (Recurso de Casación nº 3743/2002) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5, de 6 de octubre de 2006 (recurso de casación nº 2593/2003).

rés público que se pretende preservar, y para ello, cada Estado acondiciona su naturaleza y procedimiento para mejor cumplir tal fin, tarea en la que las respectivas tradiciones nacionales en la determinación de los procedimientos y sus garantías juegan un papel en gran medida definidor de tales medidas.

De hecho, la existencia de un «procedimiento con unas mínimas garantías» en todos los países, no oculta la realidad de que entre países, e incluso en un mismo país en épocas distintas, las medidas de alejamiento presenten importantes diferencias en relación al procedimiento aplicado, reflejo en gran medida de las distintas tradiciones de Derecho Público. Así, no es extraño que en algunos países estas medidas sean de carácter principalmente administrativo como en Bélgica o el Reino Unido, mientras que en otros éste deba ser judicial en determinados casos, como por ejemplo Portugal, donde por expreso mandato constitucional la expulsión de residentes sólo puede decretarla una autoridad judicial. De la misma manera, el conjunto de garantías de que se rodean cada una de estas medidas varía de un Estado a otro, mientras en España los arts. 20 y 21 LO 4/2000 garantiza el acceso a asistencia letrada e intérprete y, en su caso, a la justicia gratuita, así como a un recurso administrativo y/o judicial sin efecto suspensivo automático, en Portugal la asistencia letrada en frontera debe costearla el extranjero y el recurso no es suspensivo salvo que se trate de residentes regulares o situaciones asimilables; por el contrario en Francia, el recurso contra la orden de salida obligatoria es suspensivo. De igual modo, el alcance del control judicial sobre estas medidas varía entre países, en Italia por ejemplo, en las medidas de alejamiento en frontera («respingimiento») no hay intervención judicial alguna salvo que sea necesario internar al extranjero en un centro especial hasta que pueda ejecutarse la medida, por el contrario, para la validez de la expulsión administrativa («espulsione») es necesaria la ratificación de la misma por el Juez de Paz, en un procedimiento en el que el extranjero actúa asistido de letrado (Sentencia de la Corte Constitucional núm. 222/2004).

En otro orden de cosas, el propio procedimiento administrativo de alejamiento y el acto administrativo que pone fin al mismo, pueden constar en algunos países de una sola fase o de dos: Este segundo caso sería el prototípico en Alemania, donde la expulsión se identifica con una orden de salida obligatoria (fase declarativa) y la deportación con la medida de ejecución forzosa que sigue al incumplimiento de tal orden (fase ejecutiva). Este desdoblamiento es importante para poder ofrecer al extranjero la posibilidad de un cumplimiento voluntario de la decisión de alejamiento en un breve plazo que suele ser inferior a 30 días (Italia, Alemania, Francia,

Portugal, Bélgica y teóricamente España, etc.), aunque también es cierto que estos mismos Estados admiten modalidades de ejecución inmediata o urgente en las que se suprime la posibilidad de ejecución voluntaria. Como veremos, esta será la opción asumida como regla general por la Directiva de Retorno. También vinculado a ello, cabe señalar la posibilidad de la repatriación asistida, por las instituciones del propio Estado (Francia) o con la intervención de la OIM (Portugal), que favorece una salida no ejecutada por la fuerza que incluye asistencia para el re-establecimiento en el país de origen, pero que tiene importantes implicaciones por cuanto va acompañada de una prohibición de entrada que puede ser inscrita en el SIS (Francia o Portugal con anterioridad a la reforma de la Ley 23/2007).

Un elemento común a todos los procedimientos administrativos de alejamiento es el reconocimiento de un margen de «discrecionalidad administrativa» a las autoridades, sin embargo, existen diferentes formas de graduar legalmente tal discrecionalidad, así encontramos por un lado el amplio margen otorgado al Ministerio del Interior británico para aplicar la expulsión por razón de un interés público¹⁵, y por otro, sistemas donde la discrecionalidad resulta constreñida por la normativa que prevé los márgenes y casos en los que ésta puede ejercerse, siendo el caso paradigmático el de Alemania, donde la propia Ley reconoce un tipo de expulsión discrecional junto a los otros dos tipos de expulsión, ordinaria y obligatoria.

Igualmente, todos los países contemplan la posibilidad de «internamiento» de un extranjero mientras se sustancia o prepara la ejecución de la medida de alejamiento, pero la duración y condiciones de la misma oscilan entre los 40 días en España hasta casos más extraordinarios de varios meses¹⁶ (Bélgica, Reino Unido). Estos suelen ser centros específicos de detención de extranjeros, aunque en algunos países no es excepcional internar a los extranjeros también en otros centros penitenciarios o de detención (Reino Unido, Alemania); igualmente, otros países distinguen entre centros de internamiento y centros de detención en frontera, pensados para estancias mucho más breves (Italia, España).

Por lo que se refiere a las posibilidades de «recurso» contra el mismo, tal recurso puede ser administrativo o judicial, dependiendo del tipo de

¹⁵ Especialmente tras la reforma en 2006 de las *Immigration Rules*, que suprimió la lista de posibles razones individuales que debían tomarse en cuenta antes de decretar la expulsión por motivos de «interés público», y estableció 'de facto' la presunción de expulsión.

¹⁶ En Suiza, por ejemplo, el internamiento puede prolongarse hasta 15 meses, incluido el de jóvenes de edades comprendidas entre los 15 y los 19 años, cuyo internamiento puede ampliarse en casos excepcionales hasta 9 meses bajo control judicial.

decisión recurrida. Más interesante es, no obstante, que en algunos países en los que el procedimiento de alejamiento es administrativo y las posibilidades de contradicción más reducidas, se informa de la misma a una comisión consultiva (Bélgica, Portugal). En los países con tradición de tribunales administrativos independientes, serán éstos los que conocerán de los recursos (Francia, anteriormente Bélgica).

En definitiva, cada ordenamiento ha configurado de manera distinta los supuestos de aplicación y la propia naturaleza de las medidas de alejamiento, además las diferencias entre Estados en lo que se refiere a tradiciones administrativas y judiciales así como en el reconocimiento y ejercicio de derechos por los extranjeros dificultan la comparación entre las distintas medidas de alejamiento, hasta el punto de complicar operaciones tan aparentemente simples como calcular y comparar estadísticamente la incidencia de tales medidas entre los diferentes Estados¹⁷. No obstante, tales diferencias no son insalvables, pues como hemos señalado existe una coincidencia fundamental en las causas y objetivos perseguidos por este tipo de medidas de control migratorio, coincidencia sobre la que es posible basar una armonización comunitaria progresiva de las mismas. Al abordar el estudio de la Directiva veremos como la medida de retorno muestra un diseño muy flexible construido a partir de los elementos comunes a las medidas de alejamiento de los Estados miembros, pero lo que es igualmente importante, también a partir de sus diferencias, pues la Directiva permite un amplio margen para que los distintos ordenamientos nacionales puedan adaptar sus medidas de alejamiento con facilidad a la figura comunitaria de retorno.

3. LA APROXIMACIÓN COMUNITARIA A LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO

Ante la disparidad de regulaciones y prácticas entre los diferentes Estados miembros, no es extraño que su aproximación normativa haya devenido en los últimos años un objetivo de primer orden para la Unión Europea. En el presente apartado se analizarán los antecedentes de la actual Directiva de Retorno así como la evolución del texto de la misma desde su presentación por la Comisión en 2005 hasta su aprobación en 2008.

¹⁷ Para enderezar esta situación se ha adoptado el *Reglamento (CE) nº 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre las estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional* (DOCE L-199/23 de 30 /7/2007).

3.1. *La regulación comunitaria del procedimiento de retorno de extranjeros hasta la propuesta de Directiva de Retorno de 2005*

Los antecedentes de la actual propuesta de Directiva de Retorno se encuentran diseminados en disposiciones comunitarias muy variadas, aunque podemos distinguir al menos dos fases: la primera, desarrollada al margen de la Comunidad permitió la adopción de las primeras medidas en este ámbito bajo el paraguas de Schengen; la segunda fase, iniciada tras la incorporación del «acervo Schengen» a la Comunidad via Protocolo 2 al Tratado de Ámsterdam y la asunción de competencias en este ámbito en el nuevo Título IV TCE, permitió a partir de 2001 la adopción de las disposiciones que directamente anteceden a la Directiva de Retorno.

Empecemos por la primera fase. En 1990 se adoptó como un instrumento internacional de cooperación intergubernamental, pero ligado a la consecución de los objetivos de creación de un mercado interior, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985 (CAAS). El Convenio puso las bases para dar un salto cualitativo en la cooperación policial y judicial penal entre los Estados miembros, y en lo que aquí nos ocupa, las bases del actual sistema de control de entrada de extranjeros por las fronteras exteriores de la Unión. Como instrumento de coordinación de la actividad de los Estados y en particular de sus policías, el Convenio instituyó un sistema informático -bajo las siglas SIS- que daría acceso a una gran base de datos organizada por categorías de datos, como coches robados, explosivos, drogas, etc., entre los cuales el SIS debía albergar datos sobre extranjeros considerados no admisibles por los Estados signatarios del Convenio, a fin de que pudieran ser detectados en los puestos de control migratorio en las fronteras exteriores de Schengen o en otros controles de identidad en el territorio de los Estados (art. 92 CAAS). Al incorporar esta función, los Estados impulsores del Convenio tuvieron que definir mínimamente, partiendo de la diversidad de medidas de alejamiento nacionales, lo que debían considerarse como extranjeros «no admisibles» para ofrecer así alguna guía a los Estados encargados de volcar tales registros en la nueva base de datos. No es que el concepto de alejamiento o expulsión no estuviera presente en el resto del Convenio, todo lo contrario¹⁸, pero siempre que lo abordaba, el Convenio se remitía a la regu-

¹⁸ Numerosas disposiciones del Convenio hacían mención a las medidas de alejamiento, sin embargo efectuaban una amplia y genérica remisión al derecho nacional, sin embargo, al desarrollar algunas de tales previsiones, han tenido que abordar algunas de las consecuencias de este tipo de medidas, véase a este respecto por ejemplo la Directiva del Consejo (CE) nº

lación nacional de la medida de alejamiento. El art. 96.1 CAAS identificaba como extrajeros no admisibles en el territorio Schengen a efectos de su potencial inclusión en el SIS como aquellos extranjeros sobre los que recayera una decisión adoptada «por las autoridades administrativas o por los órganos jurisdiccionales competentes» de los Estados parte, «observando las normas de procedimiento previstas por la legislación nacional», decisiones cuyas características el art. 96.2 CAAS concretaba:

Art. 96.2 CAAS «Las decisiones podrán basarse en la amenaza para el orden público o la seguridad nacional que pueda constituir la presencia de un extranjero en el territorio nacional.

Éste podrá ser particularmente el caso:

- a) de un extranjero que haya sido condenado por una infracción sancionada con una pena privativa de libertad de un año como mínimo;
- b) de un extranjero sobre el cual existan razones serias para creer que ha cometido hechos delictivos graves, incluidos los contemplados en el artículo 71, o sobre el cual existan indicios reales de que piensa cometer tales hechos en el territorio de una parte contratante».

Art. 96.3 «Las decisiones podrán basarse asimismo en el hecho de que el extranjero haya sido objeto de una medida de alejamiento, de devolución o de expulsión que no haya sido revocada ni suspendida y que incluya o vaya acompañada de una prohibición de entrada, o en su caso, de residencia, basada en el incumplimiento de las legislaciones nacionales relativas a la entrada o a la residencia de extranjeros».

Aunque actualmente estas disposiciones hayan sido derogadas y sustituidas por el nuevo art. 24 del Reglamento SIS-II¹⁹, los cambios en la

2001/51 de 28 de junio de 2006 que complementa las previsiones del art. 26 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (DOCE L-187 de 10/07/2001), sobre la responsabilidad de las compañías de transporte por los extranjeros que transportan.

¹⁹ El tránsito del SIS-I a un sistema tecnológicamente más completo y potente, ha comportado la necesidad de reformar parte del Convenio de Schengen para adaptarlo a sus nuevas funciones, en este tránsito se han añadido algunas nuevas funciones (SIS-I) pero el *Reglamento (EC) n° 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006 sobre el establecimiento, operatividad y uso de la segunda generación del Sistema Informático de Schengen (SIS-II)*, DOCE L-381/15, de 28 de diciembre de 2006, ha supuesto un paso más en este sentido al operar una reformulación en su art. 24 de la normativa sobre los extranjeros «no admisibles»,

redacción del precepto original son de menor entidad. Pues bien, la inclusión de un extranjero en la lista de «no admisibles» del art. 96.3 CAAS (actual 24 Reglamento) comporta graves consecuencias, entre las cuales la denegación de entrada en todos los Estados signatarios de Schengen o, en su caso, la expulsión del extranjero cuya estancia deje de estar autorizada y figure incluido en la lista de «no admisibles»²⁰ (arts. 5 y 23 CAAS), pero seguramente también y una vez pasado el período de prohibición de entrada, una mayor dificultad para obtener un visado de entrada en estos Estados, al menos por el tiempo que tales datos permanezcan almacenados en el SIS más allá del plazo de expiración de la prohibición de entrada²¹. La determinación de los criterios de registro por los Estados son especialmente relevantes, pues tienen un efecto supranacional que se extiende al cada vez mayor «territorio Schengen». En este sentido, el art. 96.3 CAAS (actual 24 Reglamento) ofrece una primera indicación de lo que se pueden considerar, en todo caso, medidas de alejamiento: aquellas medidas de traslado forzoso del extranjero a su país de origen, como consecuencia del incumplimiento de las normas de entrada o residencia de extranjeros y que lleven aparejada una prohibición de entrada, siempre que tales medidas estén vigentes y no hayan sido suspendidas. Esta definición excluiría, en principio, las diferentes medidas adoptadas en los puestos de control fronterizo en los que el extranjero se somete voluntariamente a un control, básicamente porque no suelen acarrear una prohibición de entrada, aunque impongan al extranjero una obligación de salida. En cambio, las medidas de alejamiento de extranjeros que han entrado o permanecido ilegalmente aunque se adopten en frontera, como suelen comportar una prohibición de entrada, deberían inscribirse en el SIS.

Junto a esto, es posible la inclusión en la lista de «no admisibles» de los extranjeros objeto de una decisión administrativa o judicial de las descritas en el art. 96.2 CAAS, es decir extranjeros que han sido condenados por delitos sancionados con penas superiores a un año de prisión o que han cometido o existen indicios de que van a cometer hechos delictivos

y en consecuencia de las medidas de alejamiento. Léase el reciente comentario pormenorizado al mismo de S. PEERS, «Key Legislative Developments on Migration in the European Union», *European Journal of Migration and Law*, 10 (2008) 77-104.

²⁰ Salvo excepciones concretas y razonadas cuyos efectos se circunscriben al país autorizante de la residencia o al que la prohíbe (arts. 5.2, 16, 25 y 94.4 CAAS), y que deben recogerse en el propio SIS en lo que se conoce como «flag out».

²¹ Si no se revisan automáticamente en un plazo máximo de 3 años (art. 29 Reglamento) y un año más para los datos utilizados por el SIRENE (art. 38 Reglamento).

graves en el territorio de un Estado signatario. Aunque en estos supuestos no se habla explícitamente de una medida de alejamiento, es lógico pensar que si un Estado los considera «no admisibles» es porque probablemente los haya expulsado por la comisión de tales delitos o por constituir una amenaza para el orden público, la seguridad, etc. Sin embargo, aunque en la gran mayoría de supuestos así será, obsérvese cómo el precepto no exige explícitamente la imposición de una medida de alejamiento previa, como si hace el art. 96.3 CAAS, ni tampoco una prohibición de entrada, que de todos modos deviene una decisión implícita desde el momento en que un Estado decida incluir a un extranjero en el SIS.

La amplitud del concepto de «no admisible» y su estrecha vinculación con la pluralidad de medidas de alejamiento de los ordenamientos nacionales, dejaba en manos de los Estados un amplio margen de decisión, que el empleo del término «podrán» solo contribuía a reforzar. En este sentido, durante los primeros años de funcionamiento del SIS se adoptaron por parte del Comité Ejecutivo de Schengen varias decisiones dirigidas a ordenar el volcado de registros, decisiones que posteriormente se integrarían en el ordenamiento comunitario como parte del «acervo Schengen» incorporado por el Tratado de Ámsterdam²².

En cualquier caso, el campo de aplicación principal del art. 96 CAAS era el control fronterizo de entrada de extranjeros, pues la introducción y consulta de los registros de extranjeros no admisibles del SIS debía permitir en conexión con el art. 5 CAAS la denegación de entrada de aquellos extranjeros expulsados previamente cuya prohibición de entrada todavía estuviera vigente, dotando de una cierta «dimensión Schengen» a las decisiones de expulsión de los Estados parte del Convenio, en este sentido el SIS era un medio instrumental para la ejecución de las medidas de expulsión decretadas por otro Estado miembro, pero fundamentalmente en frontera, y no tanto para la expulsión de aquellos extranjeros expulsables localizados en el interior del territorio Schengen, pues el Convenio nada disponía a este respecto.

La puesta en marcha en 1994 del sistema de Schengen permitió a los Estados parte identificar los primeros problemas planteados al intercambiar registros de «no admisibles» y dar ejecución en frontera a las medidas de alejamiento de otros Estados. Sin embargo, para dar un nuevo paso

²² La integración del *acervo Schengen* en la estructura de la Comunidad Europea con un pie en el pilar comunitario (Título IV TCE) y otro pie en el pilar de cooperación policial y penal (Título VI TUE), obligó a todo un proceso de readaptación de las estructuras administrativas y normativas existentes para encajarlo en la actividad de la Unión («ventilación»). Decisiones.

adelante en esta dirección, parecía razonable esperar a un mayor rodaje y desarrollo del «laboratorio Schengen», y esperar a una reforma más amplia de los Tratados que pudiera trasladar esta experiencia al ámbito comunitario y dotarla de una base normativa más sólida²³. Esa coyuntura se produciría casi un lustro después con el Tratado de Ámsterdam, que permitió la incorporación del acervo Schengen a la Unión y dotar a la Comunidad de nuevas competencias en este ámbito, recogidas en el Título IV TCE.

La reforma de Ámsterdam y el Consejo Europeo de Tampere en octubre de 1999 abren una segunda fase en el proceso de creciente integración comunitaria de las medidas de alejamiento²⁴. En este marco renovado

²³ Recomendación del Consejo relativa al tránsito a efectos de expulsión de 30 de noviembre de 1992 así como su complemento de los días 1 y 2 de junio de 1993, Recomendación del Consejo de 22 de diciembre de 1995 relativa a la concentración y cooperación en la ejecución de las medidas de expulsión (DOCE C-5, de 10/1/1996), Decisión del Consejo de 26 de mayo de 1997, relativa al intercambio de información en materia de ayuda a la repatriación voluntaria de nacionales de terceros países (DOCE L-147, 05/06/1997), Recomendación del Consejo, de 22 de diciembre de 1995, relativa a la armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales y sobre la mejora de los medios de control previstos a tal fin (DOCE C-5, de 10/1/1996), Decisión del Consejo de 16 de diciembre de 1996 relativa al seguimiento de los actos ya adoptados por el Consejo en materia de inmigración ilegal, de readmisión, de empleo ilícito de nacionales de terceros países y de cooperación en las órdenes de expulsión (DOCE C-11, de 16/1/1996), Recomendación del Consejo, de 30 de noviembre de 1994, relativa a un modelo de acuerdo bilateral normalizado de readmisión entre un Estado miembro y un tercer país (DOCE C-274, 19/09/1996), Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1995 sobre los principios rectores que deberán seguirse en la elaboración de protocolos sobre la aplicación de acuerdos de readmisión (DOCE C-274, 19/09/1996), Recomendación del Consejo de 30 de noviembre de 1994, relativa a la adopción de un documento de viaje normalizado para la expulsión de nacionales de terceros países (DOCE C-274, 19/09/1996).

