

LA DIRECTIVA SOBRE EL RETORNO DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

TERESA FAJARDO DEL CASTILLO*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL PROCESO DE ADOPCIÓN DE LA DIRECTIVA RETORNO.
- III. LA DIRECTIVA RETORNO Y SU MARCO JURÍDICO DE REFERENCIA.
- IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE EL RETORNO.
 1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LAS EXCEPCIONES CONTEMPLADAS.
 2. SOBRE LAS DEFINICIONES EN MATERIA DE RETORNO.
 3. LOS ESTADOS MIEMBROS PARTICIPANTES.
- V. LOS PRINCIPIOS Y DIRECTRICES INSPIRADORAS DE LA DIRECTIVA.
- VI. LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES Y LÍMITES A LAS FACULTADES DE EXPULSAR PREVISTOS EN LA DIRECTIVA RETORNO.
- VII. INTERNAMIENTO A EFECTOS DE EXPULSIÓN Y SUS CONDICIONES.
- VIII. LA PROHIBICIÓN DE ENTRADA COMO SANCIÓN.
- IX. LA FINANCIACIÓN DE LA DIRECTIVA DE RETORNO.
- X. EVALUACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA RETORNO.
- XI. LA DIRECTIVA RETORNO Y LAS MEDIDAS DE ACOMPAÑAMIENTO A ADOPTAR EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE RETORNO.
- XII. LA DIRECTIVA A LA LUZ DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.
- XIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Pocos instrumentos legislativos del proceso de comunitarización de la política de inmigración¹ han suscitado tanta reacción como la Directiva

* Profesora Titular del Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, España.

¹ Véase JIMÉNEZ PIERNAS, C., «La Comunitarización de las Políticas de Inmigración y Extranjería», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 13, 2002, p. 873; OLESTI

relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Directiva Retorno, en adelante)². En los meses previos a su adopción, se ha abierto un encendido debate que ha movilizadado a los sectores sociales y ha enfrentado a los grupos políticos en el Parlamento Europeo que han convertido a la Directiva Retorno en la diana de muchas críticas que podrían haberse vertido antes sobre las actuales prácticas nacionales en materia de devolución y expulsión de inmigrantes irregulares de la mayoría de los Estados miembros. Esta Directiva puede y debe recibir merecidos ataques desde distintos planos, desde el económico y el social, y sin duda, desde el ético; sin embargo, desde un punto de vista jurídico, es un instrumento jurídico necesario, porque permite mejorar la situación de heterogeneidad existente en materia de retorno en el territorio de los 27 Estados miembros de la Unión Europea³, en la que caben desde detenciones con fines de expulsión por tiempo indefinido hasta la falta de asistencia letrada gratuita a los inmigrantes objeto de una orden de expulsión, o la sanción de prohibición de entrada a perpetuidad⁴.

La Directiva Retorno es sobre todo, y como se explica en su preámbulo, «un conjunto mínimo de garantías jurídicas respecto a las decisiones relativas al retorno, aplicables a todos los nacionales de terceros países que no cumplan o hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, permanencia o residencia en un Estado miembro» que sirve para ordenar y limitar las facultades soberanas que los Estados miembros han ejercido discrecionalmente hasta ahora. Los límites vienen dados por los derechos

RAYO, A., «La inmigración irregular y el control de los flujos migratorios en la Unión Europea», en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional, Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Servicios de Publicaciones de las Universidades de Huelva, Córdoba y Málaga, 2005, p. 945; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *Derecho Comunitario de la Inmigración*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el Asilo en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002.

² Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, *DOUE* L 348, de 24.12.2008, pp. 98-107.

³ Sobre los sistemas nacionales en materia de retorno, véase el informe de la Organización Internacional de las Migraciones, *Return Migration: Policies and Practices in Europe*, IOM, Ginebra, 2004.

⁴ Véase el Documento de la Secretaría General del Consejo de 21 de diciembre de 2000, *Compilation of replies to questionnaire on the initiative of the French Republic with a view to the adoption of a Council Directive on mutual recognition of decisions on the expulsion of third country nationals*.

fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas la protección de los refugiados y las obligaciones en materia de derechos humanos⁵.

Esta Directiva es el más claro ejemplo de los problemas que han hecho hasta ahora que la creación de la política migratoria de la Unión Europea⁶ haya sido tan lenta y difícil, debido sobre todo a la disparidad entre los distintos intereses nacionales y entre las legislaciones y prácticas en materia de retorno de los Estados miembros⁷, a veces muy controvertidas y contestadas⁸, y justificadas sobre todo por razones de seguridad interna⁹.

De telón de fondo, nos encontramos una Europa que adquiere los títulos de fortaleza¹⁰, de búnker¹¹, porque se cierra a la inmigración que no es

⁵ Enmienda 12 del Informe Weber que fue finalmente incorporada en la Directiva, Informe del Ponente Manfred Weber de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, de 20. 09.2007, RR/685637ES.doc, PE374.321v02-00.

⁶ Véase DEL VALLE GÁLVEZ, A., ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., *Inmigración Irregular y Derecho*, Cruz Roja y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005.

⁷ Véase en particular el Informe de la Organización Internacional para las Migraciones, *Return Migration, Policies and Practices in Europe*, 2004, en Internet en <http://www.iom.org>

⁸ Véase el caso de Italia, Francia, Holanda o el Reino Unido, sobre estas cuestiones véase NASCIMBENE, B., *Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries*, Giuffrè Editore, Milán, 2001, CARLIER, J. Y., DE BRUYCKER, Ph., *Immigration and Asylum Law of the EU: Current debates*, Bruylant, Bruselas, 2005; CHETAIL, V. (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, Bruylant, Bruselas, 2007; BAQUERO CRUZ, J., «El Auto Dem'Yanenko: Expulsión de ciudadanos de terceros Estados y TJCE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 19, 2004, pp. 935 y ss.

⁹ CASSARINO señala que «The resilience of such differences may well be reflective of the desire of each EU Member State to preserve a certain degree of autonomy in dealing flexible with removal procedures without being constrained to comply with common standards on return and readmission issues that are often viewed as being shaped by domestic security concerns», «The EU Return Policy: Premises and Implications», *MIREM Project, Collective Action to Support the Reintegration of Migrants in their Country of Origin*, Instituto Universitario Europeo de Florencia, 2006, p. 8.