²⁴ El Consejo Europeo de Tampere (Finlandia) celebrado entre el 15 y el 16 de octubre de 1999, se dedicó en exclusiva a establecer las directrices políticas para la consolidación de un área de Justicia, Libertad y Seguridad durante los próximos años, partiendo de un nuevo sistema de programación (*scoreboard*) y metodologías de trabajo (*open method of coordination*), que sin duda han contribuido sustancialmente a la armonización de esta materia. *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on an open method of coordination for the community immigration policy*, COM 2001 387 final, 11/07/2001. La nueva metodología de programación, calendarización y evaluación de los trabajos de la Comisión (*scoreboard*) ha permitido mantener en la agenda política el mandato del Consejo Europeo sobre la aproximación en materia de retorno (Apartados 3 y 23 Conclusiones), y el método abierto de coordinación al ser más abierto y participativo ha permitido consensuar una armonización flexible en un sector como éste, en el que existen importantes diferencias estructurales entre Estados. Sin embargo, no faltan críticas a este método, en el sentido de que los textos resultantes se obtienen a costa de rebajar la densidad armonizadora de los mismos en favor del acuerdo. Como apuntaremos más adelante, esta es una crítica que bien puede aplicarse a la Directiva de Retorno. Véase, A. CAVÍEDES, «The open method of co-ordination in immigration policy: a tool for prying open

de cooperación se inscribe la Directiva del Consejo 2001/40/EC de 28 de mayo de 2001 sobre reconocimiento mutuo de decisiones de expulsión de nacionales de países terceros²⁵, cuyo contenido era fundamentalmente equivalente al art. 25 del Convenio de Schengen, pero que tenía por objeto completar el sistema instituido por el Convenio permitiendo la ejecución de medidas de expulsión de extranjeros localizados en el interior de un Estado miembro con una expulsión decretada por otro Estado miembro. A este efecto se instituía un mecanismo de comunicación vía SIRENE para el intercambio de información sobre la orden de expulsión, además de prever un mecanismo de compensación de los costes generados por la ejecución de las mismas, mecanismo desarrollado por una posterior decisión del Consejo²⁶. Como novedades respecto a lo dispuesto en el CAAS, incorporado ya como «acervo Schengen», la Directiva reconoce al extranjero el derecho a un recurso frente a la ejecución de la expulsión decretada en otro Estado miembro, y distingue entre la decisión de expulsión y la medida de ejecución, distinción que prefigurará la establecida en la posterior propuesta de Directiva de Retorno. Es más, la Directiva de reconocimiento mutuo presenta algunos rasgos que denotan un cambio de perspectiva respecto al CAAS en la concepción de las medidas de alejamiento: primero, la Directiva parece centrada en la figura de la expulsión, pero cuando procede a definir los supuestos de aplicación en el art. 3, especialmente el apartado 1.b) lo hace en términos tan genéricos («expulsión basada en el incumplimiento de las normas nacionales sobre entrada o residencia de extranjeros») que también puede aplicarse a otras medidas de alejamiento, como el retorno, la salida obligatoria o la devolución, y a ello contribuye el decaimiento de la exigencia de que tales medidas lleven aparejada una prohibición de entrada, probablemente porque tal requisito es necesario para las funciones de instrumento de control fronterizo del SIS, pero no para el simple reconocimiento y ejecución de una medida de alejamiento ya dictada, que debe serlo incorpore o no una prohibición de entrada, sin embargo, el resultado es que el criterio del art. 25.3 CAAS es más restric-

Fortress Europe?» *Journal of European Public Policy*, Volume 11, Issue 2 April 2004 , pp. 289 – 310.

²⁵ DOCE L-149, 02/06/2001 p. 34-36. Véanse al respecto las condenas por incumplimiento (parcial) en la transposición de la Directiva contra Italia y Bélgica en las STJCE *Comisión v. Luxemburgo* de 8 de septiembre de 2005 (C-448/04) y STJCE *Comisión v. Italia* de 8 de septiembre de 2005 (C-462/04).

²⁶ *Decisión del Consejo de 23 de febrero de 2004 sobre criterios de compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40/EC*, DOCE L-60, 27/02/2004 p. 55 –57.

tivo a pesar de que su enunciado es más amplio al incluir todo tipo de medidas de alejamiento; segundo, tampoco respecto al supuesto de expulsión por delitos o amenaza al orden público coinciden exactamente el art. 25.2 CAAS y el art. 3.1.a) de la Directiva, pues en esta última se exige para la ejecución por reconocimiento que exista una expulsión previamente decretada por otro Estado, mientras que el CAAS permitía inscribir en el SIS, al menos en su enunciado literal, a cualquier extranjero que hubiera cometido un delito penado con más de un año de cárcel o supusiera una amenaza grave al orden público, con independencia de que se le hubiera expulsado. En el resto, la Directiva se limita a remitir al derecho nacional para la regulación de la ejecución, las garantías y los recursos frente a la ejecución de la expulsión y la protección por parte de la Directiva 95/46/CE de protección de datos respecto del uso de la información extraída del SIS o intercambiada entre los Estados. En todo caso, el objetivo de fondo de la Directiva era dotar de base jurídica suficiente y clara, no tanto las denegaciones de entrada de extranjeros inscritos en la lista de «no admisibles» del SIS, pues para ello el CAAS dotaba de suficiente cobertura, sino para la ejecución de medidas de expulsión en el territorio de un Estado miembro a la vista de tal inscripción o de la comunicación de una decisión de expulsión, que era una cuestión prevista en el art. 25 CAAS pero no desarrollada ulteriormente. Por esa razón, la Directiva de 2001 constituye el segundo escalón en el este proceso de integración comunitaria en el ámbito de las medidas de alejamiento. No obstante, el desarrollo normativo de algunas de sus disposiciones, como el régimen de compensación de gastos o el establecimiento de vuelos conjuntos, aún tardaría algunos años²⁷.

Poco más tarde, el informe de la Comisión Europea de 15 noviembre de 2001 «Una política común de inmigración ilegal»²⁸ y el ulterior «Plan de Acción contra la inmigración ilegal»²⁹, ofrecerán un marco conceptual de

²⁷ Habría que esperar casi dos años para su desarrollo mediante la Decisión del Consejo de 23 de febrero de 2004 sobre criterios de compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40/EC, y para la posterior Decisión del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la organización de vuelos conjuntos para la expulsión del territorio de dos o más Estados miembros, de los nacionales de terceros países sujetos a órdenes de expulsión, *DOCE L 261, 06/08/2004 p. 28 –35* dirigida a optimizar los recursos existentes.

²⁸ Informe COM 2001 672 final «Una política común de inmigración ilegal», texto disponible en el siguiente enlace http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/immigration/illegal/doc_immigration_illegal_en.htm.

²⁹ Propuesta de Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea, *DOCE C 142 de 14 de junio de 2002*.

referencia en el planteamiento de las medidas contra la inmigración ilegal, en el que se inscribe el posterior «Libro Verde sobre una Política de Retorno»³⁰ elaborado por la Comisión Europea en octubre de 2002. El Libro verde planteaba la necesidad de abordar una serie de actuaciones a nivel comunitario, fundamentalmente centradas en la armonización de las medidas de alejamiento de los Estados, con el fin de aumentar la eficacia en la lucha contra la inmigración ilegal. Al reconocer la necesidad de una aproximación y mayor cooperación en materia de retorno, el Libro verde confirmaba la importancia de esta materia para la agenda política y normativa de la Comunidad; no es extraño, pues, que tras la consulta pública del mismo, el resto de instituciones comunitarias se sumaran a la demanda a la Comisión para que articulara una propuesta normativa en esta materia, que al cabo desembocaría en la actual Propuesta de Directiva de Retorno. No obstante, el Libro verde contenía muchas otras propuestas en este ámbito, de entre las cuales, la necesidad de impulsar una política de firma de tratados de readmisión con países terceros³¹, propuesta a cuyo despliegue las instituciones comunitarias han dedicado importantes esfuerzos en los últimos años, y para cuya potenciación una regulación común del retorno resultaría de gran utilidad.

Con posterioridad a la presentación de la propuesta de Directiva de Retorno apenas ha habido a nivel comunitario iniciativas significativas en este ámbito que no estuvieran vinculadas a la Directiva, como la creación de un Fondo de Retorno, sobre el que apuntaremos algunas ideas más adelante. Baste aquí señalar la adopción del Tratado de Prüm³², un convenio que sigue la estela del CAAS, su predecesor y con el que comparte

³⁰ Libro Verde relativo a una política comunitaria en materia de retorno de los residentes ilegales [COM(2002) 175 final; no publicado en el DOCE].

³¹ Dentro de esta política se enmarca la firma a partir de 2005 de los Acuerdos con Hong Kong, Macao y Sri Lanka, y ya en 2006 de los Acuerdos con Albania, Rusia y Ucrania, que permitirán en 2007 la apertura de negociaciones con China, Marruecos, Argelia, Pakistán y Turquía, que se añaden a los ya firmados y a la apertura de negociaciones por la Comisión con Serbia, Montenegro, Bosnia-Herzegovina, la Antigua República Yugoslava de Macedonia y Moldavia.

³² BOE nº. 306, de 26 de diciembre de 2006. Este Tratado, aparece extrañamente cuando las vías de cooperación intergubernamental al margen de la UE, del tipo Schengen, parecían haber sido superadas y las dinámicas de trabajo entre Estados en materias del tercer pilar como con la Comisión y el Parlamento, en las materias del Título IV TCE, varios Estados miembros acudían a la firma de un tratado internacional de corte clásico para avanzar en la cooperación en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal. En cualquier caso, los Estados signatarios ya en el art. 1(4) del Tratado se comprometen a poner en marcha iniciativas dirigidas a trasladar las disposiciones del mismo al marco comunitario en el plazo de tres años tras la entrada en vigor, iniciativas que se presentaron ya bajo la presidencia alemana, aunque todavía no han alcanzado a los aspectos de inmigración ilegal.

grandes similitudes, objeto de fuertes críticas por eludir el marco de trabajo comunitario (desdeñando incluso la vía de cooperación reforzada) y de muy limitado alcance en materia de inmigración ilegal, pues apenas instituye unos asesores especializados en documentos falsos, reiterando algunos de los mecanismos y obligaciones preexistentes de colaboración en la adopción de medidas de repatriación, recogidas ya en las Directivas de 2003 sobre asistencia en repatriación por vía aérea y la Decisión de 2004 sobre vuelos conjuntos para la expulsión de extranjeros, tal y como apunta Bar Cendón³³

3.2. La tramitación de la propuesta de Directiva de Retorno

La propuesta de Directiva relativa a los procedimientos y normas comunes en los EEMM para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentran ilegalmente en el territorio (Directiva de Retorno), presentada por la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo el 1 de septiembre de 2005 se sustenta en la competencia reconocida a la Unión Europea en el art. 63.3.b) TCE y en el mandato a la Comisión para presentar una propuesta armonizadora en esta materia tal y como resulta del Programa de la Haya. La Comisión presentó esta propuesta de Directiva aprovechando la introducción del procedimiento de codecisión por mayoría cualificada en el Consejo del art. 251 TCE con efectos a partir de enero de 2005³⁴, siendo el texto y los anexos³⁵ remitidos al Comité de las Regiones, al Parlamento Europeo y al Consejo.

³³ A. BAR CENDÓN, «El Tratado de Prüm y la inmigración ilegal», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº7, Enero-Junio, 235-273.

³⁴ Tras la limitada ampliación del procedimiento de codecisión via art. 67.5 TCE con el Tratado de Niza, hubo que esperar a la *Decisión del Consejo 2004/927/CE de 22 de diciembre de 2004 por la que determinados ámbitos cubiertos por el Título IV de la Tercera parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se regirán por el procedimiento previsto en el artículo 251 de dicho Tratado* (DOCE L-396/45, de 31/12/2004), para pasar de la unanimidad en el Consejo con simple consulta al Parlamento, al procedimiento de codecisión del art. 235 TCE, que sirve de base jurídica para el actual procedimiento de codecisión en materia de retorno de extranjeros. Es más, el procedimiento de codecisión pasará a ser el procedimiento legislativo ordinario en este ámbito una vez se apruebe el Tratado de Lisboa (arts.62.2, 63.2, 63.a.2 TFUE en relación al art. 251 TFUE, en numeración conforme a la redacción consolidada recogida en el DOCE C-306/61, 17/12/2007).

³⁵ COM (2005)391 final. El texto venía acompañado de dos documentos anexos, por un lado el comentario detallado al articulado de la propuesta de Directiva y por otro, el estudio de impacto de la misma, en el que fundamentalmente se ofrecen las razones que justifican una armonización progresiva de los procedimientos y normas comunes de retorno así como la concreta opción por la directiva como instrumento legislativo más idóneo [SEC (2005)1057 y SEC (2005)1175].

La primera institución que fijó su posición respecto a la propuesta de Directiva fue el Comité de las Regiones, que informó sobre la misma el 27 de abril de 2006³⁶ en un sentido favorable al texto propuesto por la Comisión, pero con once recomendaciones de enmienda para su consideración. Dichas enmiendas se dirigían a evitar la aplicación de una presunción de fuga por mera irregularidad, a la protección de víctimas y testigos de la trata frente al retorno, al reforzamiento de las garantías de repatriación de los menores no acompañados, a la ampliación de los supuestos de retirada de la prohibición de entrada o reingreso, a la introducción de asistencia médica para todos los extranjeros internados y con especial atención a mujeres y niños, así como a la adición de un precepto que regulara el almacenamiento de datos personales de extranjeros incurso en procedimientos de retorno.

Casi un año y medio más tarde, el Parlamento Europeo elevaba su propuesta de informe con la inclusión de un conjunto bastante numeroso de enmiendas³⁷. En el Parlamento Europeo, la función informadora sobre la propuesta de Directiva se había asignado en 2005 al Comité de Libertades Civiles, Justicia e interior (LIBE), solicitándose la opinión de otros tres Comités, el de Asuntos Exteriores, el de Desarrollo y el de Empleo y Asuntos Sociales, decayendo éste último finalmente del procedimiento, pues no designó ponente ni emitió opinión alguna sobre la Propuesta. Recogiendo las opiniones de los Comités de Exteriores (Pon. Beglitis Panagiotis, PSE) y de Desarrollo (Pon. Calotti Marie-Arlette, PSE), y el parecer mayoritario de sus miembros, el 20 de septiembre de 2007 el Comité LIBE del Parlamento Europeo elaboró un informe sobre la Propuesta de Directiva de Retorno³⁸. En términos generales, el Comité fijaba una posición mucho más garantista sobre los derechos de los extranjeros que la planteada por la Comisión, regulando con mayor detalle la estructura básica y el funcionamiento de la figura del retorno y ampliando con numerosas garantías la protección de los derechos de los extranjeros.

Contando con la versión enmendada del Comité LIBE-PE, la Presidencia del Consejo, primero portuguesa (2007/2º Sem.) y luego eslovena (2008/

³⁶ Dictamen del Comité de las Regiones de 17 de mayo de 2006, Const-IV-003 (<http://www.cor.eu.int>).

³⁷ Informe Weber, de 20 de septiembre de 2007, votado el 29 de noviembre de 2007, Doc. Sesión Final A6-0339/2007.

³⁸ Dictamen del Parlamento Europeo de 20 de de septiembre de 2007, Pon. Manfred Weber A6-0339/2007 Final (www.europarl.europa.eu), tras la discusión de tres borradores del mismo (véase <http://www.europarl.europa.eu/oeil>), se presentaron 73 enmiendas, y el dictamen del Comité fue aprobado por 45 votos contra 5.

1r Sem.), siguiendo las directrices del programa conjunto de las tres presidencias, y actuando coordinadamente aceleraron la tramitación en el propio Consejo de la propuesta de Directiva, de modo que tras diversas consultas se fueron fijando entre diciembre de 2007 y marzo de 2008 las posiciones de los distintos Estados miembros en el seno del COREPER³⁹, donde los Estados fueron acercando posiciones rebajando las garantías introducidas por el Parlamento con el fin de dotar a sus administraciones nacionales de una mayor libertad de actuación, todo ello en aras de una mayor eficacia⁴⁰. En paralelo, las presidencias sucesivas iniciaron un proceso de negociación con representantes de la Comisión y del Comité LIBE del Parlamento Europeo (el ponente y europarlamentarios representantes de los principales grupos parlamentarios), dirigido a sondear la posible aprobación del texto en primera lectura recurriendo al «triálogo» o intercambio informal de posiciones a tres bandas⁴¹, siempre manteniendo informado del mismo tanto al COREPER como al Comité Mixto (en el que se da participación a Suiza, Noruega, Islandia, Liechtenstein⁴²), lo cual permitió aproximar posturas entre las tres instituciones, y fundamentalmente entre el Consejo y los representantes del Parlamento, que sostenían inicialmente posiciones bastante distintas sobre la Directiva. Esta negociación informal fuera de los cauces formales de negociación previstos en el art. 251 TCE, tenía por objeto asegurar un rápido acuerdo sobre el texto de la Directiva, que evitara un rechazo por al Parlamento de las modifica-

³⁹ Una primera versión de la propuesta modificada por el Consejo hecha circular por la Presidencia del mismo – y que adelantándose a Lisboa ya actúa de manera coordinada con las otras dos presidencias–, es de diciembre de 2007, la segunda de febrero de 2008, una tercera de marzo de 2008, y una cuarta fue adoptada en abril de 2008, pueden consultarse en <http://register.consilium.europa.eu>.

⁴⁰ Véanse las notas intercambiadas durante los meses de marzo y abril en el seno del Consejo.

⁴¹ Sobre este procedimiento informal de consulta véase *Joint Declaration of the European Parliament, Council and the Commission on practical arrangements for co-decision* (Official Journal, C-148/1 18.5.1999) así como la guía explicativa *Guía de la Codecisión*, en <http://www.consilium.europa.eu> >Políticas > Codecisión >Guía de Codecisión (en castellano).

⁴² Declaración de la Presidencia Eslovena de 17 de abril de 2008: «The most contentious provisions in the draft directive concern its scope, voluntary departure, entry ban, detention of illegal nationals and their condition of detention. The Mixed Committee/Council committed itself to pursuing work in close contact with the European Parliament with a view to reaching agreement on the draft directive. The Slovenian Presidency has therefore prioritised work on the proposal at Council level and maintained close contact with Parliament. A trialogue at political level took place on 9 April to discuss the most contentious provisions. Another meeting at political level with the Parliament will take place on 23 April 2008. Thereafter, the Presidency will inform the Mixed Committee/Council of the state of play.»

ciones del Consejo o la introducción de enmiendas que provocaran la apertura del procedimiento de segunda lectura y, eventualmente en caso de discrepancia, el recurso al Comité de Conciliación Parlamento Consejo; de hecho, el «trílogo» en realidad consistía más bien en un foro informal donde los representantes de cada institución trazaban sus respectivas líneas rojas de negociación⁴³. La prisa del Consejo en acelerar la negociación de la Directiva puede explicarse por el interés en beneficiarse plenamente en 2008 de las transferencias del Fondo de Retorno instituido por la Decisión 575/2007/CE de 23 de mayo⁴⁴, que incluía la armonización de las medidas de alejamiento mediante la figura del retorno como parte de la normativa que dotaba de base jurídica a la distribución de tales fondos (Considerando 14).

Con el fantasma de la larga y agitada tramitación de la Directiva de Reagrupación Familiar y el incentivo de beneficiarse del Fondo de Retorno como referentes, las discrepancias en el seno del Consejo se fueron concentrando en unas pocas disposiciones: por un lado, algunos Estados en el Consejo consideraban que la propuesta de Directiva era excesivamente garantista, mientras otros disponían de estándares de protección más altos en sus legislaciones nacionales, generando varios puntos de discrepancia (duración máxima del internamiento, control judicial obligatorio del retorno, expulsión de los menores, reconocimiento de un derecho de asistencia letrada a los extranjeros, duración del plazo de salida obligatoria del

⁴³ A este respecto merece la pena señalar que la creación de mecanismos de colaboración al margen de los procedimientos legalmente establecidos aunque acorten los plazos y faciliten lograr posiciones comunes más rápidamente desdibujan el papel y margen de actuación de las instituciones, como el Sr. Pierre Jonckheer ha señalado, argumentando un tanto exageradamente que «convierten un procedimiento de codecisión en un procedimiento de cuasi informe de confirmación», durante el segundo debate del texto en la Comisión de Libertades del Parlamento Europeo el 17 de junio de 2008 (CRE 17/06/2008 - 4).

⁴⁴ Decisión nº 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007, por la que se establece el Fondo Europeo para el Retorno para el período 2008-2013 como parte del Programa general «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios», DOCE nº 144 de 6 de junio de 2007. El Programa incluye cuatro instrumentos financieros, dos de ellos disponibles desde enero de 2007 (el Fondo para las Fronteras Exteriores y el Fondo para la Integración) y otros dos que lo serían a partir de enero de 2008 (Fondo para el Retorno y Fondo Europeo para los Refugiados). El Fondo para el Retorno está dotado con 676 millones de Euros, 47 millones (7%) para actuaciones comunitarias y 629 millones entre los Estados en función del número de extranjeros extracomunitarios afectados por medidas de retorno durante el periodo 2007-2013. El texto de la Directiva de Retorno aprobado por el Parlamento incluye un Anexo en el que se indican algunas posibilidades de financiación a cargo del Fondo de Retorno de hasta un 75% del gasto de los Estados en el proveimiento de asistencia jurídica derivada de sus obligaciones a partir de la nueva Directiva [P6_TA(2008)0293].

extranjero antes de la ejecución forzosa, etc.). Con este incentivo y aprovechando la posibilidad de consulta informal vía «triálogo» entre las distintas instituciones, tras consulta del COREPER, los trabajos en el Consejo se aceleraron durante los meses de abril y mayo de 2008⁴⁵, llegando a circular al menos cuatro versiones de la propuesta de Directiva en el seno del Consejo/Comité Mixto. Finalmente, el 5 de junio de 2008 las delegaciones nacionales en el Consejo de Ministros de Justicia e Interior dieron su visto bueno a un texto común que parecía contar con el beneplácito de los representantes del Parlamento.

En el Parlamento, la nueva versión del texto presentada en forma de enmiendas al informe inicial de la Ponencia del Comité de Libertades causó importantes disensiones entre los grupos parlamentarios más representativos en el Pleno: tanto entre diferentes grupos, con el PPE más bien favorable a la adopción de la Directiva (y posteriormente con el acuerdo alcanzado con la Presidencia del Consejo), y los Verdes o la Izquierda en clara oposición al mismo; como también un disenso interno en ciertos grupos, como el mostrado por el Grupo Socialista, dividido hasta el final con divergencias entre los europarlamentarios de diferentes países, reflejadas en las distintas intervenciones de los europarlamentarios. De hecho, la división de la familia socialista, segundo grupo en número de escaños, permitió al mayoritario Grupo Popular Europeo, con 294 escaños, junto con los parlamentarios liberales y algunos socialistas, dar la aprobación al texto de Directiva acordado con la Presidencia del Consejo el 18 de junio de 2008. Tras un polarizado debate y el rechazo de un conjunto de enmiendas de última hora presentadas por los socialistas el texto fue finalmente aprobado con 369 votos a favor, 197 en contra y 106 en blanco, de un total de 662 votos emitidos. Tras la votación, el texto fue remitido para su revisión y traducción lingüística, con remisión al Consejo para su aprobación formal y posterior publicación. En este último estadio, la Directiva recibió fuertes críticas por los representantes de la sociedad civil, especialmente del mundo asociativo, que organizó acciones de protesta y movilización⁴⁶, rechazo compartido por algunos Estados terceros con importantes contingentes de nacionales en Europa.

⁴⁵ Con anterioridad al Documento 3653/08 y COR 1, puede seguirse la evolución del debate en el Consejo en los documentos publicados por el registro 10737/08, 9829/08, 8812/08, 8148/08, 7919/08 y COR 1, 7774/08, 6965/08, 6785/08, 6624/07, 6541/08 y ADD 1 (<http://register.consilium.europa.eu>).

⁴⁶ Federation Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, documento con diez puntos de posible mejora, de 11 de febrero de 2008 y posterior documento solicitando la suspensión de la adopción del texto en tanto no se salvaguarden adecuadamente los derechos humanos

4. PLANTEAMIENTO DE LA DIRECTIVA Y GRANDES EJES DE DISCUSIÓN DE LA MISMA

Como se ha indicado anteriormente, el debate jurídico sobre el texto de la Directiva de Retorno, más allá de los aspectos técnicos, se ha centrado en un puñado de cuestiones claves sobre las que existían profundas discrepancias entre dos visiones enfrentadas, una más técnica y utilitarista y otra más preocupada por nutrir a la Directiva de un conjunto mínimo de garantías. Las principales críticas vertidas sobre el texto de la Directiva se centran en cinco o seis elementos⁴⁷: primero, el ámbito de aplicación de la misma; segundo, la intensidad de la preferencia normativa por la ejecución voluntaria de la orden de salida; tercera, las condiciones para el retorno de los menores no acompañados; cuarta, la duración de la prohibición de entrada aneja a la orden de retorno; quinta, las garantías procedimentales del retorno; y sexta, la duración y condiciones de la detención a este efecto. En el presente apartado, intentaremos ofrecer un primer análisis y balance de estas cuestiones, precedido de algunas claves sobre la justificación y la estructura central de la nueva figura del retorno.

Por evidentes razones de espacio dejaremos fuera del mismo el comentario de muchos otros puntos de tensión en el seno del Consejo o en el Parlamento, que pueden responder a posiciones gubernamentales muy particularizadas⁴⁸ o a aspectos menos centrales al debate en torno a la Directiva.

(<http://www.fidh.org/spip.php?article5485>), carta de Amnistía Internacional de 14 de abril de 2008 al Ministerio de Interior de Eslovaquia (vid. Al respecto el texto disponible en el enlace http://www.amnesty-eu.org/static/documents/2008/Letter_JHA_Return_April_2008.pdf), carta conjunta de Amnistía y European Council of Refugees and Exilees de 13 de abril de 2008 dirigida a los diputados del Parlamento Europeo (<http://www.statewatch.org/news/2008/may/eu-ret-dir-ai-ecre-prel.pdf>), etc.

⁴⁷ Si se analizan los documentos de trabajo intercambiados en el seno del Consejo a través de las notas publicadas, estos son sustancialmente los temas que centraron la atención de los Estados miembros en el mismo (Nota de 25 de marzo de 2008 de la Presidencia del Consejo a las Delegaciones sobre el estado actual de la propuesta, ref. 7774/08 <http://register.consilium.europa.eu>), puntos que esencialmente coinciden con el debate público generado tras la filtración a los medios del acuerdo y el debate consiguiente, véase EL PAIS, 9 de mayo de 2008.

⁴⁸ EL PAIS, 9 de mayo de 2008. Así, la postura de Francia contraria a reconocer la posibilidad de retrasar la ejecución del retorno de menores escolarizados (y por ende el de sus padres) hasta que haya finalizado el curso escolar, pues en este país esta cuestión ha generado un destacado debate y enfrentamiento entre el Gobierno y un sector de la sociedad francesa.

4.1. *Las razones que justifican una armonización legislativa de las medidas de alejamiento de extranjeros*

En términos generales, las razones para abordar una armonización de las medidas de alejamiento de extranjeros en la Unión Europea pueden básicamente reducirse a dos: por una lado, la necesidad de aumentar la eficacia en la lucha contra la irregularidad manteniendo un elevado nivel de seguridad jurídica; y por otro lado, la necesidad de acompasar el elevado grado de armonización en materia de control de entrada y procedimientos de asilo, con una regulación de las medidas de alejamiento que hasta la Directiva era excesivamente básica al basarse simplemente en el mutuo reconocimiento de decisiones a efectos de su ejecución en otros territorios. Analicemos estos argumentos con mayor detalle.

Como decimos, la primera razón para acometer la armonización de las medidas de alejamiento es eminentemente práctica, pues lo que pretende es aumentar su eficacia. En efecto, a pesar del esfuerzo de control de la irregularidad realizado por los Estados, la tasa de ejecución de las decisiones de alejamiento relativamente reducida, en torno al 35%, dato que explica la actual preocupación por asegurar una mayor eficiencia en la aplicación de las mismas en un espacio sin fronteras interiores que se pretende que asegure la libertad, la justicia y la seguridad internas. En consecuencia, es lógico que en el contexto de desarrollo de la normativa comunitaria sobre inmigración y asilo, una vez asegurado un elevado grado de armonización en el sistema de control de fronteras⁴⁹, la experiencia armonizadora se traslade también a los mecanismos de lucha contra la irregularidad (sanciones a los empleadores, sanciones a los transportistas, etc.), de entre los cuales las medidas de alejamiento son un elemento destacado. Así, un incremento en la eficacia de las medidas de alejamien-

⁴⁹ El aumento de la irregularidad y su control se han convertido en cuestiones de primera importancia, cuando, por un lado cada vez es más evidente que los sistemas de control fronterizo de entrada, una vez armonizado su funcionamiento bajo una normativa común (visado uniforme, Código de Fronteras Exteriores, Manual Común de Funcionarios de Fronteras, etc.), tienen una capacidad limitada para discriminar a los inmigrantes encubiertos bajo documentos de visita o turismo de auténticos visitantes o turistas sin una excesiva restricción de los derechos o un colapso del transporte internacional de personas; y por otro, las sucesivas crisis en el control de determinadas fronteras de los últimos años, las más recientes en el Mediterráneo, especialmente en Italia y España, han mostrado la dificultad que entraña la lucha unilateral contra los grupos delictivos dedicados al transporte y tráfico de personas, razón por la que se ha agilizado la adopción de una batería de medidas para hacer frente a puntuales incrementos en la presión migratoria sobre las fronteras que pueden calificarse de ejecutivas, aunque sean excepcionales (FRONTEX, RABIT, EUROSUR, etc.).

to pasaría por la racionalización de los costes del alejamiento de extranjeros, que en términos económicos y de dotaciones humanas son muy elevados y claramente susceptibles de optimización, pero para ello, una condición previa (o al menos un factor determinante) es la superación de la actual dispersión normativa entre los Estados en la regulación de sus respectivas medidas de alejamiento.

Como hemos apuntado anteriormente, esa diversidad de regulaciones tenía su origen en la ausencia de competencias y de acuerdo político en la regulación comunitaria de las medidas de alejamiento, razón por la que fue necesario acudir a la técnica de la remisión al derecho nacional en lo que se refería al concepto, elementos, procedimiento y garantías de las medidas de alejamiento⁵⁰. Sin embargo, dada la instrumentalidad de las medidas de alejamiento respecto de otras políticas comunitarias de inmigración y asilo⁵¹, los problemas prácticos que esta técnica generaba, obligaron a buscar soluciones que combinaran dicha remisión a las normas nacionales con mecanismos de coordinación y reconocimiento mutuo de tales medidas entre Estados, con el fin de evitar una excesiva distorsión en la aplicación del derecho comunitario asegurando la consecución de los objetivos del mismo. Sin embargo, a medida que se iba avanzando el espectro de la regulación comunitaria y su grado de detalle, la combinación de ambas técnicas se revelaba problemática, pues el respeto de la

⁵⁰ Téngase en cuenta que la armonización en materia de control de fronteras o lucha contra la inmigración irregular se había ido construyendo a partir de una serie de definiciones, conceptos y contenidos propios y autónomos del Derecho comunitario o por remisión a las definiciones y conceptos existentes en el Derecho nacional de cada uno de los Estados miembros.

⁵¹ Así, por ejemplo, la adopción del Código Comunitario de Fronteras (y de su correspondiente Manual Práctico) incide directamente sobre las condiciones, procedimiento y efectos de las decisiones de denegación de entrada, sin embargo, hasta ahora se ha tenido que sortear tales cuestiones a falta de una regulación mínima común de tales medidas; de hecho, la regulación de los motivos de denegación de entrada en los controles en frontera que ha operado el Código de Fronteras Exteriores (Código Schengen), supone una indirecta regulación de las condiciones de las medidas de alejamiento adoptadas en frontera (no sólo normativa, también jurisprudencial como demuestra la STJCE *Comisión v. España* de 31 de gener de 2006, Gran Sala), y también una mayor presión a la larga para proceder también a su armonización, en esta línea se puede entender el art. 2.2 de la Directiva de Retorno, que permite su aplicación al ámbito de los controles de frontera. Del mismo modo, las disposiciones sobre reagrupación familiar y residentes de larga duración no han podido dejar de incluir determinados límites a la aplicación de la sanción de expulsión respecto de los beneficiarios de tales normas, lo cual implica una regulación parcial e indirecta de esta medida de alejamiento. Lo mismo ocurre cuando la regulación comunitaria del asilo establece las condiciones de tramitación y concesión del mismo, previendo la posibilidad de retornar a los extranjeros a los que se deniegue tal estatuto. Esta afectación o incursión sobre otros ámbitos materiales crea las condiciones para la expansión hacia estos nuevos ámbitos de la necesidad de armonización.

competencia nacional en este ámbito se lograba al precio de una diversidad normativa excesiva y de una creciente inseguridad jurídica provocada por el sistema de reconocimiento mutuo. En efecto, el mecanismo de reconocimiento mutuo de resoluciones de expulsión pasaba por alto las diferencias entre Estados en aspectos tan importantes como los motivos de expulsión, excepciones a la misma, valoración de los intereses públicos y privados, recursos y garantías, consecuencias del alejamiento, etc., pues los Estados requeridos se veían obligados a ejecutar la expulsión, a pesar de sus dudas sobre si la misma sería admisible desde el punto de vista de los principios nacionales del derecho sancionador y de las garantías individuales del administrado. Esta situación, amplificada por la existencia de cientos de miles de resoluciones de alejamiento cada año en el territorio de la Unión, es la que en última instancia justifica la necesidad de aproximar las legislaciones entre los Estados, asegurando una mínima seguridad jurídica a los extranjeros al tiempo que se potencia la operatividad supranacional de las medidas de alejamiento de extranjeros⁵², y por ende del sistema de control migratorio en su conjunto.

En este sentido, la armonización se dirige a superar el anterior mecanismo de reconocimiento mutuo de decisiones, que se planteaba a nivel ejecutivo, y su sustitución por un sistema de portabilidad o libre circulación de decisiones de salida obligatoria (fase declarativa) o de retorno efectivo (fase ejecutiva) en todo el territorio de la Unión, instituyendo un procedimiento estándar de alejamiento que sirve de referencia en toda la Unión y que sea además potencialmente aplicable a casi todo tipo de medidas de alejamiento. Así, no sólo se reconocen las resoluciones de otros Estados miembros a nivel puramente formal, con carácter fundamentalmente ejecutivo y caso por caso (como ocurre con el reconocimiento mutuo de decisiones de expulsión), sino que al compartir todas las medidas de alejamiento una estructura común se someten a unos estándares mínimos que les otorgan validez y eficacia en cualquier otro Estado miembro, desapareciendo la actual disparidad de regulaciones, que en ocasiones impedía la aplicación de decisiones de otros Estados. Es más, una regulación común del retorno permitiría clarificar el alcance de las competencias externas de la Unión sobre inmigración y asilo, que en la actualidad se

⁵² En otros ámbitos de aplicación del Derecho comunitario, como las decisiones judiciales civiles sobre derecho de familia o relaciones parentales (Reglamento Bruselas II bis) o penales en materia de detención y arresto («euroorden»), el reconocimiento mutuo de decisiones, ha pasado por una mínima armonización de los procedimientos y condiciones de adopción de tales decisiones. El planteamiento respecto al retorno es bastante similar, y no por casualidad esta materia fue priorizada por el «Programa de La Haya».

traducen en la adopción de una red de convenios de readmisión con terceros Estados, pero que hasta ahora, por los motivos anteriormente detallados, se movían en una cierta inconcreción, pues los procedimientos de alejamiento a los que se referían eran procedimientos y decisiones nacionales, distintos en cada EEMM.

En este sentido deben entenderse los argumentos ofrecidos por la Comisión en los textos anexos a la propuesta de Directiva, cuando críticamente alude a la necesidad de garantizar una mínima seguridad jurídica así como la operatividad del conjunto del sistema de control migratorio que la Unión está construyendo; así como la valoración como insuficientes para lograr tales objetivos de las medidas de coordinación y reconocimiento mutuo adoptadas hasta el momento⁵³.

4.2. Estructura y funcionamiento de la figura comunitaria de retorno de extranjeros

Puede decirse que la Directiva tiene una voluntad armonizadora pero sin caer en la completa uniformización de las medidas de alejamiento. Para ello construye un concepto y estructura autónomas de la figura del retorno que permiten a los Estados adaptar sus respectivas regulaciones de las medidas de alejamiento sin excesivas dificultades. En cierto sentido, la Directiva es también el resultado de una tensión en la identificación del objeto real de la armonización, lo cual genera lógicas armonizadoras distintas, y hasta cierto punto contrapuestas, que son origen de las tensiones que mencionamos. Por un lado, el texto original de la Comisión puede decirse que ponía el acento más bien en una armonización de corte utilitarista o técnico orientada simplemente a crear las bases de una figura que pudiera funcionar en todos los Estados miembros con las menos reformas posibles; posteriormente, la intervención del Parlamento Europeo -aunque rebajada tras la negociación informal con el Consejo- pondrá el acento en la armonización de los derechos y las garantías de los extranjeros, provocando un impacto mucho mayor sobre los ordenamientos estatales, con costes económicos y de recursos muy superiores. El texto final de la Directiva es un acuerdo político que resulta de la combinación de ambas lógicas, lo cual encierra todas las tensiones y limitaciones inherentes al intento de lograr un equilibrio entre visiones distintas, y hasta cierto punto, enfrentadas.