¹⁰ Véase las críticas realizadas en el seno del Parlamento Europeo, «Immigration: MEPs and National MPs reject 'fortress Europe'», *Press Release 20080908IPR36587*, y el documento de Amnistía Internacional, «Le coût humain de la 'forteresse Europe': détention et expulsion de demandeurs d'asile et de migrants dans l'Union européenne», en Internet en www.amnestyinternational.be

¹¹ Una crónica sobre las prioridades de la presidencia francesa en materia de inmigración de A. Missé lleva por título «El búnker de Europa toma cuerpo» y en ella recoge las

solicitada para el mercado de trabajo europeo. Entre las críticas realizadas hay que destacar las de las organizaciones e instituciones humanitarias, como la del Comisariado de Derechos Humanos del Consejo de Europa que considera que la Directiva no respeta los derechos humanos, tal y como se recogen en los tratados internacionales y en la jurisprudencia que los ha desarrollado, no sólo en las instancias jurisdiccionales internacionales sino también en las nacionales.

Por otra parte, la Directiva Retorno es una pieza muy importante en el proceso de negociación de la regulación conjunta de los flujos migratorios con los países de origen y de tránsito, con un marcado enfoque de seguridad. Ello ha llevado a reaccionar a los países de África y de América Latina que han protestado ante las instituciones europeas para reivindicar que es fundamental asegurar el goce y la protección de los derechos humanos de las personas migrantes, indistintamente de su condición¹².

II. EL PROCESO DE ADOPCIÓN DE LA DIRECTIVA RETORNO

El proceso de adopción de la Directiva Retorno ha sido largo y difícil. Tras su presentación por la Comisión en septiembre de 2005, la propuesta de Directiva sufrió varios bloqueos, el más importante durante la Presidencia Alemana en 2006¹³, en el que desapareció de la agenda por intereses nacionales¹⁴. Más tarde y gracias al esfuerzo de la Presidencia portuguesa

declaraciones de Jean-Pierre Dubois, presidente de la Liga de los Derechos del Hombre, que considera que Sarkozy 'quiere un búnker en Europa y separarla del resto del mundo', *El País*, 30.06.2008.

¹² Véase el Documento 12174/08 del Consejo, «Crítica de los países latinoamericanos a la futura Directiva de retorno sobre la base de (COM(2005)0391», de 28.07.2008. Véase igualmente «La Eurocámara afronta hoy dividida la lucha contra la inmigración ilegal», *El País*, 18.06.08.

¹³ Debido a los particulares problemas en materia de inmigración irregular que tiene Alemania, todas las propuestas destinadas a construir una política migratoria europea pasaron a un segundo plano durante su presidencia. Sobre estos problemas véase NOLL, G., «The Non-Admission and Return of Protection Seekers in Germany», *International Journal of Refugee Law*, vol. 9, n.º 3; pp. 415 y ss.

¹⁴ Es la reivindicación de los intereses nacionales a lo largo del proceso de negociación de la Directiva Retorno, lo que puede explicar el secreto que cubre una gran parte de la información sobre la Directiva retorno. Para la elaboración de este trabajo, he tenido que recurrir en muy numerosas ocasiones al Reglamento 1049/2001 sobre acceso público a los documentos del Consejo, del Parlamento y de la Comisión así como a las disposiciones relativas al acceso público de los documentos del Consejo para solicitar el levantamiento del

que se concentró en buscar un mínimo común denominador y en suprimir lo superfluo, la propuesta empezó a experimentar los cambios que la harían aceptable para la mayor parte de los Estados miembros¹⁵. A partir de ese momento, la propuesta incorpora mejoras en su técnica jurídica, gracias a las ya más fluidas negociaciones interinstitucionales, que tras avanzar durante la Presidencia eslovena, concluirán con éxito en la Presidencia Francesa.

El acuerdo interinstitucional fue posible gracias al acuerdo sobre la necesidad de codificar las mejores prácticas nacionales así como las del

velo de los documentos. En algunos casos, la documentación se ha encontrado parcialmente desclasificada, ocultando específicamente la identidad de los Estados miembros en aquellos informes en los que las delegaciones estatales se habían manifestado sobre la Directiva, para tan solo informar de los argumentos utilizados durante las discusiones, véase el Documento de la Presidencia de 4 de abril de 2008, 7919/08, 'parcialmente accesible al público'. De esta manera se preservaba «un buen compromiso entre la protección del proceso de adopción de decisiones en el seno del Consejo, por una parte, y el interés público en la desclasificación, por la otra». Aunque en la respuesta en la que se me concede un acceso parcial y censurado a los documentos solicitados fuese de 19 de junio de 2008 y la propuesta de Directiva hubiese sido adoptada por el Consejo de Ministros el 5 de junio y en el Parlamento Europeo el 8 de junio, «the General Secretariat considers this to be a good compromise between protection of the decision-making process of the Council, on the one hand, and public interest in disclosure, on the other. This allows you to be informed of the arguments raised during discussion of a legislative proposal on which the Institution has not yet taken a decision. Nevertheless, the General Secretariat considers that protection of the institution's decision-making process outweighs possible public interest in identifying the delegations whose positions are set out in the documents. In the framework of preliminary discussions and negotiations within the Council's preparatory bodies, it is essential that delegations are able to express their views freely so that the Council can find compromise solutions and achieve progress on delicate questions (...). En otras ocasiones, la necesidad de preservar el proceso de adopciones ha prevalecido sobre el derecho a la información lo que ha supuesto la denegación del acceso a numerosos documentos. Igualmente, el acceso al documento sobre la posición holandesa me fue denegado, señalando que éste «contains the position of a delegation which is identified explicitly, on a subject which is still subject to negotiation. Disclosure of this document could, in the General Secretariat's view, seriously undermine the Council's decision-making process. Therefore, as the exception of Article 4(3) applies to the content of the entire document, the General Secretariat is unable to grant you partial access as provided for in Article 4(6) of the Regulation». Véase el Reglamento 1049/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al acceso público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, *DOUE* L 145, 31.5.2001; el Anexo II de las normas de procedimiento del Consejo, Decisión del Consejo n.º 2006/683/CE, *EURATOM*, *DOUE* L 285, 16.10.2006, p. 47.

¹⁵ Véase el documento de la Presidencia portuguesa «JHA External Relations Multi-Presidency Work Programme», de 2.07.2007, 11327/07, *Limite*.

acervo *Schengen*¹⁶, que debían además estar al menos a la altura de los principios establecidos por el Consejo de Europa sobre el retorno forzado¹⁷. Estos *Veinte principios directores sobre el retorno forzado* sirvieron a lo largo del proceso de negociación como un criterio de autoridad para zanjar las discusiones entre las instituciones comunitarias.

Así pues y después de casi tres años de larga y difícil negociación, tanto interinstitucional como en el seno de las propias instituciones comunitarias¹⁸, se entró en una fase más dinámica y fluida a partir de septiem-

¹⁶ Véase el documento del Consejo «Catalogue of recommendations for the correct application of the Schengen acquis and of best practices –removal and readmission», 7.01.2002, 12790/3/01 Rev 3, *Limite*.

¹⁷ En 2005, el Consejo de Europa llevó a cabo una sistematización y codificación de los derechos y garantías procedimentales que limitan el derecho de expulsión de sus Estados miembros y que se encontraban dispersos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en sus distintos protocolos. El resultado fue un documento no obligatorio que con el título de «20 Principios sobre el retorno forzoso» fue adoptado por el Comité de Ministros. Este documento, a modo de código de conducta, ofrece a los Estados el catálogo de derechos que amparan a las personas objeto de una decisión de expulsión, así como las prácticas de desarrollo progresivo de dichos derechos que se consideran más adecuadas. Entre estos principios cabe destacar aquellos que se refieren a la detención, a la readmisión y especialmente al principio de *non refoulement*. A pesar de ser un documento no obligatorio, el Reino Unido emitió una declaración por la que se reservaba su derecho a conformarse o no a estas disposiciones no obligatorias. Véase «*Los Veinte principios directores sobre el retorno forzado*», *CM(2005) 40 final*, de 9 de mayo de 2005, adoptados por el Comité de Ministros y preparados por el Comité *ad hoc* de expertos sobre los aspectos jurídicos del asilo territorial, de los refugiados y los apátridas (CAHAR); véase igualmente sobre el Consejo de Europa y la expulsión de extranjeros la Recomendación 1547(2002) de la Asamblea Parlamentaria sobre los procedimientos de expulsión conformes a los derechos humanos y ejecutados en el respeto de la seguridad y de la dignidad; la Recomendación 1577(2002) de la Asamblea Parlamentaria sobre la creación de una carta de intenciones sobre la migración clandestina; la Recomendación 1596(2003) de la Asamblea Parlamentaria sobre la situación de los jóvenes inmigrantes en Europa; la Recomendación 1624(2003) de la Asamblea Parlamentaria sobre una política común en materia de migración y de asilo; y la Recomendación del Comisariado de Derechos Humanos relativa a los derechos de los extranjeros que desean entrar en el territorio de los Estados miembros del Consejo de Europa y la ejecución de las decisiones de expulsión (CommDH/Rec(2001)1), Council of Europe, *The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files, n.º 18, Estrasburgo, 1993; toda esta documentación se encuentra disponible en la página web del Consejo de Europa en Internet en www.coe.org. Véase en materia de antecedentes CHUECA SANCHO, A.G., *La expulsión de los extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Ed. Egido, Zaragoza, 1998.

¹⁸ Cada una de las instituciones había llegado a un acuerdo interno sobre el alcance de sus exigencias y de sus renunciaciones, como examinaré más adelante.

bre de 2007, que gracias al denominado «triálogo informal» hizo posible la consecución del proceso de codecisión sin tener que recurrir a la segunda lectura¹⁹. Gracias a este triálogo, las instituciones comunitarias llegaron a acuerdos sobre las cuestiones fundamentales que hasta ese momento habían constituido los grandes obstáculos a superar y que serán el objeto de este trabajo²⁰.

El papel del Parlamento Europeo en todo el proceso de negociación ha sido extremadamente importante porque a su poder político sumaba su poder para decidir sobre los fondos destinados a la política de retorno. Su amenaza de mantener congelados los recursos *sine die* fue suficiente para que se aceptaran concesiones por parte de la Comisión y de los Estados miembros. El ponente de la propuesta, el popular alemán Manfred Weber, negoció con los grupos mayoritarios del Parlamento los grandes bloques de la Directiva, sin permitir que las cuestiones consideradas secundarias pudieran constituirse en un obstáculo a la adopción, ya que si algunas de las enmiendas propuestas hubiera salido adelante, el proceso de adopción se habría prolongado aún algunos años, con el consiguiente bloqueo de los recursos del Fondo para el Retorno²¹. Finalmente, consiguió un amplio consenso que permitió su aprobación primero en la Comisión de Libertades Civiles del Parlamento y, luego, en el plenario, con 369 votos a favor, 197 en contra y 106 abstenciones²².

¹⁹ Véase el Dictamen del Parlamento Europeo de 18 de junio de 2008 y la Decisión del Consejo de 9 de diciembre de 2008.

²⁰ Véase la Nota sobre la Política Europea de Retorno, de Fabian Lutz, uno de los responsables en la Comisión de la negociación de la Directiva Retorno, en la que destaca como cuestiones fundamentales: el ámbito de aplicación, el establecimiento de definiciones comunes con el objetivo de que la Directiva sirva de punto de partida para una armonización más profunda de las instituciones jurídicas; el establecimiento de un procedimiento transparente y con todas las garantías de la ley para poner fin a la estancia ilegal; la promoción del principio del retorno voluntario gracias a la previsión de un período de salida; la resolución del problema de aquellas personas que no han podido ser retornadas; la limitación de la prohibición de entrada, la determinación del régimen de la detención a efectos de la expulsión y la asistencia judicial, la limitación del uso de la detención y de medidas correctivas.

²¹ Se rechazaron tanto las propuestas de los Verdes y del GUE que pedían el rechazo del texto, por 538 votos en contra, 114 a favor y 11 abstenciones, como las enmiendas parciales del grupo socialista que perseguían la mejora de puntos como el período máximo de retención, el retorno voluntario, la prohibición de entrada y el plazo para dictar las órdenes de internamiento.

²² La Directiva ha recibido el apoyo mayoritario de los grupos conservadores del Parlamento Europeo, lo que supone los 288 votos del Partido Popular Europeo más los 43 de la Unión de la Europa de las Naciones y una gran parte de los 99 votos de los liberales. Los votos disidentes dentro de estos grupos obedecen a las reservas expresadas por los parla-

III. LA DIRECTIVA RETORNO Y SU MARCO JURÍDICO DE REFERENCIA.

La Directiva Retorno está marcada por la regulación comunitaria previa, y en particular, por la Directiva 2001/40 relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión y el Acervo Schengen relativo a la entrada, permanencia y expulsión del territorio de la Unión.