⁵³ Estudio de Impacto, Anexo a la propuesta inicial de Directiva presentada por la Comisión Europea, SEC (2005) 1057.

Quizá por el predominio de la lógica inicial más utilitarista, la Directiva facilita una «armonización sumamente respetuosa de la regulación estatal actualmente existente» en esta materia, que comporte las menores reformas posibles, hasta el punto de poder hablar de una armonización a la carta o de armonización «soft». La Directiva permite a los Estados cumplir los objetivos que esta impone, manteniendo sus respectivos modelos de alejamiento, estén estos basados en un procedimiento administrativo o judicial o en una combinación de ambos, sean estos declarativos y ejecutivos o eminentemente ejecutivos, se basen en un procedimiento meramente restitutivo del extranjero a un tercer Estado o en un procedimiento sancionador con prohibición de entrada, sean éstos modelos que priorizan la ejecución voluntaria o que confían directamente en la ejecución forzosa, sean modelos que se decantan por el internamiento o que priorizan medidas alternativas al mismo, etc. En esta lógica inclusiva de diferentes modelos ya existentes, resulta idónea la elección de la Directiva como instrumento normativo armonizador de mínimo impacto.

Ahora bien, la opción abrazada por la Directiva de otorgar un amplio margen a los Estados para la acomodación de su normativa, no significa que la Directiva carezca de un «contenido mínimo que asegure una estructura y funcionamiento comunes del retorno» en los EEMM, al contrario, el objetivo fundamental de la directiva es lograr instaurar un sistema en el que tales decisiones puedan operar en un Estado u otro sin un control previo de aplicabilidad, es decir las decisiones de retorno puedan «circular libremente» entre los EEMM sin trámites adicionales (principio de «equiparabilidad»). Para ello, la Directiva parte de una configuración básica del procedimiento de retorno como un procedimiento de restitución del extranjero a un tercer Estado de origen, nacionalidad o residencia o cualesquiera otro por razón de su estancia irregular en un Estado miembro, y no como un procedimiento sancionador, al menos no automáticamente; este dato se deduce de la regulación de la prohibición de entrada en el art. 9 Directiva, que sólo la impone obligatoriamente cuando se haya incumplido la obligación de salida o no se haya ofrecido la posibilidad de ejecución voluntaria tal salida, en cualquier otro caso, la imposición de la prohibición de entrada queda en manos de cada Estado miembro, y del art. 4.4 se puede deducir que la Directiva tampoco la impone obligatoriamente en los procedimientos de retorno adoptados en frontera en aquellos Estados que opten por aplicar el procedimiento común también en estos supuestos, de conformidad con el art. 2.2.a) Directiva.

Igualmente, la Directiva incorpora los dos modelos básicos de régimen de ejecución existente en los Estados miembros, aunque se decanta por

«priorizar la ejecución voluntaria» en un plazo que no podrá ser inferior a 7 días ni superior a 30, si bien el Estado pueda optar directamente por la ejecución forzosa en algunos casos excepcionales contemplados expresamente en la Directiva (riesgo de huida, solicitudes de residencia manifiestamente infundadas o fraudulentas o cuando el extranjero suponga una amenaza a la seguridad ciudadana, el orden público o la seguridad nacional). En estos casos, el plazo mínimo de siete días puede reducirse, al igual que si el extranjero abandona voluntariamente el territorio del Estado miembro antes de dicho plazo; lo contrario también es posible, el plazo de salida voluntaria puede ampliarse si las circunstancias del caso así lo aconsejan, especialmente cuando exista una larga residencia previa anterior al retorno, o vínculos familiares y sociales con el territorio o los niños estén escolarizados en el sistema educativo del Estado. Igualmente, los Estados pueden evitar el automatismo de dicho plazo y aplicarlo únicamente a petición del extranjero, siempre que informe debidamente de tal posibilidad al extranjero durante la tramitación del retorno.

En este sentido, la «estructura del procedimiento de retorno» resultante consta –al menos teóricamente– de dos actos administrativos diferentes, la orden de salida («return decision») y la orden ejecutiva de retorno («removal»); y decimos que teóricamente porque de nuevo la Directiva permite una desviación de esta estructura en aras de la máxima inclusión de los distintos modelos de alejamiento, mediante la adopción de ambas decisiones en el mismo momento si bien manteniendo su consideración de actos formalmente distintos, tal y como se deduce de la lectura combinada de los arts. 6.5 («Return»), 7.3 («Voluntary departure») y 8 («Removal»), en aquellos casos en los que no se conceda la posibilidad de ejecución voluntaria de la orden de salida. El primer acto, la orden de salida voluntaria, puede ejecutarse en el plazo de 4 semanas, excepto que exista un riesgo de huida, en cuyo caso pueden imponerse obligaciones suplementarias de presentación periódica ante las autoridades, retención de documentos, imposición de una fianza o de otras medidas limitativas de la libre circulación del extranjero por el territorio. El segundo es un acto que puede no llegar a ser necesario si el extranjero cumple voluntariamente con la orden de salida, y que deviene complementario de ésta en caso de incumplimiento, consistente en una orden ejecutiva de expulsión. Por tratarse de un acto formalmente distinto de la orden de salida obligatoria o retorno deberá fijar su propio plazo de ejecución así como el país de destino de la medida de retorno, salvo en los casos en que se adopte directamente por existir riesgo de huida.

La apertura de la Directiva a la dualidad de modelos no impide que esta norma opte como regla general por la orden salida obligatoria (pero

de ejecución voluntaria), mientras convierte la ejecución forzosa directa en la excepción, aunque es cierto que define tal excepción en unos términos tan amplios que su desarrollo y apreciación por parte de los Estados permitirá mantener en la mayor parte de casos la práctica existente anterior a la Directiva, al menos seguramente así será en el caso español. Aún así, la importancia de tal regla general no debe minusvalorarse, el cumplimiento de la salida obligatoria permite al extranjero eludir la imposición de una prohibición de entrada («entry ban») tal y como parece deducirse del art. 9.1 Directiva, excepto en los casos en que el retorno, su ejecución y la prohibición de entrada se adopten conjuntamente, de conformidad con el art. 6.5 en cuyo caso, ciertamente, no habrá existido tampoco posibilidad de salida voluntaria y no será de aplicación tal exención. Esta es una novedad fundamental de la Directiva, que se encontraba en el texto inicial de la Comisión, y cuyo racional era incentivar sustancialmente el cumplimiento voluntario de la salida obligatoria, evitando así la ejecución voluntaria del retorno, sumamente costosa en términos de recursos del Estado y de los derechos de los extranjeros.

El tercer elemento del procedimiento común de retorno que instaura la directiva es la prohibición de entrada o reingreso durarán un máximo de 5 años, excepto que razones de orden público o seguridad nacional aconsejen un plazo superior (que la Directiva no define) y estarán previstas en el orden de expulsión, aun cuando también podrían llegar a contenerse en la orden de retorno o salida obligatoria.

Aun cuando la Directiva parece dirigida a establecer las bases del procedimiento, y por lo tanto aspectos procesales del mismo, también regula aspectos centrales como los relativos a los «criterios de adopción y aplicación de las medidas de retorno», así establece que en su aplicación se deberá tener en cuenta la naturaleza y solidez de las relaciones familiares en el Estado miembro retornante, a la duración de su permanencia en dicho Estado, a los vínculos familiares o culturales y sociales con su país de origen, al interés superior del niño si se tratara de menores, etc. todo lo cual demuestra una pretensión de armonización sustantiva de las medidas de retorno, así como el reconocimiento de límites fundados en la protección de los derechos humanos o fundamentales, como se detallará al siguiente apartado. De hecho, la Directiva reconoce expresamente las obligaciones derivadas del CEDH y del principio de «non-refoulement», del derecho a la educación, del derecho a la vida y a la unidad familiar, que pueden incluso justificar la supresión de la decisión de retorno.

Finalmente, vale la pena destacar, aun cuando la Directiva «reconoce a los Estados un margen de apreciación», que éstos conservan la facultad

de expedir los permisos de residencia así como los permisos otorgados por razones humanitarias que pueden comportar el decaimiento de la decisión de retorno o expulsión, es decir, que la Directiva admite que los Estados puedan emplear fórmulas de regularización de extranjeros sobre los que recaiga un decreto de expulsión vigente. Si esta previsión es discrecional del Estado, de acuerdo con sus propias políticas, no lo es el mandato de suspensión del retorno en los casos en que los extranjeros hayan iniciado un procedimiento de obtención o renovación de los permisos de estancia o residencia.

Con respecto a las «condiciones de ejecución» de la medida, y de acuerdo con las recomendaciones de la Comisión de Prevención de la Tortura y del Comisario Europeo de Derechos Humanos, puede aplazarse la ejecución de la decisión de retorno en función de las circunstancias del caso, o incluso la ejecución de la expulsión si se demuestra la imposibilidad de viajar o de ser transportado al extranjero, si razones operativas así lo exigen o cuando se carezca de suficientes garantías sobre el respeto de los derechos en el país de destino; en el caso del menores desamparados establece que estos sólo serán devueltos si son entregados en destino a un familiar o a un representante de la familiar o a un funcionario competente, y sólo tras evaluar las condiciones de retorno del menor. La Directiva admite entonces la posibilidad de imponer límites a la circulación de estos extranjeros.

4.3. *Ámbito de aplicación de la Directiva de Retorno*

A pesar de lo que se podría pensar inicialmente, la Directiva admite diversos grados en la armonización de las medidas de alejamiento en los Estados miembros, quedando a disposición de estos últimos optar por una armonización amplia de las mismas o más limitada. Esta armonización graduable se construye a partir del establecimiento de una nueva regulación de los procedimientos de alejamiento de extranjeros mediante el establecimiento de estándares comunes a todos ellos, pero dejando a los Estados la opción de acogerse a esta regulación común sólo respecto de las medidas de alejamiento contra extranjeros que se encuentren irregularmente en su territorio, o ampliarla aplicando tal estructura y los estándares comunes que la Directiva prefigura también a las medidas de alejamiento en frontera y a las expulsiones por delitos, en cuyo caso la armonización resulta casi completa. Si a ello se añade el hecho de que la Directiva incluye como supuesto especial de retorno el traslado de los menores no acompañados a sus familias o instituciones tutelares en origen (que en

España se conoce como repatriación de menores y se encuentra regulada en el art. 35 LO 4/2000), resulta más evidente el papel referencia que en este ámbito va a jugar la directiva. Es más, la regla general establecida por el art. 2.2 Directiva es la de la extensión de la armonización también al alejamiento en frontera o por delitos, pudiendo los Estados no aplicar la Directiva en estos casos («Member States may decide not to apply this Directive»), bien es cierto que tal opción la podrá realizar libremente cada Estado en el momento de la transposición de la misma bastando que envíe a la Comisión Europea el o los textos aprobados para adaptarse a la Directiva, de conformidad con el art. 18 Directiva. Si acaso, quedarán únicamente fuera del ámbito de aplicación de esta Directiva las medidas de alejamiento basadas en la peligrosidad del sujeto (que en España tienen acogida en la forma de expulsión por razones de seguridad nacional o puesta en peligro de las relaciones internacionales conforme al art. 54.1.a) LO 4/2000 o en Alemania en la forma de la expulsión potestativa basada en la peligrosidad del sujeto) y que, en todo caso seguirían rigiéndose íntegramente por el derecho interno contando con cobertura suficiente para su mutuo reconocimiento en virtud del art. 24 Reglamento (ex-art. 96.2 CAAS).

El art. 1 Directiva señala que el retorno es de aplicación únicamente a los ciudadanos extracomunitarios que se encuentren irregularmente en el territorio de los Estados miembros y, precisamente con motivo de esa presencia irregular en el territorio, constituyendo conforme al art. 2.1 Directiva tal regulación el núcleo central y obligatorio para los Estados. A continuación, el art. 2.2 Directiva permite a los Estados desviarse de lo que puede ser la regla general. El resultado armonizador es efectivamente gradual y descendente: en primer lugar, una armonización más completa y obligatoria del alejamiento por estancia irregular, que sigue siendo el motivo de alejamiento estadísticamente más relevante en los Estados miembros; segundo, una armonización material y de mínimos del alejamiento de extranjeros en frontera, pues aunque los Estados opten por no incluirla no pueden escapar al art. 4.4 Directiva que extiende a las actuaciones en frontera de denegación de entrada o interceptación las garantías materiales previstas en los arts. 8-10, 13 y 15 de la Directiva (lo que en España es la denegación de entrada del art. 26.2 LO 4/2000 o incluso el retorno del art. 60 LO 4/2000⁵⁴), que en parte se encuentran también

⁵⁴ Esta opción es criticable, particularmente cuando a diferencia de la devolución del art. 60 LO 4/2000, ni la denegación de entrada ni el retorno comportaban una prohibición de entrada pues no podía presumirse, en principio, mala fe en el extranjero que se presentaba en frontera y pedía autorización para entrar.

reguladas en el Reglamento del Código de Fronteras Schengen; tercero, una armonización potestativa aunque probablemente gradual y convergente en el futuro de la expulsión por delitos (lo que en España serían la expulsión substitutiva de condena del art. 89 CE y 57.7 LO 4/2000, la expulsión substitutiva de medidas de seguridad del art. 108 CP o la expulsión como pena accesoria y de ejecución posterior al cumplimiento de la condena del art. 57.2 LO 4/2000); y por último, completa discrecionalidad de los Estados en la regulación de las medidas de alejamiento de extranjeros que constituyan una amenaza para el orden público o la seguridad del Estado.

A esta amplia definición del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva se añade la definición relativamente amplia del concepto de estancia irregular del art. 3.b Directiva, que señala que ésta será de aplicación obligatoria a los extranjeros la estancia de los cuales en el territorio de los EEMM sea ilegal porque no cumplen o han dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el art. 5 Código de Fronteras Schengen⁵⁵ o cuando la estancia ilegal deriva de cualquier otro motivo. Esta definición permite incluir tanto supuestos que en la actualidad merecen medidas distintas de la expulsión (en España el retorno del art. 60 LO 4/2000 si no se incluye por la vía del art.2.2 Directiva o la devolución del art. 58 LO 4/2000), como aquellas otras infracciones administrativas cuya comisión conduce a la pérdida del título de residencia y por consiguiente a una irregularidad susceptible de expulsión, muy especialmente aquellas infracciones relacionadas con el estatuto de extranjería, pues en ellas la pérdida del permiso de residencia guardará relación directa con el tipo de infracción cometida⁵⁶. Así por ejemplo, la Directiva no contempla como motivo de

⁵⁵ Esta definición es conforme a la interpretación restrictiva que del concepto «situación irregular» hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Véase *STEDH Bolat v Rusia*, de 5 de octubre de 2006 en la que el Tribunal deniega la existencia de residencia irregular porque la orden de expulsión estaba pendiente de revisión todavía.

⁵⁶ En el caso español ello significa que, si bien estrictamente, esta medida sólo sería aplicable en supuestos equivalentes a la estancia irregular prevista en el art. 53.a) LO 4/2000 en relación con el art. 57 LO 4/2000, precepto que junto a esta contempla otras causas de expulsión (incumplimiento de la obligación de comunicar cambios en circunstancias personales relevantes relacionadas con su estancia en España, incumplimiento de alguna medida de seguridad pública que le hubiera sido impuesta con anterioridad por las circunstancias de su entrada o residencia e incluso la comisión de algunas de las infracciones calificadas de muy graves en el art. 54 LO 4/2000, como por ejemplo asistencia a la inmigración clandestina, contratación de trabajadores irregulares o actos discriminatorios.

retorno la realización de una actividad laboral por residentes regulares carentes de permiso de trabajo, pero si la legislación nacional considera tal actividad como una infracción sancionada con la pérdida del permiso de residencia, entonces la Directiva resultará aplicable desde el momento en que el extranjero devenga irregular en el territorio, o en los términos de la Directiva «deje de reunir las condiciones de entrada, estancia o residencia exigidas por ese Estado» (art. 3.b Directiva). En este sentido parece apuntar el art. 6.5 Directiva⁵⁷.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva, conforme al art. 1 Directiva quedan excluidos de la misma los ciudadanos comunitarios, es decir, los nacionales de un Estado miembro así como las personas titulares del derecho de libre circulación en el territorio de la Unión tal y como éstas son definidas en el art. 2.5 del Código de Fronteras Schengen, y que son básicamente los familiares extracomunitarios de ciudadanos comunitarios (Directiva 2004/38/CE) y los ciudadanos extracomunitarios que hayan entrado en virtud de Acuerdos entre la Comunidad junto a los Estados miembros y Terceros Estados, que les reconozcan derechos similares a los de los ciudadanos de la Unión.

Finalmente, aunque la Directiva admite desviaciones de esta regulación general si son más favorables al extranjero y se encuentran contenidas en un texto de carácter normativo, sea éste de origen comunitario como sería el caso de los Convenios que pueda establecer la Unión Europea con terceros Estados o de la normativa comunitaria que establezca disposiciones más favorables (por ejemplo en materia de reagrupación familiar, de residentes de larga duración, de residentes con permiso por haber sido víctimas de trata de personas, por razones de protección internacional⁵⁸, por aplicación de la normativa especial sobre estudiantes y prácticas profesionales, o sobre científicos invitados), o nacional si se deriva de acuerdos de los Estados miembros con terceros Estados, o puramente nacional siempre que dicha normativa sea compatible con la Directiva.

⁵⁷ El art. 6.4 afirma «Nada en esta directiva impide a los Estados miembros adoptar una decisión que ponga fin a la residencia legal juntamente con una decisión de retorno y/o una decisión de ejecución de la misma y/o una prohibición de entrada en un solo acto administrativo o judicial en los términos establecidos en la legislación nacional y sin perjuicio de las garantías procesales recogidas en el Capítulo III de esta Directiva y de cualesquiera otras disposiciones de Derecho comunitario o nacional».

⁵⁸ Véanse los problemas que la propuesta de Directiva planteó desde la perspectiva de protección de solicitantes de asilo o refugio en C. PHUONG, «Minimum Standards for Return Procedures and International Human Rights Law», *EJML* 9(2007) 105-125.

Aunque jurídicamente el art. 4 Directiva permite preservar aquellas disposiciones nacionales que al momento de adopción de la Directiva fueran más favorables a los extranjeros y evitar así un efecto armonizador a la baja que redujera obligatoriamente las garantías más favorables ofrecidas por determinados Estados, en la práctica la reducción de los estándares de protección de los extranjeros en el marco de medidas de retorno en aquellos países con un sistema más garantista encuentra un nuevo argumento en la propia Directiva. El problema está efectivamente en que algunos de los estándares fijados por la Directiva presentan garantías de los derechos muy limitadas, e incluso claramente discutibles a la luz de la jurisprudencia del TEDH (duración del internamiento, por ejemplo). El Convenio Europeo de Derechos Humanos y las normas constitucionales de los Estados miembros son en realidad el único freno a una reducción a la baja de tales garantías, eso y el art. 6 TCE como base de una posible impugnación de tales preceptos ante el TJCE⁵⁹.