En las propuestas iniciales de la Directiva Retorno se contemplaba la derogación de la Directiva relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países aunque más tarde, en la versión final, se haya preservado a pesar de los encabalgamientos y reiteraciones. Esta Directiva 2001/40 estableció las condiciones mínimas que han de respetar los Estados para la expulsión «del nacional de un tercer país objeto de una decisión de expulsión basada en el incumplimiento de las normas nacionales sobre entrada o residencia de extranjeros»²³ y ha constituido un laboratorio de pruebas para la Directiva Retorno, que ha incorporado sus aportaciones más relevantes, en particular, la dimensión europea de la fuerza de las medidas de expulsión, ya que su validez se extiende al territorio de todos los estados miembros.

Los representantes de los Estados miembros que he consultado para la elaboración de este trabajo consideran que la Directiva 2001/40 ha sido un instrumento estéril en los años en que ha estado en vigor. Como tantas otras normas en el marco de la política de Libertad, Seguridad y Justicia, era tan básica que no requería que la mayor parte de los Estados miembros adoptaran medidas de transposición importantes. No obstante, esta Directiva 2001/40 ha servido para dejar patentes las principales cuestiones de las que tenía que ocuparse la Directiva de Retorno, entre las que destaco la insatisfactoria aplicación de la sanción que llevaba aparejada la medida de expulsión en dicha Directiva, consistente en una prohibición de entrada en el territorio de los Estados miembros, por una duración de entre 3 y 10

mentarios católicos y protestantes. Por su parte, el Grupo socialista no ha estado unido frente a la Directiva. Entre sus 216 parlamentarios, muchos mostraron sus reservas al no, ante la necesidad de articular una respuesta normativa al fenómeno de la inmigración ilegal. La Unión de la Izquierda Europea con 41 votos y los Verdes con 43 son los dos grupos más combativos con el texto. Aunque por razones muy distintas, los euroescépticos del Grupo Independiente también han votado contra la Directiva.

²³ Directiva 2001/40/CE del Consejo de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, Art. 2, *DOCE* L 149, de 2.6.2001, p. 34.

años. La práctica ha puesto de manifiesto que la aplicación de esta sanción no ha sido homogénea en los Estados miembros, que han seguido adoptando prórrogas automáticas de las sanciones, siguiendo las prácticas nacionales previas a la adopción de medidas comunitarias.

Respecto al Acervo *Schengen* es necesario señalar que la Directiva Retorno es un acto normativo que lo desarrolla en la medida en que su ámbito de aplicación viene dado por los nacionales de terceros países que no cumplen o han dejado de cumplir las condiciones de entrada de conformidad con el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. Además, la Directiva Retorno sustituye los artículos 23 y 24 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen relativas a las medidas de expulsión y a la compensación de los desequilibrios financieros derivados de las expulsiones cuando éstas no puedan realizarse a expensas del nacional extranjero²⁴.

La regulación prevista en la Convención de Aplicación del Acuerdo Schengen y en el Código de Fronteras Schengen aún no han alcanzado la aplicación óptima y no cabe duda de que existen importantes aspectos susceptibles de mejora, especialmente en el campo operativo, donde las prácticas existentes en materia de control de fronteras están lejos de ser homogéneas²⁵ y eficientes²⁶, especialmente si consideramos las ventajas que podría ofrecer el Sistema de Información Schengen si se pusiera al servicio de un control de la entrada, incorporando como uno de sus *items* la prohibición de entrada²⁷.

²⁴ Dentro de las disposiciones finales de la Directiva Retorno, véase el artículo 21.

²⁵ Véase DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Control de Fronteras y Unión Europea», en REMIRO BROTONS, A., MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. (Eds.), *Movimientos Migratorios y Derecho*, Número monográfico del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 7, BOE-UAM, Madrid, 2004, pp. 67 y ss.; SPIJKERBOER, T., «The Human Costs of Border Control», *European Journal of Migration and Law*, vol. 9, 2007, pp. 127-139.

²⁶ Particularmente necesarios son nuevos sistemas informáticos al servicio del control de la entrada que sustituyan a los existentes sistemas manuales de sellado de los pasaportes. No puede más que extrañarnos por anacrónica la explicación de los funcionarios sobre las limitaciones del sistema actual en el que el guardia de fronteras debe computar los tiempos disponibles en el visado a partir de las fechas consignadas por los sellos presentes en el pasaporte. Para superar estas limitaciones, se han presentado las nuevas propuestas de la Comisión con el objetivo de crear una carta azul europea para los inmigrantes altamente cualificados, a imagen de la green card estadounidense, véase «Compte rendu du séminaire public de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures (LIBE) du PE. La ‘carte bleue européenne’: vers une politique dynamique d’intégration légale, tenue à Bruxelles le 25 juin 2008», 4.07.2008, 11485/08.

²⁷ Véase la intervención del entonces Comisario Franco Frattini, «Inmigration Illégale: mesures récentes et futures», 7.03.2006, *Speech/06/146*.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE EL RETORNO

1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LAS EXCEPCIONES CONTEMPLADAS

El ámbito de aplicación de la Directiva viene establecido en su artículo 2 que dispone que la Directiva se aplique «a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro». Inicialmente, este artículo 2 constituyó uno de los principales obstáculos a salvar en el proceso de negociación debido a la necesidad de delimitar su alcance de manera que respondiera a las exigencias de los Estados miembros y por ello ha sufrido importantes modificaciones para mejorar su técnica jurídica y también para contemplar excepciones a la aplicación de la Directiva retorno que a modo de reservas han permitido superar la oposición de algunos Estados miembros, entre ellos, España.

Las excepciones contempladas permiten a los Estados miembros excluir del ámbito de aplicación de la Directiva dos grandes supuestos: el primero se refiere a la devolución en frontera como consecuencia de la violación de las normas nacionales y comunitarias sobre entrada y permanencia; y el segundo a las medidas de retorno vinculadas a una sanción penal²⁸. En cualquier caso y a pesar de la reticencia inicial de algunos Estados miembros, la Directiva Retorno garantiza que a las personas que se encuentren en estos supuestos se les reconocerán los derechos y las garantías jurídicas básicos así como el principio de no devolución del mismo modo que a las personas a las que sí se aplica la Directiva²⁹. No fueron atendidas, sin

²⁸ El artículo 2.2 de la Directiva retorno establece que: «2. Los Estados miembros podrán decidir no aplicar la presente Directiva a los nacionales de terceros países: A los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de Fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro; a) Que estén sujetos a medidas de retorno que sean constitutivas de sanciones penales o consecuencia de sanciones penales, con arreglo a la legislación nacional, o que estén sujetos a procedimientos de extradición.»