4.4. *Detención de extranjeros: duración y condiciones*

Precisamente uno de los aspectos en los que la Directiva alcanza unos estándares más bajos de protección de los derechos es el relativo a la duración y condiciones de la detención. En este punto, las aportaciones de la Directiva quedan ensombrecidas por esta lectura a la baja de los estándares, cuya concreción deja en manos de los Estados miembros cuyas legislaciones nacionales serán de aplicación preferente si implican una mayor protección de los derechos de los extranjeros en virtud del art. 3 Directiva, una vez asegurados la regulación común y los estándares mínimos fijados por el art. 14 Directiva.

Para ayudar a contextualizar adecuadamente el contenido final de la Directiva, debe apuntarse que la base competencial comunitaria para regular el retorno de extranjeros se encuentra en el art. 63 TCE y en el Protocolo 2^a TA que autoriza el desarrollo del acervo Schengen, no obstante tal base competencial carece de la misma intensidad cuando aborda

⁵⁹ Véase el precedente de la STJCE *Parlamento v. Comisión* de 27 de junio de 2006 sobre la Directiva de Reagrupación Familiar, C-540/03, en la que el TJCE tuvo que analizar las distintas medidas restrictivas de la reagrupación familiar a la luz de la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida familiar, en un análisis que puede ser discutible en cuanto a su resultado pero que entró en el fondo de la «constitucionalidad» de tales medidas y que es el tipo de análisis que puede exigirse también respecto de la Directiva.

aspectos instrumentales del retorno como la detención, que implican la regulación de aspectos esenciales de un derecho fundamental como la libertad personal, una materia cuyo desarrollo cae bajo la competencia de los Estados salvo que exista base competencial expresa en los Tratados constitutivos para ello, como se ha apuntado anteriormente. Eso puede explicar el amplio margen atorgado a los Estados en este ámbito, pues tal y como la propia Comisión aseveraba en su Informe de Impacto a esta medida, «las prácticas nacionales varían ampliamente, e.g. en términos de las razones/fines que justifican la detención preventiva (facilitación de la identificación del extranjero residente irregular en orden a la obtención de documentos de viaje de regreso, prevención del riesgo de huida o desaparición antes de la ejecución de la medida, etc.) o incluso en lo que se refiere a la duración de dicha detención. Los límites temporales establecidos para este tipo de detención temporal se mueven entre límites establecidos por la Ley consistentes en unos pocos días y límites ampliables de varios meses hasta la ausencia de límite expreso legalmente establecido en algunos Estados miembros», todo ello como argumento para justificar⁶⁰.

La Directiva establece dos condiciones para la detención de extranjeros en el marco de los procedimientos de retorno, condiciones que tienen por objeto reforzar el carácter de «ultima ratio» de la detención preventiva de extranjeros: primero, la detención sólo puede imponerse en ausencia de otras medidas menos lesivas o que comporten un nivel de coacción menor pero que aseguren un grado de eficacia equivalente, en aplicación del principio «pro libertate» y de la exigencia de proporcionalidad con que éste se conecta; segundo, la detención debe adoptarse con el fin de preparar el procedimiento de retorno o ejecutar la decisión de retorno, especialmente si existe un riesgo de desaparición o huida, o si el extranjero trata de evitar o impedir la preparación del retorno, pero sólo y en la medida en que la misma sea necesaria para asegurar el éxito del retorno efectivo del extranjero, tal y como apunta el art. 14.4 Directiva, criterio que deberá servir para enjuiciar la legalidad del internamiento y de su prolongación durante el plazo legalmente establecido. Aunque necesidad y duración no son los únicos límites que protegen la libertad personal frente a la detención, sí son los más destacados y además han sido desarrollados por la Directiva, razón por la que los analizaremos a continuación, para seguidamente enumerar otros límites que son aplicables a la misma, y que se

⁶⁰ Impact Assessment, Annex, COM(2005) 391 final, Commission Staff Working Document SEC (2005)2057, pp. 5-6.

derivan de los respectivos ordenamientos nacionales⁶¹ y del derecho internacional⁶², en particular del CEDH.

La «duración máxima» de la detención es un límite protector de la libertad personal, y es en este punto precisamente donde el artículo 14.4 Directiva ha introducido un plazo ordinario de detención de extranjeros bastante elevado, hasta seis meses de duración, un plazo en el que por cierto, la Comisión y el Consejo coincidían y del que únicamente discrepaba el Parlamento Europeo que propuso reducirlo a un máximo de tres meses, sin éxito. A fin de limitar los potenciales efectos de un plazo estándar tan largo de detención, el art. 14.4 debe ponerse en relación con el art. 14.1 «in fine» que exige la mínima duración posible de la detención así como que su prolongación se vincule a un progreso real y diligente en el cumplimiento de los actos necesarios para la preparación y ejecución de la decisión de retorno. Con ello la Directiva vincula la prolongación de la detención a la existencia de avances reales en la tramitación o ejecución de la misma, de modo que un plazo tan amplio de detención como el del art. 14.4 no ralentice la actuación de las autoridades encargadas de la tramitación del retorno ni ampare la falta de diligencia en la misma. Esta interpretación resulta reforzada por la previsión del art. 14.3 de que cuando exista una razonable previsión de que las causas legales o fácticas del retorno o hayan desaparecido los motivos que justificaron la detención (peligro de huida u obstrucción del retorno o ausencia de medidas alter-

⁶¹ La existencia de unos plazos máximos de detención fijado por la Directiva no debe conducir a error: son los Estados los que deben fijar el plazo máximo de detención aplicable en su territorio, y aunque la Directiva no lo imponga, la detención y su regulación mínima (incluido el plazo máximo de duración de la misma) deberá recogerse en una norma de carácter general de acuerdo con la exigencia del art. 5.1.f) CEDH. Los Estados, a la vista de su propio marco constitucional y legal pueden imponer un plazo menor al que recoge la Directiva, como regulación más favorable a los derechos del extranjero admisible según el art. 3 Directiva. Este sería el caso español, donde el art. 17.1 CE en conexión con los arts. 24 y 25 CE han sido interpretados por nuestro Tribunal Constitucional en el sentido de que el internamiento de extranjeros debe someterse a control judicial y no debe prolongarse más allá de un plazo razonable, que el Tribunal fijó en 40 días no prorrogables en aplicación analógica del plazo establecido por el Convenio del Consejo de Europa sobre Extradición para este tipo de procedimientos (STC 115/1987 en el recurso de inconstitucionalidad contra el art. 26 LO 7/1985). De hecho, el Estado español no goza de un margen excesivamente amplio para modificar los plazos de duración de la detención preventiva, pues si los alarga puede vulnerar la Constitución que, según el Tribunal Constitucional, en este punto mantiene un estándar de protección más elevado. Lógicamente, la Directiva no vulnera la Constitución pues permite un plazo nacional inferior al estándar fijado en la misma.

⁶² D. WILSHER, «The administrative detention of non-nationals pursuant to immigration control: international and constitutional law perspectives» (2004) 53 *International and Comparative Law Quarterly* 897.

nativas menos lesivas), la detención pierde su fundamento y el extranjero deberá ser puesto inmediatamente en libertad. Si se liga este límite temporal con las garantías reconocidas en los arts. 14.2 y 14.3 Directiva de control judicial de la detención y de revisión periódica de la misma, de oficio o a instancia del extranjero, revisión que deberá corresponder a la autoridad judicial si la detención se alarga por un período prolongado dentro del máximo de seis meses. Ahora bien, se hace difícil valorar el encaje de este críptico precepto respecto del CEDH ya que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia ha sido sumamente casuística y la Directiva ofrece un triple criterio (mínimo tiempo necesario, duración vinculada al progreso real de tramitación, límite de seis meses ampliables excepcionalmente), de contornos sumamente indefinidos «a priori» pero concretables caso por caso. El primer criterio pone en relación la detención respecto de su finalidad, de modo que la misma pierde cobertura legal desde el momento en que deviene de imposible o muy difícil ejecución en un plazo razonable (problema ya adelantado en el caso STEDH «Samy v Netherlands»⁶³), o cuando el fin de las mismas exija una duración más breve pues se orientan simplemente a la identificación o la admisión a trámite del asilo en frontera (STEDH «Saadi v. Reino Unido»⁶⁴). El segundo criterio exige que la duración de la detención guarde una relación con la evolución del procedimiento de retorno, exigiéndose una mínima diligencia en la tramitación del mismo, exigencia incluida como contenido del art. 5.1.f) CEDH ya que en estos casos la privación de la libertad está únicamente encaminada a garantizar la expulsión (STEDH «Chahal v. Reino Unido»⁶⁵). Si se imponen los dos límites anteriores, sólo

⁶³ En la STEDH *Samy v. Países Bajos* de 18 de junio de 2002, el detenido extranjero sufrió detención entre agosto de 1996 y marzo de 1997 por desconocimiento por las autoridades del origen nacional del extranjero en situación irregular, si bien la Administración decidió evitar una más que probable condena del Tribunal llegando a un acuerdo amistoso con indemnización de la que puede deducirse la prohibición de internamiento de extranjeros cuya expulsión es imposible o altamente improbable, por constituir una privación de libertad innecesaria y gratuita.

⁶⁴ Respecto de la duración de la detención, el TEDH afirmó en la STEDH *Saadi v. Reino Unido* de 29 de enero de 2008 (Gran Sala) que ésta no debía prolongarse más allá de lo razonablemente necesario para los fines de la misma, en el caso concreto el Tribunal admitió que 7 días no podían considerarse un plazo excesivo, al tener en cuenta el carácter especializado del centro en la detención de solicitantes de asilo donde se mantuvo al recurrente, así como la enorme carga de solicitudes de asilo que en aquél momento recaía sobre el Reino Unido.

⁶⁵ STEDH *Chahal v. Reino Unido* de 15 de noviembre de 1996, aunque en este caso la extraordinariamente prolongada duración de la detención preventiva no se consideró excesiva por tratarse de un sospechoso de espionaje que puso en peligro la seguridad nacional, el Tribunal sí consideró que hubo violación del art. 5.1.f) CEDH por falta de diligencia en la tramitación del procedimiento, entre otros motivos.

aquellas detenciones especialmente justificadas podrían alcanzar el techo máximo de 6 meses, y vista la jurisprudencia del TEDH, ser conformes al Convenio, aunque desde otras instancias del Consejo de Europa tal período pueda considerarse excesivo⁶⁶.

Cuestión distinta es que a este plazo ordinario de internamiento, el art. 14.5 Directiva permita sumar otro plazo de doce meses adicionales⁶⁷, con carácter extraordinario ligado a la concurrencia de determinadas circunstancias, achacables a la falta de cooperación de las autoridades de origen o a la dificultad de documentación del extranjero, motivos éstos que más bien deberían considerarse como justificativos de una ampliación hasta 6 meses, pero no hasta 18 si se toma como criterio de referencia la ya de por sí generosa lectura del TEDH respecto de la detención a efectos de expulsión por razones de seguridad nacional del caso «Chahal».

En segundo lugar, las garantías del art. 14.2 y 14.3 no se orientan únicamente a asegurar una duración razonable de la detención, sino que aseguran también unas condiciones mínimas de «control sobre el fundamento y las condiciones de la misma», un control que en última instancia deberá ser siempre judicial. El art. 14.2 asegura el control judicial inmediato y efectivo de la detención administrativa o al menos la posibilidad de entablar un procedimiento para que una autoridad judicial resuelva sobre la legalidad de dicha detención y en su caso libere inmediatamente al extranjero, de conformidad con la lectura que de la efectividad del control judicial sobre la detención ha hecho el TEDH en casos de expulsión y sobre la necesidad de que las decisiones de la misma sean adecuadamente cumplidas (STEDH «Riad y Idiab v. Bélgica»⁶⁸). Si se tratara de un

⁶⁶ En el Informe del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Sr. Tommas Hammar, en su visita a Irlanda en 2007, consideró un plazo de detención de 8 semanas excesivo a estos efectos. En el mismo sentido apunta la directriz 6ª del «Twenty guidelines on forced return», Council of Europe, Committee of Ministers of the 46 nation Council of Europe, CM/Del/Dec(2005)925/10.5E; también véanse los criterios adoptados por la CPT en *The CPT standards*, op. cit *supra*.

⁶⁷ En este plazo adicional, los textos de la Comisión, el Parlamento y el Consejo coincidieron, si bien lógicamente hubo opiniones distintas en el seno de estas dos últimas instituciones. Por todos en el Parlamento Europeo, véase la intervención de la Sra. Martine Roure (PSE), señalando que este plazo únicamente acortaba la duración de la detención en ocho EEMM, de los cuales tres no participaban en la misma (RU, IR, DE), y en línea parecida las Sras. Jean Lambert, Hélène Flautre (ALE/Les Verts) durante el segundo debate del texto en la Comisión de Libertades del Parlamento Europeo el 17 de junio de 2008 (CRE 17/06/2008 - 4).

⁶⁸ STEDH *Riad y Idiab v. Bélgica*, de 24 de enero de 2008, sobre las sucesivas detenciones de dos palestinos procedentes de Líbano y su permanencia en diversos centros de internamiento a pesar del órdenes judiciales de libertad. En ella el Tribunal declara su seria preocupación por

procedimiento a entablar por el propio extranjero, la Administración deberá facilitarle información expresa y comprensible sobre la existencia de tal recurso tan pronto como se ordene su detención. Tal acceso no será necesario cuando sea la propia autoridad judicial la que determine el internamiento del extranjero. En uno y otro caso la detención deberá comunicarse por escrito y con motivación de los elementos de hecho y su fundamentación jurídica.

En este sentido, baste recordar que el TEDH viene exigiendo en aplicación del art. 5.1.f) del Convenio un conjunto de garantías adicionales para aceptar la detención a efectos de expulsión como no arbitraria y respetuosa del principio de buena fe (STEDH «*Čonka v. Bélgica*»⁶⁹), que la detención esté legalmente prevista y delimitada en sus extremos (STEDH «*Shamsa v. Polonia*»⁷⁰), que se informe adecuada y prontamente al extranjero de la causa de detención (STEDH «*Modh v. Grecia*»⁷¹, STEDH «*Saadi v. Reino Unido*»⁷²), etc. Y destacadamente, que la detención debe estar estrechamente conectada con la finalidad de prevención de la entrada

la infracción del principio de legalidad, al desconocer las autoridades belgas las sucesivas ordenes judiciales de libertad sobre los dos extranjeros, que además eran decisiones que ponían fin a la vía judicial, lo cual por sí solo ya constituyó una violación del art. 5 CEDH.

⁶⁹ En la fundamental STEDH *Čonka v. Bélgica* de 5 de febrero de 2002, el TEDH condenó a Bélgica por obtener la detención de los solicitantes de asilo de étnia gitana y nacionalidad eslovaca mediante un engaño consistente en comunicarles que su solicitud había sido admitida para que acudieran a comisaría y así detenerlos a efectos de expulsión. El TEDH consideró que esta práctica dirigida a agilizar el procedimiento vulneraba la regulación de la detención de extranjeros prevista en el art. 5 CEDH.

⁷⁰ STEDH *Shamsa v. Polonia* de 27 de noviembre de 2003, donde el TEDH distingue entre la detención para la expulsión y la detención ejecutiva de la expulsión, para considerar que esta última habría sobrepasado los 90 días de detención previstos en el derecho polaco, y por lo tanto las autoridades continuaban intentando ejecutar una expulsión sin ninguna base legal. La carencia de base legal del reglamento interno de funcionamiento de los controles fronterizos, la carencia de la previsibilidad exigible por el art. 5.2 CEDH sobre la duración y las condiciones de detención una vez expirado el periodo legal de 90 días para la expulsión, así como la carencia de control jurisdiccional de las detenciones administrativas prolongadas condujeron al Tribunal a reconocer la violación de l'art. 5.1.f) CEDH.

⁷¹ STEDH *Modh v. Grecia* de 27 de abril de 2006. Un ciudadano de Bangladesh con orden de expulsión por venta de copias ilegales de CDs, el Tribunal entendió que se había producido una violación del art. 5 CEDH por detención ilegal ya que en la primera detención (de 6 días) no se había abierto proceso alguno contra el demandante y tampoco se había tomado ninguna decisión interna para precisar sobre qué base había sido detenido.

⁷² En la STEDH *Saadi v. Reino Unido* de 29 de enero de 2008 (Gran Sala) el Tribunal consideró que la falta de información durante 76 horas de los motivos de su detención, y aún entonces a través de su representante de forma oral, siendo esto último aceptable, tal retraso supera el tiempo requerido por el art. 5.2 CEDH («promptly»).

ilegal de extranjeros, que debe realizarse en un lugar con condiciones adecuadas (STEDH «Saadi v. Reino Unido»⁷³), condiciones que incluyen la prestación de los servicios sanitarios y de atención psicológica necesarios (STEDH «Slimani v. Francia»⁷⁴), y que además, para la detención debe tenerse en cuenta –en la medida de lo posible– el hecho de que los detenidos son personas que no han cometido ningún delito, especialmente cuando se trate de solicitantes de asilo, que huyen de sus países de origen en temor por su vida (STEDH «Čonka v. Bélgica», STEDH «Saadi v. Reino Unido», etc.), así como la edad de los mismos, pues tratándose de niños las instalaciones comunes para rechazados o internados son completamente inadecuadas (STEDH «Mubilanzila-Makeya I Kanini-Mitunga v. Bélgica»⁷⁵), etc.

En particular, deben tenerse especialmente en cuenta las condiciones de detención en los centros de internamiento, pues serán cruciales para valorar la legalidad y conformidad de la detención al art. 5 CEDH, así como para evitar tratos inhumanos o degradantes prohibidos por el art. 3 CEDH⁷⁶. En este sentido, el TEDH ha insistido en la necesidad de que tales centros presenten unas condiciones de vida adecuadas y mínimas, distinguiendo entre detenciones de corta duración a efectos de identificación y tramitación de solicitudes de asilo o de control de entrada en frontera (STEDH «Saadi v. Reino Unido»⁷⁷) y detenciones a efectos de ejecución de la expulsión, así como si en tales casos las concretas circunstancias de la detención en tales centros revisten unas condiciones inadecuadas, sea por

⁷³ STEDH *Saadi v. Reino Unido* de 29 de enero de 2008 (Gran Sala).

⁷⁴ STEDH *Slimani v. Francia* de 27 de octubre de 2004.

⁷⁵ STEDH *Mubilanzila-Makeya I Kanini-Mitunga v. Bélgica* de 12 de octubre de 2003.