²⁹ El artículo 4.4 establece que «Por lo que respecta a los nacionales de terceros países excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra a), los Estados miembros: a) se asegurarán de que el trato y el nivel de protección no sean menos favorables que los establecidos en el artículo 8, apartados 4 y 5 (limitaciones al recurso a medidas coercitivas), el artículo 9, apartado 2, letra a) (aplazamiento de la expulsión), el artículo 14, apartado 1, letras b) y d) (asistencia sanitaria urgente y toma en consi-

embargo, las enmiendas presentadas por el Parlamento con el objetivo de que también fueran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva los menores de edad³⁰.

La aceptación de la primera excepción se fundamenta en que el objetivo principal de la Directiva es el retorno, y no los controles fronterizos que pueden llevar al rechazo en frontera y a la devolución³¹, tal y como se regula en el acervo Schengen y, en particular, en el artículo 25 del Código de fronteras³². No obstante, esta línea divisoria entre la expulsión y la devolución tan clara en términos jurídicos, desaparece en la práctica, lo que ha sido constantemente denunciado por las organizaciones no gubernamentales especializadas en materia de derechos humanos³³. Estas organizaciones también han denunciado que en la devolución en frontera se corre el riesgo de tratar indiscriminadamente a los demandantes de asilo y a los emigrantes económicos.

Respecto al segundo supuesto que se refiere a las expulsiones como consecuencia de una sanción penal³⁴ o en el marco de una extradición, la

deración de las necesidades de las personas vulnerables) y los artículos 16 y 17 (condiciones del internamiento), y b) respetarán el principio de no devolución».

³⁰ Véase la Enmienda 16 al artículo 2, apartado 3, letra b ter). Informe del Ponente Manfred Weber de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, de 20.09.2007, RR/685637ES.doc, PE374.321v02-00.

³¹ Véase sobre este tema, D'HAEM, R., *La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*, PUF, Que sais-je, 1997.

³² Sobre el Código de Fronteras Schengen, véase OLESTI RAYO, A., «El Código de Fronteras Schengen y las condiciones de entrada por las fronteras exteriores para los nacionales de terceros países», en FORNER DELAYGUA, J., (coord.), *Fronteras Exteriores de la UE e Inmigración a España: Relaciones Internacionales y Derecho*, Escuela Diplomática-AEPDIRI, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 81 y ss.

³³ Los problemas en materia de devolución se producen en la práctica, en aquellos países que sufren afluencias masivas por vía marítima de manera estacional, como es el caso de España, y que carecen de medios suficientes para gestionarlas. La persona que llega en cayuco sin documentación es objeto de una decisión de devolución que podrá recurrir con asistencia letrada, y será llevada a un centro de internamiento a la espera de que se pueda ejecutar la devolución. En la mayor parte de las ocasiones, esta persona se escapará del centro y una vez que sea nuevamente detenida, se le aplicará una decisión de expulsión con prohibición de entrada.

³⁴ En la Ley de Extranjería se establece en el artículo 57.7 y 8. que: «Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, el Juez podrá autorizar, previa audiencia

exclusión viene justificada por quedar aún el contenido de dichos supuestos al margen de las competencias comunitarias.

2. SOBRE LAS DEFINICIONES EN MATERIA DE RETORNO

La Directiva Retorno cuenta con numerosos ejemplos del uso del lenguaje jurídico para tratar de neutralizar la terminología finalmente elegida, que condiciona el ámbito de aplicación. Un ejemplo claro de ello es la elección del término retorno en lugar de expulsión o el de internamiento en lugar de detención, porque son, sin lugar a dudas, las cuestiones más controvertidas de la Directiva.

La elección de estos términos neutros fue una decisión deliberada de la Comisión Europea³⁵, adoptada tras la Directiva 2001/40 relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países. La Comisión justifica su decisión atendiendo a los diferentes contenidos que los Estados miembros atribuyen en particular a la «expulsión» y a la existencia de otros términos que presentan menos problemas a la hora de ser definidos —*return, removal, éloignement*—³⁶. En español sólo

del Fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si ésta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

No serán de aplicación las previsiones contenidas en el párrafo anterior cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal.

En el supuesto de que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España y que fueren condenados por sentencia firme, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal.

8. Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad», (Ley Orgánica 4/2000, de 11.01.2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10, de 12.01.2000, p. 1139).

³⁵ Véase CASSARINO, J.-P., *loc. cit.*, pp. 2-3.

³⁶ Como justificó la Comisión, no pretendía definir el concepto de expulsión por dos razones: «1. The current understanding of 'expulsion' differs widely between Member States. For some Member States, expulsion is an act which declares entry, stay or residence to be illegal; for other Member States, expulsion is an act which terminates the legality of a previous lawful residence e.g. in cases of criminal offences. 2. Given the existence of the more specific and easily definable terms 'return' and 'removal', a definition of the term 'expulsion' is not necessary for the purposes of this proposal», Commission Staff Working Document, *loc. cit.*, p. 4.

pueden utilizarse dos conceptos jurídicos que están claramente diferenciados en nuestra Ley de Extranjería: devolución y expulsión. La solución finalmente adoptada en el artículo 3 respecto a la expulsión es convertirlo en un término meramente operativo consistente en «la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro». La definición de la Comisión de Derecho Internacional de la expulsión como «un acto legal por el cual el Estado compele a un individuo o grupo de individuos de otro Estado a dejar su territorio»³⁷, tampoco se libra de las críticas por limitar la expulsión a una medida formal, que no contemplaba la situación de los apátridas y que no era apta para distinguirse de otras figuras jurídicas como la extradición o la expulsión del personal diplomático.

Por otra parte, el artículo 3 recoge las definiciones a efectos de la Directiva de conceptos que necesitaban de un contenido claro y uniforme para el conjunto de los Estados miembros, para lo que utiliza no sólo las definiciones establecidas en el acervo Schengen y en las legislaciones de los Estados miembros sino también en las resoluciones del Consejo de Europa así como en los Informes de la CDI sobre expulsión, que examinan el derecho internacional general y la práctica existente³⁸.

No obstante, la definición de algunos conceptos es problemática. La definición de retorno lo es en la medida en que implica el proceso de vuelta no «exclusivamente» al país de origen sino también al país de tránsito o a otro tercer país, ya sea de manera voluntaria o forzada. Las propuestas que solicitaban que el proceso de retorno fuera exclusivamente al país de origen fueron finalmente rechazadas³⁹. Esta elección de la definición de retorno puede acabar generando la aceptación de una práctica regional, cuando no internacional, del retorno a países de tránsito, a pesar de las reservas que ello debería generar debido a las violaciones en materia de violación de derechos humanos y del principio de *non refoulement* que se vienen

³⁷ A/CN.4/554, para. 13.

³⁸ La Comisión de Derecho Internacional empezó a ocuparse del tema de la expulsión en 1998 y se convirtió en un tema de su agenda codificadora en 2002, véanse los Informes de la CDI adoptados desde entonces y la Resolución de la Asamblea General 59/41 por la que invita a los Estados a proporcionar información a la CDI sobre la expulsión de extranjeros de 2 de Diciembre de 2004, en los Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, *Supplement No. 10 (A/55/10)*, para. 364, disponibles en www.un.org.

³⁹ Véase la Enmienda 18 al Artículo 3, letra c) y la Enmienda 30 al Artículo 7, apartado 2: RR/685637ES.doc, PE374.321v02-00.

produciendo en las expulsiones y devoluciones realizadas a países de tránsito como Marruecos, Libia o Argelia.

La definición de «situación irregular»⁴⁰ también es criticable por no contemplar las circunstancias particulares que pueden darse, como es el caso de los indocumentados que presentan una demanda de asilo o los demandantes de asilo cuyas solicitudes han sido rechazadas⁴¹.

La definición de riesgo de fuga, que sirve para justificar la detención en centros de internamiento con carácter previo a la expulsión, pasó de una definición inicial en la que se contemplaban las distintas situaciones de las que se puede deducir la existencia de tal riesgo⁴², a una definición concisa en la que se hace una remisión «a los criterios objetivos definidos por ley y que hagan suponer que un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno pueda fugarse».

Se incorporó ya en un estadio avanzado de las negociaciones el concepto de personas vulnerables tal y como ha sido desarrollado por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales y europeos. Esta jurisprudencia ha realizado un particular reconocimiento del caso concreto de estas personas, ampliando los estrechos márgenes de las normativas en materia de extranjería, para contemplar como personas vulnerables a los menores, los menores no acompañados, las personas discapacitadas, los an-

⁴⁰ Artículo 3.2: «La presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del Código de fronteras de Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro».

⁴¹ Cassarino criticaba de la propuesta de Directiva que: «this lack of clarification implies that the draft directive applies equally to rejected asylum-seekers and undocumented aliens while potentially impacting on the rights of asylum-seekers, as enshrined in the 1951 Geneva Convention. Admittedly, the 'proposal provides for a right to an effective judicial remedy against return decisions and removal orders» (Arts. 12) but it does not specify the precise situations that might be considered. Moreover, the aforementioned 6-month custody, as well as the vague notion of 'illegal stay' (Art. 3(b)) and the conditions of removal, have raised many concerns from human rights organisations and from the UNHC», CASSARINO, J.-P., *loc. cit.*, pp. 9 y 10.

⁴² En la Propuesta de la Directiva 10903/07, el riesgo de fuga «means the existence of substantial reasons to believe that a third-country national who is subject to return procedures will abscond, in particular: -if the person has illegally entered the territory of a Member State. -if the time limit for departing from the territory has passed and the person has changed place of residence without notifying the authorities of a change of address; -if the person has not complied with the measures adopted to ensure that he/she will not abscond; -if the person has in the past evaded removal or frustrated removal efforts».

cianos, las mujeres embarazadas, los padres solos con hijos menores y las personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual.

3. LOS ESTADOS MIEMBROS PARTICIPANTES

La Directiva Retorno, como tantas otras medidas normativas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, no se aplicará a aquellos Estados miembros que negociaron en su día la posibilidad de quedar al margen de la legislación comunitaria en estas materias. La aceptación del *opting out* ha hecho posible la adopción de esta Directiva, que de por sí, se significa por sus posibilidades de reserva, gracias a las excepciones que contempla.

El Reino Unido, con una situación terriblemente problemática y controvertida en materia de retorno —su régimen interno prevé la posibilidad de detenciones indefinidas en centros que pueden ser gestionados por agentes privados— ha preferido permanecer fuera del régimen de regulación y aplicación de las normas en materia de retorno⁴³, a diferencia de la posición que adoptó en el caso de la Directiva 2001/40 relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países. Y tampoco participarán en su adopción Irlanda y Dinamarca, en razón de sus respectivos Protocolos de *opting out*.

La Directiva Retorno sí se aplicará en Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza, ya que estos países han sido asociados a la ejecución del acervo *Schengen*⁴⁴.

⁴³ Tal y como se señala en el párrafo 26 del preámbulo, «en la medida en que [la directiva] se aplica a los nacionales de terceros países que no cumplen o han dejado de cumplir las condiciones de entrada de conformidad con el Código de fronteras Schengen, la presente Directiva desarrolla disposiciones del acervo de Schengen en las que Reino Unido no participa con arreglo a la Decisión 2000/365/CE del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre la solicitud del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen; por otra parte, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 de dicho Protocolo, el Reino Unido no participa en la adopción de la presente Directiva y, por tanto, no está vinculado por la misma en su totalidad ni sujeto a su aplicación».

⁴⁴ Véanse los apartados 27 a 30 del preámbulo de la Directiva Retorno.

V. LOS PRINCIPIOS Y DIRECTRICES INSPIRADORAS DE LA DIRECTIVA

Los Estados miembros y las instituciones comunitarias consensuaron los principios que deben inspirar la Directiva Retorno y su aplicación. Estos principios no sólo tendrán un impacto en la legislación comunitaria y en la de los Estados miembros, también contribuirán a promoverlos en el ámbito regional y universal.