⁷⁶ De hecho, la expulsión, la detención a efectos de retorno y sus circunstancias son objeto de estudio por varios órganos del Consejo de Europa además del TEDH, como el Comité para la Prevención de la Tortura y los Tratos Inhumanos y Degradantes (CPT), que ha establecido los estándares sobre custodia policial, prisión, entrenamiento de la policía, servicios sanitarios a la prisión, detención de extranjeros en aplicación de la legislación de extranjería, tratamiento de delincuentes jóvenes e ingreso y permanencia en centros psiquiátricos, véase *The CPT standards - «Substantive» sections of the CPT's General Reports* [CPT/Inf/E (2002)1 rev. 2006]. En el establecimiento de estándares en esta materia también pueden consultarse los informes del Comité Expertos Carta Social Europea y del Comisario Europeo de Derechos Humanos.

⁷⁷ Respecto de la duración de la detención, el TEDH afirmó en la STEDH *Saadi v. Reino Unido* de 29 de enero de 2008 (Gran Sala) que ésta no debía prolongarse más allá de lo razonablemente necesario para los fines de la misma, en el caso concreto el Tribunal admitió que 7 días no podían considerarse un plazo excesivo, al tener en cuenta el carácter especializado del centro en la detención de solicitantes de asilo donde se mantuvo al recurrente, así como la enorme carga de solicitudes de asilo que en aquél momento recaía sobre el Reino Unido.

tratarse de una detención en celdas de aislamiento (STEDH «Al-Nashif v. Bulgaria»⁷⁸), o por la aplicación deliberada de condiciones de extrema dureza y humillación como parte de una práctica dirigida a quebrar la resistencia de los extranjeros y forzarles a abandonar voluntariamente el territorio (STEDH «Riad y Idiab v. Bélgica»⁷⁹).

4.5. Prohibición de entrada

Como se ha indicado, la adopción de una medida comunitaria de retorno acarrea además del traslado al país de origen, residencia o cualesquiera otro que admita al extranjero, una consecuencia adicional consistente en la prohibición de entrada o reingreso en el territorio de los Estados parte de la Directiva, por un período de tiempo máximo que como regla general se establece en 5 años. La adición de una prohibición de entrada al alejamiento no es automática, pero de imponerse transforma definitivamente en sancionadora la naturaleza de la figura del retorno.

No es automática porque no toda orden de salida obligatoria conlleva una prohibición de entrada, ni ésta se adopta forzosamente en la misma resolución. Aunque, el art. 6.5 Directiva permite unificar en una sola resolución los dos o tres actos de que consta el procedimiento de retorno (orden de salida, orden de ejecución forzosa y prohibición de entrada), la adopción de estos actos de manera separada parece más bien ser la excepción, especialmente si se ofrece la posibilidad de ejecutar voluntaria-

⁷⁸ En la STEDH *Al-Nashif v. Bulgaria*, de 20/6/2002, un apátrida de origen kuwaití que sufrió detención, incomunicación y expulsión fundamentada en sus actividades religiosas de carácter fundamentalista y contrarias al orden público, la duración de la detención fue de unos 26 días, pero al serlo en una celda de aislamiento del Centro de Internamiento Temporal de Adultos de Sofía, sin posibilidad de interponer ningún recurso ni contactar con un abogado, dada su situación de incomunicación, consecuentemente el Tribunal determinó la violación del art. 5.4 CEDH.

⁷⁹ STEDH *Riad y Idiab v. Bélgica*, de 24 de enero de 2008, donde el Tribunal detecta una actuación de mala fe por parte de las autoridades belgas, dirigida a evitar la aplicación de las órdenes judiciales y a forzar la voluntad de los recurrentes para que renunciaran a permanecer en Bélgica, para lo cual se abandonó a los dos extranjeros en el centro de tránsito en condiciones completamente inadecuadas: sin asistencia social ni humanitaria, sin camas ni habitaciones de descanso, sin otra comida o bebida más que la que el personal de limpieza caritativamente les proporcionaba, sin posibilidad de higiene personal ni de limpieza de su ropa, con controles de seguridad reiterados y detención durante horas en calabozos, así como sospecha de que existieron palizas durante sus oraciones en la mezquita del aeropuerto. Con apoyo en los informes de la CPT sobre la falta de idoneidad del concreto centro de detención, el TEDH concluyó que estos no eran actos asilados sino que formaban parte de una práctica dirigida a disuadir a los extranjeros de permanecer en Bélgica por medio de tratos degradantes y humillaciones, por lo que el Tribunal concluyó la violación del art. 3 CEDH además del art. 5.4 CEDH.

mente la orden de salida. Este es, además, uno de los ejes sobre los que se articulaba la propuesta de Directiva de la Comisión Europea: incentivar el cumplimiento voluntario por los extranjeros de la orden de salida mediante la supresión en tales casos de la prohibición de entrada. En su redacción definitiva por el art. 11 Directiva, el funcionamiento de la prohibición de entrada resulta como sigue⁸⁰: la Directiva establece dos supuestos en los que la prohibición de entrada debe imponerse obligatoriamente, cuando el Estado aplica directamente la orden de salida por medio de la ejecución forzosa, y cuando la orden de salida sigue sin ejecutarse a pesar de haber transcurrido el plazo para su ejecución voluntaria. La sintética redacción del art. 11.1 Directiva en realidad presenta algunas implicaciones más profundas en cuanto a la estructura procesal de la figura del retorno, pues al determinar la resolución y el momento de imposición de la prohibición de entrada regula indirectamente su encaje respecto a los dos actos que la preceden (orden de salida y ejecución voluntaria o forzosa), y la configuración de estos. Efectivamente, el resultante es el siguiente:

a) si la orden de salida contempla directamente la «ejecución forzosa» del retorno en los términos del art. 7.1 Directiva, la resolución que contiene dicha orden deberá también incluir la orden de ejecución forzosa y la prohibición de entrada (1 resolución con 3 actos directamente aplicables);

b) si la orden de salida permite la «ejecución voluntaria» –que es la regla general–, entonces la misma resolución debe prever la eventual ejecución obligatoria así como la imposición de la prohibición de entrada si el extranjero incumple su obligación de salida (1 resolución con 1 acto directamente aplicable más 2 actos de aplicación eventual por las autoridades en base al primer acto);

Esta redacción pretende anudar siempre la prohibición de entrada a la orden de salida (o retorno), pues la ejecución forzosa en algunos países requiere una resolución separada de carácter administrativo o judicial, mientras en otros constituye un mero acto ejecutivo que encuentra su cobertura en la ley y su concreción en la orden de salida previa (art. 8.3 Directiva) e impedir así que la prohibición de entrada opere como acto autónomo desconectado de los anteriores actos. De esta manera, la figura del retorno permite englobar las distintas formas que las medidas de ale-

⁸⁰ En el texto original de la Comisión, la prohibición de entrada se tenía que imponer en toda orden de salida y sólo posteriormente y a iniciativa del extranjero podía retirarse si esta era la primera vez que se imponía dicha orden de salida y además el extranjero demostraba haber cumplido voluntariamente la misma, presentándose en una oficina consular de un Estado miembro en el país de destino [art. 9 propuesta de Directiva, COM (2005) 391 final].

jamiento revisten en los Estados miembros, y al mismo tiempo garantiza que los extranjeros afectados conozcan desde la primera resolución que entre las consecuencias del retorno se incluye la posibilidad de sufrir una prohibición de entrada.

No obstante, la comprensión del precepto se complica a la vista del art. 11.1 «in fine» Directiva que establece que «en el resto de casos las decisiones de retorno [órdenes de salida] se podrán acompañar de una prohibición de entrada», pues la Directiva deja a los Estados la decisión última sobre la imposición de una prohibición de entrada tras la orden de salida en un conjunto de supuestos que la propia Directiva no especifica. El problema es que la redacción del art. 11.1 sobre supuestos de prohibición de entrada obligatoria es excesivamente amplia y se hace difícil pensar en cuáles serán «el resto de casos» en que la decisión de retorno no incluya fórmula alguna de ejecución. Se podría suponer que tal previsión afecta a aquellos casos en los que voluntariamente los Estados amplíen la aplicación de la Directiva a medidas de alejamiento adoptadas en frontera o por delitos conforme al art. 2.2. Directiva, y que pueden (o no) implicar una prohibición de entrada. Otra posibilidad sería pensar que esta previsión se dirige a aquellas decisiones de retorno que se adoptan como resultado de la pérdida o caducidad de un permiso de residencia tal y como admite el art. 6.5 Directiva, pues en tales casos, la resolución principal es aquella relacionada con el permiso de residencia, y la previsión sobre el retorno deviene accesoria a la misma. En ambos casos, no obstante, tampoco acaba de encajar esta previsión con la redacción previa del precepto. Lo más probable es que en la fase de redacción de las enmiendas al texto realizadas durante las negociaciones informales en el «triálogo», se produjera algún error al refundir las propuestas del Consejo con las del Parlamento sobre el art. 11 (Docs. 13195/07 y 13658/07 Consilium)⁸¹. En cualquier caso, sean actos unificados en una sola resolución o adoptados en resoluciones separadas en el tiempo, de conformidad con el art. 6.5 «in fine» Directiva, serán siempre de aplicación a tal resolución única, las garantías establecidas en los arts. 12 a 14 Directiva.

⁸¹ En su redacción inicial por la Comisión el art. 9 (actualmente art. 11) tenía otra lógica pues distinguía entre las órdenes de salida donde la adición de la prohibición quedaba en manos del Estado y la órdenes de ejecución forzosa, en las que la prohibición resultaba obligada; a su paso por el Parlamento se estableció que cuando incluyeran tal prohibición las órdenes de salida debían decidirse de manera individualizada. La redacción alternativa del art. 9 propuesta por el Consejo establecía una lista de motivo por los que la inclusión de la prohibición de entrada en la orden de salida se consideraba obligatoria, por lo que en el resto de casos resultaba potestativa u opcional para los Estados (Doc 10903/07 Consilium); en documentos posteriores del Consejo se pasará ya a la fórmula final (Docs. 13195/07 y 13658/07 Consilium).

La imposición de una prohibición de entrada convierte definitivamente el retorno de extranjeros en una medida sancionadora, cuando de evitarse tal previsión cabía considerar las medidas de alejamiento como actos administrativos restitutivos de una legalidad conculcada, fuera por la entrada ilegal o por la permanencia más allá del período autorizado por un permiso de residencia o autorización de estancia. Ello es así porque la prohibición de entrada constituye un «plus» de castigo en manos del Estado que se añade a las acciones dirigidas a volver a la situación previa a la infracción, acción que comprendería fundamentalmente el alejamiento del extranjero.

Por otro lado, la duración máxima se establece como regla general en 5 años⁸², si bien la concreta duración de las mismas deberá determinarse atendiendo a las circunstancias de cada caso, y como mínimo a las previstas en el art. 5 Directiva: el interés superior del menor, la vida familiar y la salud del extranjero; aunque cabrá tomar en cuenta otras circunstancias que la Directiva no detalla como la edad⁸³, etc. El plazo máximo de cinco años parece ajustarse a la proporcionalidad exigida por el Tribunal Europeo no sólo a la expulsión sino también a la prohibición anexa a la misma, es más en ocasiones el Tribunal ha parecido más inclinado a considerar la expulsión desproporcionada a causa de la imposición de una prohibición de entrada de larga duración (STEDH «Maslov v. Austria»⁸⁴), especialmente cuando se ha tratado de inmigrantes de segunda generación (STEDH «Benhebba v. Francia»⁸⁵). Estas sentencias, dictadas respecto de prohibiciones de entrada de 10 años de duración, orientan hacia una lectura bastante restrictiva de la previsión que la Directiva contiene en su art. 11.2 sobre la posibilidad de aumentar el plazo de cinco años cuando concurren razones de orden público, seguridad nacional o «políticas públicas», que así lo aconsejen. Este último supuesto, en concreto, no se corresponde con ninguna de los intereses públicos recogidos como límites al derecho a la vida familiar del art. 8.2 CEDH, de modo que su aplicación a extranjeros retornados que presenten vínculos familiares con el país

⁸² Varios Gobiernos pidieron que los extranjeros expulsados de un país comunitario no puedan volver a dicho país durante un periodo más largo de los cinco años que establece la propuesta de directiva EL PAIS, 9 de mayo de 2008.

⁸³ STEDH *Maslov v. Austria* de 22 de marzo de 2007.

⁸⁴ STEDH *Maslov v. Austria* de 22 de marzo de 2007.

⁸⁵ STEDH *Benhebba v. Francia*, de 10 de julio de 2003; en este caso los votos de la minoría disidente son especialmente relevantes pues consideran la expulsión de inmigrantes de segunda generación como desproporcionada, pues se basa en una apreciación puramente formal de la nacionalidad.

constituye una causa excesivamente amplia que puede no justificar el retorno, no digamos una prohibición de entrada de larga duración. En todo caso, parece claro que quedan excluidas de la Directiva las prohibiciones de entrada de duración ilimitada (STEDH «Yilmaz v. Alemania»⁸⁶).

En otro plano, aunque la Directiva establece una regla general de retorno con prohibición de entrada, la misma contempla algunas excepciones en el mismo art. 11 Directiva. En principio, existen tres excepciones generales a la aplicación de la prohibición de entrada: primero, cuando en virtud del art. 11.2 Directiva el extranjero acredite el cumplimiento voluntario de la orden de salida; segundo, cuando el extranjero/a conforme al art. 11.3 Directiva goce de la consideración de víctima de trata o tráfico de seres humanos mientras se goce del permiso temporal de residencia regulado en la Directiva del Consejo 2004/81/CE (o durante el período de reflexión previa al permiso contemplado en la propia Directiva); tercero, cuando conforme al art. 11.4 Directiva goce del derecho la protección internacional previsto en el art. 2 Directiva 2004/83/CE. En tales casos, la Directiva ofrece base legal para, o bien no imponer la prohibición de entrada si es el mismo Estado el que ordenó la salida obligatoria, o bien, para introducir una excepción local en el SIS a los efectos del acto transnacional que es la prohibición de entrada («flag out») si el procedimiento de retorno fue tramitado en otro Estado y la prohibición introducida por éste con anterioridad en el SIS. En este segundo caso, el art. 11.4 Directiva impone la obligación de consultar previamente al Estado que la introdujo y valorar los intereses de dicho Estado, antes de proceder a expedir un permiso de residencia o cualesquiera otra autorización de estancia al extranjero.

Más allá, la Directiva contempla otra excepción cuando en el art. 11.2 «in fine» admite que los Estados también pueden suspender la vigencia de la prohibición de entrada, tanto en casos individuales y concretos, como para determinadas categorías de casos. Sin embargo, tal habilitación viene precedida de la exclusión de que tal suspensión se pueda justificar en casos individuales en razones humanitarias, con una redacción que además excluye la posibilidad no sólo de suspender o retirar, sino también de dictar tal prohibición en este tipo de situaciones. Efectivamente, se puede entender –no sin por ello dejar de discrepar– la idea de que la Directiva debe tender a evitar la multiplicación de derogaciones a la regla general de prohibición de entrada, o a los efectos transnacionales de las resolu-

⁸⁶ STEDH *Yilmaz v. Alemania*, de 17 de abril de 2003.

ciones de otros Estados, y que los «motivos humanitarios» sean habitualmente un recurso que ampara el ejercicio de una discrecionalidad estatal tan variada que sea necesario restringir. Ahora bien, si tal es el objetivo la redacción del precepto complica su comprensión. Una atenta lectura de la misma, arroja algunas dudas: primera, si la prohibición del recurso a los «motivos humanitarios» lo es respecto de «casos individualizados», podría entenderse que no queda descartada su aplicación si la definición de «motivos humanitarios» se encuentra contenida en una previsión legal o reglamentaria; segunda, no queda claro por qué tal prohibición se extiende a las órdenes de prohibición de entrada, ni tampoco qué casos serían estos de prohibición de entrada por «motivos humanitarios»; finalmente, la apertura de la frase siguiente, que admite cualesquiera otras derogaciones de la regla general, en casos concretos o para categorías generales de supuestos que no sean «motivos humanitarios» parece de nuevo abrir la posibilidad múltiples derogaciones de dicha regla.

Finalmente, la conversión de una medida en sancionadora requiere rodear a ésta de un conjunto de garantías, un mínimo de las cuales se encuentran recogidas en el CEDH, en gran medida reflejadas en los arts. 12-14 Directiva, si bien éstas son aplicables en virtud del art. 5.6 Directiva también respecto de los otros dos actos que generalmente la preceden: la orden de salida obligatoria y la de ejecución forzosa. Ahora bien, entre las garantías reconocidas específicamente frente a las prohibiciones de entrada el TEDH ha destacado que dentro del derecho a un «proceso sin dilaciones indebidas» protegido por el Protocolo 7º CEDH se encuentra el derecho a obtener en un plazo razonable el levantamiento de la prohibición de entrada si concurren razones para ello (STEDH «Maaouia v. Francia»⁸⁷).

4.6. *El retorno de menores*

El art. 17 Directiva establece el régimen de detención de los menores y sus familias, dedicando los apartados 4 y 5 a las circunstancias particulares de los menores no acompañados, que constituye un fenómeno relativamente importante en España. Estos apartados de la Directiva son re-

⁸⁷ STEDH *Maaouia v. Francia*, de 5 de octubre de 2000, sobre la pretendida vulneración que derivaría en un retraso de cuatro años para decidir el levantamiento de una prohibición de entrada en el territorio francés, el Tribunal ha apuntado que tal violación derivaría su origen del Protocolo nº 7 y no del artículo 6 CEDH sobre el derecho a un juicio justo, cuya protección no alcanza a los procedimientos de expulsión de extranjeros.

lativamente importantes en la medida en que recogen aspectos de la protección del menor que van más allá del régimen de detención. No obstante, es importante señalar que al incluirlos en esta Directiva se somete al régimen de la misma a estos menores, de lo que se deduce que los mismos puedan ser expulsados, en lo que constituye una primera desviación del régimen aplicable en España que impone una medida de alejamiento especial, la repatriación del art. 35 LO 4/2000, que por razón de su especialidad excluye la aplicación de otras medidas de alejamiento como la devolución o la expulsión que conllevan una prohibición de entrada⁸⁸. El problema, por tanto, es compatibilizar el régimen español de protección de menores no acompañados, con la Directiva de Retorno, pues el régimen español es mucho más favorable para éstos pero al encontrar su fundamento en la legislación nacional no puede ampararse en la excepción prevista en el art. 4 Directiva sobre disposiciones más favorables para los extranjeros, que como hemos apuntado solo admite aquellas contenidas en Tratados internacionales o en el propio Derecho Comunitario. En este punto, el único referente que podemos encontrar en el acervo comunitario previo y que puede contener algunas disposiciones más favorables, es la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 sobre Menores no acompañados nacionales de países terceros⁸⁹, aunque sus orientaciones o directrices son un tanto vagas o ambiguas.