El primero de los principios, el «derecho de expulsar» es un derecho consuetudinario inherente a la soberanía de los Estados. Los trabajos realizados por la CDI han puesto de manifiesto el rechazo de los Estados a la aceptación de límites en este derecho soberano. No obstante, este principio encuentra dificultades en el momento de su ejercicio en la medida en que necesita de la colaboración de los países de origen. La aportación que ha realizado la Unión Europea con esta Directiva ha sido el establecimiento de límites y garantías procedimentales aplicables en el territorio de los 27. Así, y como lo defendiera el Parlamento Europeo, «es legítimo que los Estados repatrien a las personas», aunque la Directiva Retorno impone para ello el requisito previo y necesario de «la existencia de sistemas de asilo equitativos y eficientes que respeten plenamente el principio de no devolución»⁴⁵.

Luego encontramos el principio de la norma mínima, ya que la Directiva establece un mínimo común normativo de normas y procedimientos comunes a los Estados miembros para el retorno de los inmigrantes irregulares, compatible con todas las disposiciones más favorables que las instituciones comunitarias y sus Estados miembros decidan mantener o adoptar⁴⁶.

En una declaración anexa al Acta del Consejo en el que se aprobó la propuesta de Directiva se establece además que los Estados miembros no harán uso de la Directiva para adoptar disposiciones más restrictivas en sus

⁴⁵ Enmienda 4, considerando 1 bis (nuevo) del Informe Weber, p. 6.

⁴⁶ El artículo 4 de la Directiva Retorno dispone que: «1. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las disposiciones más favorables de: a) acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados entre la Comunidad o la Comunidad y sus Estados miembros y uno o varios terceros países; b) acuerdos bilaterales o multilaterales concluidos entre uno o varios Estados miembros y uno o varios terceros países. 2. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de cualquier disposición del acervo comunitario en el ámbito de la inmigración y del asilo que pueda ser más favorable para el nacional de un tercer país. 3. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva».

normativas nacionales. No obstante, esta declaración que tiene un valor meramente interpretativo y que sólo podría ser invocada desde un punto de vista político, ya ha sido incumplida por algunos Estados miembros, entre ellos España⁴⁷.

El Principio del Retorno Voluntario inspira la Directiva y tiene su origen en los 20 Principios sobre el Retorno Forzado del Consejo de Europa. Muchas son las razones que ven los Estados miembros en el retorno voluntario para apoyarlo, no sólo es más barato, sino que igualmente evita los múltiples problemas que desencadena el traslado y transporte forzados de personas que no quieren regresar.

La Directiva promueve el retorno voluntario gracias a dos medidas: la posibilidad de contar con un plazo de salida y el no soportar una prohibición de entrada, para aquellas personas que lo soliciten. No obstante, y dada la experiencia actual, el principio del retorno voluntario tendrá una aplicación y una importancia marginales si no se prevén medidas que lo favorezcan desde un punto económico.

La Directiva prevé la concesión de un «plazo de salida voluntaria» cuya duración podrá oscilar entre 7 y 30 días para facilitar el retorno voluntario⁴⁸ y se fijará teniendo en consideración las circunstancias concretas de cada caso, y en particular, los intereses dignos de protección como son los de los menores escolarizados o los vínculos familiares y sociales existentes. El plazo de salida voluntaria podrá denegarse o reducirse a un período inferior a siete días si existiera riesgo de fuga, si se desestimara una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. Antes esos supuestos, los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria, o podrán conceder un período inferior a siete días⁴⁹.

En caso de que hubiera riesgo de fuga, el Estado miembro siempre podrá imponer obligaciones tales como «la presentación periódica ante las

⁴⁷ Así el Gobierno español prevé ampliar de 40 a 60 días el período de detención, véase el Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social aprobado en el Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 2008.

⁴⁸ Además, el artículo 7 dispone que «los Estados miembros podrán disponer en su legislación nacional que este plazo se concederá únicamente a petición del nacional de un tercer país interesado. En tal caso, los Estados miembros informarán a los nacionales de terceros países de que se trate de la posibilidad de presentar una solicitud en este sentido».

⁴⁹ Artículo 7.4 de la Directiva.

autoridades, el depósito de una fianza adecuada, la entrega de documentos o la obligación de permanecer en un lugar determinado»⁵⁰. Respecto a esta cuestión, como en otras tantas a lo largo de la Directiva, las medidas a adoptar no son automáticas sino que deben aplicarse en función de las circunstancias del caso y son los Estados miembros los que deben elegir y adoptar el mecanismo en el marco de su legislación nacional.

En cuanto a las directrices que los Estados miembros han de tener en cuenta en la aplicación de la Directiva, es necesario señalar que el artículo 5 es un cajón de sastre que bajo el título «No devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud»⁵¹ contiene todo un conjunto de criterios heterogéneos, que sólo tienen en común haber sido establecidos como límites del ejercicio del derecho de expulsión por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) y de los tribunales nacionales, así como el hecho de encontrarse recogidos también en el capítulo segundo de los Veinte Principios del Consejo de Europa sobre el retorno forzado. Con estos límites se consagra la labor interpretativa de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales que ha servido para restringir el alcance de la discrecionalidad del Estado cuando adopta una decisión de expulsión.

El capítulo segundo de los Veinte Principios es más explícito en su codificación de la jurisprudencia del TEDH en lo relativo a los límites al derecho de expulsión de los Estados que se derivan del respeto a la vida privada y familiar⁵². Asimismo recoge una interpretación extensiva y progresista del *principio de non refoulement* que se corresponde con la interpretación de la que ha sido objeto por la jurisprudencia de los Estados miembros y por el Tribunal Europeo⁵³. Por ello, a diferencia de la parque-

⁵⁰ Artículo 7.3 de la Directiva.

⁵¹ En virtud del artículo 9 de la Directiva el estado de salud —el estado físico o la capacidad mental del nacional de un tercer país— podrá ser una circunstancia específica que el Estado podrá tener en cuenta cuando considere la posibilidad de aplazar la expulsión durante un período oportuno de tiempo.

⁵² El Principio 2.2 dispone que: «La décision d'éloignement ne doit être prise que si les autorités de l'Etat d'accueil sont convaincues, en tenant compte de toutes les informations pertinentes à leur disposition, qu'une éventuelle interférence dans le droit au respect de la vie familiale et/ou privée de la personne éloignée est, en particulier, proportionnée et poursuit un but légitime».