En este sentido, al admitir la aplicación en bloque del régimen de «retorno» a los menores no acompañados, la Directiva permite una intervención de carácter eminentemente sancionador, es más, el art. 11 Directiva no incluye directamente a los menores no acompañados entre las excepciones a la imposición de una prohibición de entrada (salvo que sean considerados víctimas de trata en los términos de la Directiva 2004/81/CE), dejando a los Estados la posibilidad de imponer tal prohibición o no, si bien la regla general es que la orden de salida se acompañe de una prohibición de entrada. Éste podría bien ser un primer asidero para mantener la regulación actual, pues el Estado español puede optar, en el plazo de los nueve meses previstos en el art. 35 LO 4/2000 por imponer una orden de salida obligatoria sin prohibición de entrada, e incluso forzando

⁸⁸ Véanse a este respecto, la Circular 2/2006 sobre diversos aspectos relativos al régimen de los menores extranjeros, la Instrucción 6/2004, de la Fiscalía General del Estado, sobre tratamiento jurídico de los menores inmigrantes no acompañados o el Protocolo de menores extranjeros no acompañados 2005, Observatorio de la Infancia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales disponibles, en www.mepsyd.es/observatoriodeinfancia/documentos/Protocolo_MENA_2005.pdf.

⁸⁹ DOCE C 221/23, 19/07/1997.

la interpretación, se podría argumentar que el acompañamiento del menor a su país por la policía no es un supuesto de ejecución forzosa, en la medida en que el menor se encuentra bajo la tutela de una autoridad administrativa –el órgano autonómico encargado de la protección del menor– por lo que el cumplimiento de la orden de salida obligatoria siempre será en plazo y con los requisitos del art. 7 Directiva sobre salida obligatoria, con las excepciones necesarias que tal precepto admite en sus apartado 2º.

El problema será más difícil de resolver si ya existe una prohibición de entrada impuesta por otro Estado, en tal caso el Estado responsable del menor en ese momento deberá abstenerse de retirar o suspender la prohibición de entrada por razones humanitarias de conformidad con el art. 11.3 Directiva, aunque a renglón seguido se admite tal posibilidad si ésta se basa en otros motivos, sea una decisión adoptada en un caso individual u para determinadas categorías de personas. En este sentido, la categoría de personas vulnerables, entre las que se incluye en virtud del art. 3 Directiva a los menores no acompañados, ofrecería una salida en este sentido si así expresamente se establece por la normativa nacional. Por otro lado, la expedición de un permiso de residencia a los menores que no puedan ser repatriados es admitida en el art. 11.4 Directiva, con la única condición de consultar y tomar en consideración los intereses de otros Estados miembros que hayan podido introducir una prohibición de entrada sobre el menor.

En uno y otro caso, los menores pueden acogerse a la posibilidad de solicitar el aplazamiento de la medida de retorno en base al art. 9.2 y 14.1.d) Directiva por su edad y condición de personas vulnerables, aunque ello comportaría que, al alcanzar la mayoría de edad, pudieran ser objeto de la medida de retorno aplazada, posibilidad que en todo caso está implícita en la disposición del art. 9.2.5 RD 2393/2004⁹⁰.

La detención de los menores, tal y como establece el art. 17.1 Directiva, sólo podrá adoptarse como último recurso y por el período más breve posible. En este sentido hay que distinguir la detención en frontera, de la detención a efectos de repatriación, y éstas del régimen de protección del menor en centros específicos de atención, que en nuestro sistema de protección de menores, regido por la LO 1/1996 de Protección Jurídica del

⁹⁰ A su vez, este precepto reglamentario puede plantear algunos problemas de encaje con el art. 35 LO 4/2000, ya que permite repatriar más allá del plazo legal de nueve meses que se ofrece a la autoridad gubernativa para optar entre la repatriación y la concesión de la residencia.

Menor, no son de régimen cerrado, medida última, por el período más breve posible. Se ha argumentado por algunas ONGs que la previsión de la detención de menores es contraria al art. 37 Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (CDN) que establece la regla general de no detención, especialmente si se basa únicamente en su condición de menor no acompañado o por su estatuto de extranjería (o la falta del mismo), es decir, irregular. Siendo cierto que la mera condición de menor no acompañado no puede ser la única razón para la detención del menor, el art. 17.1 Directiva debe leerse en conexión con el art. 15.1 Directiva que contempla tal posibilidad únicamente como medida si existe un riesgo de huida o de entorpecimiento de los preparativos del retorno, y únicamente si no caben otras medidas alternativas menos lesivas de la libertad personal, precepto que es a su vez de interpretación restrictiva, supuestos en que sí sería admisible la detención del menor. En cambio, la clave se encuentra en la duración y condiciones de dicha detención, pues es evidente que deberá realizarse en espacios distintos o separados de los espacios generales de los centros de internamiento del art. 16.1 Directiva, y durante el período más breve posible. De modo que, si se trata de breves estancias en frontera (o en sus alrededores) podría admitirse la detención de los menores en salas o centros habilitados para estancias de corta duración si la legislación del país contempla tal posibilidad tal y como admitía también el art. 2.3 de la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997⁹¹; ahora bien, si la espera del retorno se pudiera alargar más de lo razonable, los apartados 1º y 4º del art. 17 Directiva estipulan que los lugares adecuados para acomodar al menor deberían ser instituciones específicas, distintas de los centros de internamiento del art. 16.1 Directiva, en los que existieran medios y personal adecuados para la asistencia a menores de la edad que tenga el menor. Queda por ello excluido, el internamiento de menores en centros penitenciarios tal y como excepcionalmente contempla el art. 16.1 Directiva, aunque no resulta tan claro si esta exclusión también incluiría los centros de justicia juvenil previstos para menores infractores, que sí podrían considerarse incluidos en el art. 17.4 Directiva, aun cuando en España la normativa nacional no contempla tal posibilidad. En todo caso, debe señalarse que el mandato del art. 17.4 Directiva no es estrictamente obligatorio («en tanto sea posible») admitiendo excepciones al mismo en función de los medios disponibles.

⁹¹ En España si se trata de menores no acompañados a los que se debe aplicar el art. 35 LO 4/2000, la interpretación actual del Ministerio Fiscal es que deben ponerse a disposición de los servicios de protección, aunque hayan sido localizados en frontera o intentando entrar en España. Cfr.. Circular de Fiscalía, op. cit. *supra*.

En cuanto al tratamiento de los menores, se deduce del art. 17.4 Directiva que éstos serán asistidos por personal especializado en centros específicos –que ya no serían centros de detención en el sentido de los arts. 15 y 16 Directiva–, que en nuestro caso dependen de los servicios sociales autonómicos pero que en otros países podrían depender de los propios servicios de inmigración, justicia, etc. En este punto, debe señalarse que la Directiva parece reducir las modalidades de estancia del menor a la protección en instituciones estatales, cuando cabrían otras fórmulas como el acogimiento temporal, la guardia por personas de su misma nacionalidad, etc., tal y como recogía también limitadamente el art. 4.4 de la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997, si bien tal limitación podría evitarse si consideramos que estas serían fórmulas alternativas a la detención de la persona de conformidad con el art. 15.1 Directiva; esta interpretación puede plantear algunos problemas prácticos a la vista del art. 17.4 Directiva, en la medida en que la decisión sobre la detención es una decisión bastante inicial que suele corresponder a las autoridades gubernativas o de inmigración, mientras que la opción por una concreta medida de protección u otra parece más bien una medida que debería corresponder a las autoridades de protección del menor (servicios sociales, infancia, justicia, etc.) en un momento ulterior y susceptible de modificaciones en el tiempo respecto a la concreta fórmula adoptada. En este punto las normas de transposición deberían aclarar la relación entre ambos preceptos y el momento y autoridad más adecuadas para tomar estas decisiones, si se pretende respetar el principio de proporcionalidad en la detención y de especialización de los servicios sociales en la protección del menor. Junto a la estancia en estos centros de protección, los menores deberán acceder a las medidas sociales y de salud básicas de acuerdo con la Ley, conforme al art. 3 de la Decisión del Consejo. La normativa española actualmente ofrece atención social de urgencia tan pronto se detecte al menor así como posteriormente acceso a todos los servicios sociales, tanto básicos como especializados, e incluso a la educación y formación ocupacional que se consideren necesarias (art. 35 LO 4/2000).

En todo caso, la Directiva establece que los menores alojados en estos centros deberán poder disponer de tiempo libre y de actividades orientadas durante su estancia, que dependiendo de su duración («si fuera prolongada», Decisión del Consejo) debería incluir el acceso a la educación («servicios educativos generales en pie de igualdad con los nacionales del Estado miembro o, alternativamente, servicios educativos especialmente adaptados a las necesidades del menor», Decisión del Consejo). De hecho, durante este período la escolarización de los menores deviene un

derecho en virtud del art. 14.1 Directiva, al menos a la educación básica⁹². Igualmente, la escolarización del menor debe ser uno de los criterios a ponderar a efectos de determinar el momento más adecuado para su salida en el marco de un procedimiento de retorno, tal y como se deduce del art. 7 Directiva.

Por último, la ejecución del retorno en el caso de los menores se regirá por el interés superior del menor estatuido en el art. 17.5 Directiva, y se llevará a cabo conforme a las disposiciones del art. 10 Directiva. Este precepto exige como condición previa al retorno del menor, que éste sea asistido por servicios distintos a aquellos encargados de la ejecución del retorno, es decir, que los servicios sociales o de protección a la infancia deberán atenderlo antes de ponerlo en manos de las autoridades gubernativas, policiales o de inmigración encargadas del retorno del menor. La finalidad de esta exigencia se intuye más que se aclara, pues el precepto vincula dicha asistencia por los servicios sociales a la adecuada valoración del interés superior del menor, sin embargo, el alcance del precepto no resulta claro, pues tal valoración no parece ser vinculante ni parece que pudiera implicar una solución distinta a la adoptada por las autoridades responsables del retorno del menor. En el art. 35 LO 4/2000 se prevé un informe preceptivo pero no vinculante de los servicios autonómicos de protección sobre el menor y la idoneidad del retorno, pero del art. 11 LO 4/2000 no se puede deducir más que la posibilidad por servicios sociales de examinar y asistir al menor en estas circunstancias, y en su caso efectuar una recomendación a las autoridades responsables del retorno. Más clara parece la exigencia del art. 11.2 Directiva de que el menor sólo pueda ser retornado para su puesta a disposición de un miembro de su familia, o alternativamente un tutor nombrado a tal efecto o en manos de servicios de recepción adecuados en el Estado al que se lleve a cabo el retorno. En este punto, la norma resulta excesivamente amplia, pues no se especifica el grado de vínculo familiar y sus límites (padres, hermanos, tíos, abuelos, ¿otros miembros de la familia?), ni mucho menos se define el grado de formalidad que la tutela deba revestir, probablemente a la vista de las diferentes normas aplicables en cada país, no obstante aún plantea mayores dudas la alternativa final de entregarlo a unos «servicios de recepción adecuados» en el país de retorno. A este respecto, para empezar debe recordarse que el retorno forzoso de menores a países distintos de los de origen iría en contra del interés superior del menor recogido en el

⁹² En España los menores tienen acceso a todos los tramos educativos, art. 9 LO 4/2000 y STC 236/2007 y ss.

art. 3 CDN⁹³, Convenio que además de vincular a los Estados miembros que son parte del mismo, es de aplicación a la Directiva tal y como subrayada el Considerando 18 del Preámbulo de la propia Directiva; del mismo modo, tampoco cabe expulsar a menores a países en los que existan riesgos para su integridad⁹⁴ (graves conflictos armados, etc.). Más allá, la expresión resultante del «triálogo» (pues el Parlamento restringió la posibilidad de detención y retorno de menores no acompañados) es excesivamente amplia, pues no indica exclusivamente a los servicios sociales o de protección de menores sino que incluye cualesquiera servicios de acogida existentes en el país de destino. Finalmente, en la ejecución del retorno y aunque la norma no lo especifique, deberá descartarse el uso de medios coercitivos desproporcionados por parte de las autoridades, y en este caso el juicio de proporcionalidad que impera en esta materia conforme al art. 8.4 Directiva, no puede ser aplicado de la misma manera que si se tratara de adultos.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo viene exigiendo a los Estados que la detención de menores se realice en espacios o centros específicos supervisados por profesional especializado, y no en las salas o centros de rechazados comunes, además de la necesidad de ofrecer asistencia legal y acceso a los Tribunales para presentar un recurso no sólo contra la legalidad de la detención sino también respecto a su conveniencia en el caso concreto. Esta exigencia encuentra su fundamento en el art. 5.1.f) CEDH, pero en el caso de menores de muy corta edad su incumplimiento puede generar un efecto sobre estos menores equivalente al de tratos inhumanos y por tanto a una violación del art. 3 CEDH (STEDH «Mubilanzila-Makeya I Kanini-Mitunga v. Bélgica»⁹⁵). El mismo razonamiento aplicó el Tribunal respecto del traslado en avión de menores de corta edad sin compañía de adultos hasta su país de origen, y especialmente si en el país de destino no existen familiares directos que se hicieran cargo de la menor (STEDH «Mubilanzila») aunque finalmente pueda no haberse producido una lesión en la integridad de la menor por la casual intervención

⁹³ Comentario 6^a (2005) UNComité Derechos del Niño, *Tratamiento fuera de sus países de origen de menores no acompañados o separados de sus familiares*.

⁹⁴ STEDH Japukovic v. Austria, de 6/2/2003, donde el Tribunal considera que la expulsión penal de un menor de 16 años por razones seguridad pública requiere muy serias razones que la justifiquen si el destino es un país que ha sufrido un conflicto armado reciente (Bosnia-Herzegovina) con todos los efectos adversos para las condiciones de vida del menor que pueden imaginarse, y especialmente si no existen evidencias de la supervivencia del padre tras el conflicto.

⁹⁵ STEDH *Mubilanzila-Makeya I Kanini-Mitunga v. Bélgica* de 12 de octubre de 2003.

del Embajador acogiendo personalmente a la misma en su casa (STEDH «Nsona v. Países Bajos»⁹⁶).

4.7. Las garantías procesales del retorno

Junto a las garantías mínimas de carácter material enunciadas en los arts. 5 y 14.1 Directiva para evitar la vulneración de derechos de los extranjeros por la aplicación de una medida de retorno –de las que aquí no nos ocuparemos⁹⁷–, los artículos 12, 13 y 14 del Capítulo III de la Directiva recogen las garantías procesales que rodean la adopción de las distintas resoluciones que componen este procedimiento. Evidentemente,

⁹⁶ STEDH *Nsona v. Países Bajos* de 28 de noviembre de 1996.

⁹⁷ El art. 5 Directiva contempla como tales la protección del superior interés del menor, la vida familiar y la salud de los extranjeros, así como el principio de *non refoulement*. Aunque no son los únicos derechos del extranjero, sí son aquellos en los que la jurisprudencia del TEDH ha profundizado más en su configuración como límites a la expulsión. Es especialmente importante señalar que el derecho a la vida familiar del art. 8 CEDH presenta una dimensión variable en función de los distintos intereses públicos con los que deba ponderarse, tal y como el propio Tribunal ha sintetizado en la STEDH *Boultif v. Suiza* de 2 de agosto de 2001, verdadero referente en la materia, igualmente pueden tomarse como referencia en la cuestión las posteriores STEDH *Yildiz v. Austria* de 31 de octubre de 2002, STEDH *Amrollahi v. Dinamarca* de 11 de julio de 2002, STEDH *Al-Nashif v. Bulgaria* de 20 de junio de 2002, STEDH *Japukovic v. Austria* de 6 de febrero de 2003, STEDH *Benhebba v. Francia* de 10 de julio de 2003, STEDH *Mohammed Yuusuf v. Países Bajos* de 21 de abril de 2005, STEDH *Müslim v. Turquía* de 26 de abril de 2005, STEDH *Keles v. Alemania* de 27 de enero de 2006, STEDH *Sezen v. Holanda* de 31 de enero de 2006 o STEDH *Maslov v. Austria* de 22 de marzo de 2007, etc.. Lo mismo sirve respecto de las decisiones dictadas para la protección de los extranjeros en virtud del art. 3 CEDH, que incluye una comprensión más amplia que la del estricto *non-refoulement* (desde la canónica STEDH *Soering v. Reino Unido* de 7 de julio de 1989, la STEDH *Cruz Varas y otros v. Suecia* de 20 de marzo de 1991, pasando por STEDH *Chahal v. Reino Unido* de 15 de noviembre de 1996 hasta las más recientes, STEDH *Bader et al. v. Suecia* de 8 de noviembre de 2005, STEDH *N. v. Finlandia* de 26 de julio de 2005, STEDH *Sultani v. Francia* de 20 de septiembre de 2007 Sección 3ª) así como los casos de protección a la salud en circunstancias excepcionales (STEDH *Aoulim v. Francia* de 17 de enero de 2006, STEDH *Achour v. Francia* de 17 de enero de 2006 o STEDH *Bader et al. v. Suecia* de 8 de febrero de 2006 o STEDH *Olaechea Cahuas v. España* de 10 de julio de 2006, STEDH *Garabayev v. Rusia* de 12 de junio de 2007 o la más reciente STEDH *N. V. Reino Unido* de 27 de mayo de 2008, donde revisa su jurisprudencia anterior sobre las excepciones por razón de salud a la expulsión). Las siguientes referencias bibliográficas pueden ayudar a contextualizar y completar el listado de sentencias anterior H. LAMBERT, *The Position of Aliens in relation to the European Convention on Human Rights* (Strasbourg: Council of Europe, 3rd edn. 2006); A. G. CHUECA SANCHO, *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Ed. Egido, Zaragoza 1998, D. BOZA MARTÍNEZ, «El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 11 2006, pp. 25-39.

la existencia de un procedimiento legalmente establecido de expulsión con garantías mínimas es un requisito imprescindible del Estado de Derecho en aras de evitar la arbitrariedad, como ha puesto de manifiesto reiteradamente el TEDH⁹⁸. Estos preceptos aseguran la correcta información al extranjero sobre el procedimiento de retorno y sus consecuencias (art. 12), el régimen de recursos y de asistencia jurídica para facilitar la defensa del extranjero frente al retorno (art. 13) y los derechos que asisten a los extranjeros entre el inicio del procedimiento y su ejecución final, en especial el derecho a la documentación de su particular situación (art. 14.2).

Respecto de las garantías del derecho a recibir una información suficiente y adecuada sobre el procedimiento de retorno, el art. 12.1 Directiva consagra el derecho a una resolución escrita con indicación de los elementos fácticos y jurídicos sobre las razones que motivan el retorno así como de los recursos contra el mismo, si bien la enumeración de esos elementos fácticos puede restringirse si existen razones de seguridad nacional, defensa o investigación de delitos que así lo justifiquen. Destaca de este precepto, cuya finalidad no es otra que la de exigir la motivación del retorno, que tal exigencia se extiende a los tres actos posibles que conforman el procedimiento de retorno: orden de salida obligatoria, de ejecución forzosa y de prohibición de entrada, pues cada una de ellas requiere una motivación específica, por muy escueta que sea, así la ejecución forzosa se justifica en el incumplimiento de la orden de salida durante el período de cumplimiento voluntario o la existencia de razones que obliguen a adelantarla en el tiempo⁹⁹, y deberá contener algunas orientaciones sobre cómo conducir la ejecución (país de destino, acompañamiento policial, etc.), mientras que de la prohibición de entrada deberá motivarse fundamentalmente su duración. A estas garantías se añade el derecho a obtener una copia escrita o transcripción oral de tal/es acto/s en una lengua que el extranjero entienda o sea razonable que pueda entender, si bien, esta traducción se ofrecerá sólo a solicitud del extranjero. Este derecho a una traducción contenido en el art. 12.2 Directiva admite una

⁹⁸ La exigencia misma de un procedimiento legalmente establecido con unas mínimas garantías es un requerimiento esencial impuesto por el art. 1 Protocolo 7º CEDH que no puede desconocerse mediante decisiones «de facto» (STEDH *Bolat v Rusia* de 5 de octubre de 2006), además, tal procedimiento ha de estar claramente establecido en sus trámites y naturaleza, siendo inadmisibles la existencia de dos procedimientos distintos, uno judicial y otro puramente administrativo sin posibilidad de contradicción o recursos, respecto de un mismo comportamiento (STEDH *Liu and Liu v. Rusia* de 6 de diciembre de 2007).

⁹⁹ República Checa, Francia y Hungría pidieron un plazo menor al previsto, de 7 a 30 días, para los casos de salida voluntaria de los inmigrantes sin papeles. EL PAIS, 9 de mayo de 2008.

excepción que en la práctica va a limitar la eficacia de tal derecho, pues en los casos en que la medida de retorno se aplique a personas que entraron ilegalmente en el territorio de los Estados miembros será suficiente la entrega de un documento formulario con las indicaciones básicas anteriores así como un folleto explicativo sobre el procedimiento y consecuencias del retorno; ese folleto explicativo estará redactado en alguno de los cinco lenguajes más frecuentes utilizados por los inmigrantes irregulares. Esta restricción quizá tendría sentido respecto de las personas rechazadas en frontera o localizadas en las inmediaciones de la misma intentando entrar, pero su ampliación a las personas que «han entrado ilegalmente» y que por tanto «no han obtenido con posterioridad una autorización o permiso de estancia» reduce el derecho a una adecuada información sobre el retorno y por tanto a su defensa. Las razones son fundamentalmente presupuestarias, por los costes que supondría la traducción íntegra de todas las resoluciones de retorno a las lenguas de origen de los inmigrantes, de esta manera la transcripción completa se asegura para aquellos que hubieran sido admitidos o autorizados a entrar y/o residir en el territorio, y al resto, una información más sucinta y formularia, mediante documentos y folletos pre-redactados en sólo cinco lenguas. El TEDH no se ha limitado a aplicar la necesidad de traducción únicamente respecto de la documentación del proceso, exigiendo la asistencia de traductor en el procedimiento cuando éste fuera necesario, la asistencia del cual debía incluir también las comunicaciones abogado-cliente si se quería hacer realmente efectivo el derecho de defensa (STEDH «Čonka v. Bélgica»¹⁰⁰ de 5 de febrero de 2002).

¹⁰⁰ En la STEDH *Čonka v. Bélgica* de 5 de febrero de 2002 sólo se ofreció un único traductor de la lengua eslovaca para todo un grupo de familias sujetas a retorno, traductor que sólo estuvo en comisaría y durante los primeros momentos del traslado al centro de internamiento, pero en ningún momento posterior, vulneraría el derecho a un intérprete durante la detención. El abogado de los detenidos pudo asistirlos únicamente en el Centro de Detención, cuando el traductor ya se había marchado. Más todavía, el abogado, avisado a última hora del viernes no pudo interponer un recurso jurisdiccional realmente efectivo contra la expulsión, pues ésta resultó ejecutable tras el transcurso de cinco días naturales (martes), y por muy pronto que el abogado interpuso el recurso (el lunes), el Tribunal sólo pudo reunirse a discutir el recurso con posterioridad a la ejecución de la misma. El Tribunal Europeo consideró además, que en este caso, las circunstancias de la expulsión evidenciaban que la expulsión de varias familias gitanas, aunque tramitada cada expulsión de forma aparentemente individualizada, en realidad había sido una expulsión colectiva, prohibida por el Convenio.

El derecho de acceso a los tribunales o a un recurso adecuado y efectivo contra las decisiones adoptadas durante el procedimiento de retorno han sido configuradas de manera que puedan encajar con las diferentes tradiciones procesales de los Estados miembros. Así, el derecho a un recurso no lo es para acudir a los Tribunales, sino que también para acudir a órganos administrativos superiores o paneles de autoridades, siempre que los miembros de ese órgano gocen de suficientes garantías de independencia, en una aproximación similar a la seguida por el TEDH al aplicar el concepto de órgano judicial o independiente del art. 6 CEDH. Entre las atribuciones de que debe disponer dicho órgano revisor, el art. 13.2 Directiva exige que tenga capacidad para suspender temporalmente la ejecución de la decisión, salvo que la suspensión venga ya establecida por la legislación nacional. Junto al derecho de acceso a un órgano revisor independiente, el art. 13.3 Directiva asegura un derecho a la asistencia legal, representación e incluso apoyo lingüístico para poder ejercitar correctamente el derecho de defensa, y si careciera de medios para sufragarlos, tales servicios podrán prestarse gratuitamente por los Estados de conformidad con la legislación nacional, prestación que podrá repercutirse a cargo del Fondo Europeo de Retorno («Anexo» al texto final de la Directiva de junio de 2008), pues algunos Estados se negaban a configurarlo como un derecho¹⁰¹ a pesar de la jurisprudencia del TEDH en este sentido, en particular la STEDH «Čonka v. Bélgica», donde el Tribunal reconoció la asistencia jurídica a los detenidos como una obligación de los Estados bajo determinadas condiciones, así como que tal asistencia tuviera un contenido sustancial y no meramente formal, en el sentido de que el abogado pudiera comunicarse con los detenidos, asistirlos antes, durante y después de su detención, y poder hacerlo con el tiempo suficiente para interponer los recursos necesarios para la defensa de su cliente, antes de que la decisión se ejecute. El TEDH ha ido más allá de la exigencia del art. 13.2 Directiva consistente en que el órgano revisor del retorno tenga la potestad de suspender esa medida, para afirmar lo siguiente: si la misma presentación de un recurso de urgencia frente a la inadmisión de una solicitud de asilo en frontera, comporta una ejecución inmediata de la medida de retorno, tal recurso debería tener efecto suspensivo, pues de otra manera carecería de la efectividad necesaria para proteger de un daño de notable entidad vinculado al art. 3 CEDH (STEDH «Asebeja Gebremedhin v. Fran-

¹⁰¹ Alemania, Austria y Grecia rechazaban tener que asumir los costes de la asistencia jurídica de los *sin papeles*, EL PAIS, 9 de mayo de 2008.

cia»¹⁰²) e infringiría el art. 13 CEDH. Esta interpretación sobre el alcance de la exigencia de «efectividad» del recurso que el art. 13 CEDH garantiza, puede encontrarse ya en la STEDH «Čonka v. Bélgica», resolución de referencia en materia de garantías procesales en el ámbito del retorno, donde se reconoció la necesidad de que la expulsión fuera seguida de un mínimo plazo durante el cual no pudiera ser ejecutada para facilitar la presentación de los recursos correspondientes.

Por último, junto a una mención en el art. 14.1 Directiva de los derechos protegidos durante el período que transcurre entre la orden de salida y el retorno, sea por ejecución voluntaria o por aplazamiento de dicha ejecución, el art. 14.2 Directiva establece la obligación de los Estados parte de proveer de un documento escrito a estas personas en el que conste dicho aplazamiento o, al menos, que la orden de salida ha sido paralizada en cuanto a su ejecución.

Estas garantías, que desde nuestro punto de vista, constituyen un estándar mínimo de protección aunque excesivamente flexible y un tanto insuficiente, aunque fueron rechazadas por excesivas por algunos Estados¹⁰³ encuentran su cobertura en el CEDH y ya hace tiempo que existe un cuerpo jurisprudencial sobre los arts 6, 13 CEDH y en el Protocolo 7º CEDH¹⁰⁴ a partir del cual interpretar estas y otras garantías no expresamente previstas en la Directiva de Retorno, pero igualmente exigibles a los Estados en cuanto miembros del CEDH, habiendo llegado en muchos casos más allá de la Directiva.

¹⁰² De hecho, el recurrente tuvo que acogerse al art. 34 del Reglamento TEDH para obtener la suspensión de la decisión, siguiendo la jurisprudencia establecida en STEDH *Mamatkulov y Askarov v. Turquía*, de 4 de febrero de 2005 y posteriormente reiterada en STEDH *Aoulmi v. Francia*, de 17 de enero de 2006, *STEDH Asebeja Gebremedhin v. Francia* de 26 de abril de 2007 o en la misma STEDH *Asebeja Gebremedhin v. Francia* de 26 de abril de 2007.

¹⁰³ Austria, Polonia, Malta y la República Checa rechazaron el pacto por estimar que eran demasiado prolijos los mecanismos de seguimiento y de control de las expulsiones, EL PAIS, 9 de mayo de 2008.

¹⁰⁴ Para empezar debe señalarse que el TEDH determina las garantías del procedimiento en función del tipo de procedimiento seguido, civil o penal y administrativo, para adoptar una decisión de expulsión. Así, las expulsiones administrativas se rigen por razón de su regulación específica en el Protocolo 7º CEDH (STEDH *Maaouia v. Francia* de 5 de octubre de 2000, sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas), por las garantías allí contenidas, mientras que las expulsiones adoptadas como condena principal o accesoria en el marco de un proceso civil o penal se rigen por las garantías procesales del art. 6 CEDH (STEDH *Zentar v. Francia* de 4 de abril de 1996, donde se dirimió la violación del derecho al examen de los testigos o del derecho a ser escuchado por el Tribunal).

5. CONCLUSIONES: ENCAJE E IMPACTO DE LA DIRECTIVA DE RETORNO

Si hubiera que destacar una sola idea de todo lo expuesto anteriormente, ésta sería que la Directiva constituye el primer intento de crear un modelo-tipo de medida y procedimiento europeos de alejamiento («el retorno») con el fin de asegurar un funcionamiento común de las medidas de alejamiento europeas como mínimo en los procedimientos por estancia irregular, pero con vocación de informar la regulación del resto de supuestos de alejamiento.

Esta regulación común permitirá homologar entre los Estados miembros las medidas de alejamiento nacionales favoreciendo su directa aplicación por otros Estados miembros, sin necesidad de procedimiento alguno de mutuo reconocimiento. Una vez alcanzado el objetivo anterior y asegurado un cierto grado de coherencia en la regulación y aplicación de las medidas de alejamiento por los Estados miembros, la consecuencia inmediata será reforzar el funcionamiento del resto de disposiciones comunitarias que aspiran a modelar el régimen comunitario de extranjería (control de fronteras, visados, reagrupación familiar, residencia de larga duración, beneficiarios de la tarjeta azul, etc.), que de modo todavía parcial y segmentado se está construyendo en la Unión Europea. La aprobación de la Directiva permite dotar a todo el sistema de mayor coherencia, pues todas estas disposiciones están profundamente interrelacionadas, y la remisión a la normativa estatal de todo un bloque central al estatuto del extranjero como es la expulsión era claramente disfuncional, al menos desde la perspectiva de creación de una política comunitaria coherente. Es más, la armonización de este sector probablemente impulsará la armonización de otros sectores del régimen de extranjería, como por ejemplo en materia de permisos de residencia y trabajo, sobre los que no se ha podido lograr un acuerdo general pero sí acuerdos para su regulación sectorial (trabajadores altamente calificados, investigadores, estudiantes, etc.).

No obstante, cabe albergar algunas dudas sobre si dicha armonización traerá consigo una mayor eficacia en la lucha contra la inmigración irregular, objetivo último y principal razón de ser de la Directiva. La dificultad en la ejecución de las decisiones de retorno no se encuentra en las diferencias entre normativas nacionales ni en las dificultades de ejecución de resoluciones de expulsión emitidas por otros Estados, pues estadísticamente la circulación interior de irregulares es poco significativa. Los auténticos problemas son, fundamentalmente, la disponibilidad de medios económi-

cos y humanos para proceder a la ejecución forzosa o policial, la colaboración de terceros Estados en la readmisión de sus nacionales o la dificultad para determinar la procedencia de un extranjero, lo cual a su vez alarga los procedimientos administrativos de retorno favoreciendo la integración del extranjero en la sociedad de acogida o incluso su desaparición. A estos efectos, incluso si la tasa de ejecución de las mismas es tan baja como se ha apuntado (35%), es discutible que la Directiva de Retorno por sí sola eleve esa tasa, pues tal y como se ha expuesto, el procedimiento deviene más complejo y posiblemente más largo, con un incremento en algunos países de las garantías procesales y jurisdiccionales reconocidas a los extranjeros, incluye la regla general de facilitar la ejecución voluntaria, y además permite alargar la detención en los centros de internamiento (a expensas del erario público, no se olvide), por lo que no es probable que vaya a dinamizar excesivamente los procedimientos de expulsión, más bien al contrario. Del mismo modo, la experiencia acumulada permite también dudar de la eficacia en la práctica de la ejecución voluntaria –que la Directiva incentiva mediante la renuncia a la prohibición de entrada, en una idea defendida fuertemente por la Comisión–, pues la experiencia en varios países del retorno asistido (que incluye incentivos económicos) muestra resultados bastante modestos y estadísticamente casi irrelevantes. Cosa distinta es que a resultados de esta armonización así como del aumento de garantías, se financien a través del Fondo Europeo de Retorno determinadas garantías incluidas en la Directiva, como la asistencia jurídica, o incluso parte de los costes de ejecución de los procedimientos de alejamiento, pero entonces el aumento de la eficacia (se supone que traducido en un aumento en el número de expulsiones ejecutadas forzosamente), lo sería por tal apoyo financiero; en tal caso, el aumento de la eficacia dejaría de ser un argumento para justificar la adopción de la Directiva. En términos políticos, no hay que descartar que la apelación a la financiación por el Parlamento Europeo haya sido empleada para compensar la pérdida de eficacia del retorno generada por la introducción de nuevas garantías por el propio Parlamento, garantías que paradójicamente contribuyen a rebajar la potencial eficacia de la propuesta inicial de la Comisión, de carácter más técnico y utilitarista, pero que deben entenderse como compromiso de mínimos entre dos visiones divergentes sobre la armonización del retorno a escala europea.

Respecto a los mínimos comunes sobre los que descansa tal compromiso, se ha señalado que la Directiva va a elevar los estándares de protección de los extranjeros y sus garantías en algunos Estados, siendo cierto, no lo es menos que algunos de los Estados más restrictivos en este

terreno no son parte en principio de la Directiva (Reino Unido, Irlanda, Dinamarca), mientras que en otros Estados la Directiva más bien puede constituir un incentivo para ajustar «a la baja» sus estándares actuales, como seguramente será el caso de España, cuyo sistema de expulsiones se encuentra entre los más garantistas, al menos a nivel normativo. Quizá en este punto, la novedad no esté tanto en si la Directiva hace avanzar o retroceder los derechos en un Estado miembro –que es una cuestión importante, no puede negarse–, sino en que la Directiva instituye y regula algunos derechos fundamentales de los extranjeros en situación irregular. En primer lugar, regula derechos procedimentales o procesales de los extranjeros, como el acceso a la jurisdicción para revisar su detención, el derecho a un recurso efectivo, el derecho a una asistencia letrada; igualmente, reconoce algunos derechos concretos, como la vida familiar, la libertad personal o la protección frente a tratos inhumanos o degradantes durante la ejecución del retorno y con la incorporación del principio de «non-refoulement», cierto que sin entrar a desarrollar el contenido de tales derechos, por lo que su interpretación deberá derivarse del art. 6 TUE, pero en este punto contamos ya con un considerable cuerpo jurisprudencial creado por el Tribunal Europeo en interpretación de la CEDH, e igualmente las tradiciones constitucionales de los Estados miembros pueden ofrecer un segundo referente en este sentido, empezando por la protección de la dignidad humana como valor central a las mismas (STJCE «Omega»¹⁰⁵). Con estos asideros, el control de la constitucionalidad comunitaria de algunos de los aspectos más restrictivos de la Directiva, como por ejemplo sobre la duración máxima de la detención, facilitarán la labor del TJCE, que no será la primera vez que controla la normativa comunitaria a la luz de los derechos fundamentales de los extranjeros (STJCE «Parlamento v. Comisión»¹⁰⁶). Tampoco hay que olvidar que el sistema actual de protección de derechos en la Unión Europea es multinivel, por lo que junto al TJCE, las jurisdicciones nacionales constitucionales y ordinarias pueden jugar un papel fundamental en el control de las normas nacionales de transposición de la Directiva, que como hemos señalado permite una gran flexibilidad a los Estados, especialmente en el desarrollo y concreción de los derechos contenidos en la misma. En última instancia, van a ser las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva las que acabarán de perfilar el puzzle actual en materia de alejamiento de extranjeros, y por

¹⁰⁵ S TJCE Omega de 14 de octubre de 2004, (Sala 1ª) C-36/02.

¹⁰⁶ STJCE *Parlamento v. Comisión* de 27 de junio de 2006 sobre la Directiva de Reagrupación Familiar, C-540/03.

ello los próximos dos años van a ser claves para determinar hasta qué punto los temores sobre una disminución de los estándares son fundados, y si, efectivamente, la Directiva va a incidir realmente en una reestructuración y racionalización del sistema de control migratorio, en aras de un mecanismo de retorno más integrado, más selectivo, más garantista, y en definitiva, más eficiente.

RESUMEN

En tanto que regulación común de las medidas de alejamiento de extranjeros, la Directiva de Retorno en breve va a generar una convergencia normativa de todos los Estados de la Unión Europea en torno a una nueva estructura, procedimiento y garantías en el retorno de extranjeros. De desplegarse correctamente, la Directiva tiene el potencial suficiente para devenir la regulación de referencia para el resto de medidas de alejamiento de extranjeros, a pesar de que inicialmente sólo se aplique a los extranjeros que se encuentran irregularmente en el territorio de la Unión.

Con esta perspectiva, el presente trabajo trata de contextualizar la recientemente aprobada Directiva de Retorno, para ello parte de los antecedentes de la misma y de la diferente regulación que hasta ahora las medidas de alejamiento de extranjeros presentaban en cada uno de los Estados miembros. A continuación se ofrece una primera lectura de la Directiva así como un análisis muy inicial sobre su posible impacto en España.

PALABRAS CLAVE: Derecho Comunitario, extranjeros, expulsión, retorno, procedimiento sancionador, asistencia letrada, garantías procesales, internamiento, tutela judicial efectiva, libertad personal.

ABSTRACT

The Returns Directive establishes common measures to distance immigrants. These regulations are going to generate a normative convergence about a new structure, procedures and guarantees on returns of immigrants for the Member States of the European Union. Although the Directive is going to rule only the situation of illegal immigrants in the European Unión, if it is correctly implemented, the Directive will have got enough potential to become the reference regulation for the rest of measures to distance immigrants.

From this perspective, this paper tries to contextualize the recently adopted Returns Directive. First, the author analyses the antecedents of this Directive and the regulations that have ruled the measures to distance immigrants in each of

DAVID MOYA

the Member States until now. Then he presents a first reading of the Directive, and also a very initial analysis about the possible effect in Spain.

KEY WORDS: European Law, Foreign, Expulsion, Return, Sanction Procedure, Juridical Assistance, Procedure Guaranties, Internment, Personal Freedom, Effective Judicial Protection.