⁵³ El Principio 2.1. dispone que: «Une décision d'éloignement ne doit être prise que si les autorités de l'Etat d'accueil ont pris en considération toutes les informations pertinentes dont elles disposent et qu'elles sont convaincues, dans la mesure du raisonnable, que le respect ou la mise en œuvre de cette décision n'exposera pas la personne devant être éloignée:

dad del artículo 5 de la Directiva, el Principio segundo realiza un desarrollo progresivo de los instrumentos normativos internacionales y cubre algunas lagunas existentes en ellos, ya que se ocupa con mayor detalle de los menores⁵⁴.

VI. LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES Y LÍMITES A LAS FACULTADES DE EXPULSAR PREVISTOS EN LA DIRECTIVA RETORNO

La Directiva Retorno contempla un sistema de garantías procedimentales que recoge las mejores prácticas nacionales, entre las que cabe destacar la asistencia letrada gratuita; sin embargo y como señalaré a continuación, aún adolece de muchas de las deficiencias y puntos débiles de los mecanismos garantistas actuales.

La Directiva recoge los recursos necesarios para asegurar la defensa frente a las decisiones de expulsión infundadas, arbitrarias o colectivas. Ha de valorarse positivamente la posibilidad de recurrir contra la decisión administrativa o judicial que ordena el retorno, y que se prevé, además, respecto a todas las medidas del proceso de expulsión, alcanzando también a

a. à un risque réel d'être exécutée ou soumise à la torture ou à des traitements ou peines inhumains ou dégradants; *b.* à un risque réel d'être tuée ou soumise à des traitements inhumains ou dégradants par des agents non étatiques, si les autorités de l'Etat de retour, les partis ou les organisations qui contrôlent l'Etat ou une portion substantielle de son territoire, y compris les organisations internationales, n'ont pas la possibilité ou la volonté de fournir une protection adéquate et efficace; ou *c.* à d'autres situations qui, conformément au droit international ou à la législation nationale, justifieraient qu'une protection internationale soit accordée». Este reconocimiento del principio de non refoulement se completa con los apartados 3 y 4 que contemplan garantías y la consulta a ONGs y al ACNUR: «3. Si l'Etat de retour n'est pas l'Etat d'origine, la décision d'éloignement ne devrait être prise que si les autorités de l'Etat d'accueil sont convaincues, dans la mesure du raisonnable, que l'Etat de retour n'expulsera pas la personne vers un Etat tiers où elle se verrait exposée à un risque réel décrit au paragraphe 1, alinéas a et b ou à toute situation décrite au paragraphe 1, alinéa c.4. En estimant la situation dans l'Etat de retour dont il est question ci-dessus, les autorités de l'Etat d'accueil devraient consulter les sources d'information disponibles, y compris les sources non gouvernementales, et considérer toute information émanant du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR)».

⁵⁴ «Principio 2.5: Avant de prendre une décision d'éloignement à l'encontre d'un enfant séparé, il convient d'accorder une aide à l'enfant, notamment juridique, en prenant dûment en considération l'intérêt supérieur de l'enfant. Avant d'éloigner un enfant séparé, les autorités de l'Etat d'accueil devraient être convaincues qu'il sera confié à un membre de sa famille, à un tuteur désigné ou à un centre d'accueil approprié dans l'Etat de retour».

los supuestos del artículo 2 —devolución y expulsión a raíz de una sentencia penal— que podrán quedar fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, si los Estados así lo deciden. No obstante y como es común a todos los sistemas nacionales, los recursos no tienen efectos suspensivos, salvo que se acuerden excepcionalmente medidas cautelares⁵⁵. Este sistema condiciona que las posibilidades de éxito del recurso sean muy escasas, si consideramos las dificultades que pueden presentarse durante el *iter* procesal: el extranjero objeto de expulsión o devolución puede recurrir en alzada contra la orden administrativa, luego podrá acudir ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, ya en su país de origen o en el país de tránsito o de acogida al que sea retornado, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes⁵⁶. Durante ese proceso podrán producirse situaciones de indefensión y de violación de los derechos humanos, como en el caso del retorno de un menor no acompañado que quede en situación de desamparo⁵⁷ o en el de un demandante de asilo cuya petición de asilo haya sido rechazada y haya sido devuelto a un país no seguro. En el caso de que ello suceda en España, al extranjero —menor, demandante de asilo— sólo le resta el amparo constitucional e invocar el artículo 10.2 de la Constitución Española para intentar promover la interpretación de los derechos constitucionales a la luz de los tratados internacionales⁵⁸, especial-

⁵⁵ El Magistrado Moreno Andrade explica con gran claridad la problemática en España al considerar que «La ejecución inmediata del acto administrativo impugnado, que no puede olvidarse que constituye una característica esencial del mismo, puede suponer una pérdida definitiva de su derecho, aún en el caso de obtener una sentencia favorable, por lo que a veces la adopción inmediata de una medida cautelar aparece como el único medio de garantizar una tutela judicial efectiva. (...) Ocurre, sin embargo, que en la mayoría de los casos, cuanto se plantea en ese momento preprocesal de las medidas cautelares está configurando un verdadero juicio sobre el fondo del asunto. En otras palabras, si no se acuerda la suspensión de una medida de expulsión, el proceso puede carecer de sentido. Si se acuerda, acaso se esté permitiendo la persistencia de una situación de irregularidad no querida por el Derecho. En una y otra fase, en la cautelar y en la decisión del pleito, es tal la general ausencia de una sólida defensa, que el resultado suele ser la confirmación del acto administrativo y el rechazo de la impugnación ejercitada», MORENO ANDRADE, A., «Entrada de Inmigrantes Irregulares y Ley de Extranjería», en DEL VALLE GÁLVEZ, A., ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., *Inmigración Irregular y Derecho*, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁶ Véase el artículo 65 de la Ley de Extranjería.

⁵⁷ Véase LÓPEZ ULLA, J. M., *loc. cit.*, p. 85.

⁵⁸ Véase SAGARRA TRÍAS, E., «Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España a partir de la Constitución de 1978», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. y otros, *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio, Ministerio de Asuntos Sociales*, Madrid, 1995, pp. 287 y ss.

mente de la Convención Europea de los Derechos Humanos⁵⁹, la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de los Refugiados. Esta particular problemática había sido objeto de las peticiones de la confederación de ONGs⁶⁰ y también del Parlamento Europeo⁶¹ y había sido contemplada inicialmente dentro de la propuesta⁶², aunque finalmente no se ha incorporado en el texto final de la Directiva.

Sí se ha incorporado en la Directiva la Asistencia letrada gratuita para los inmigrantes sin recursos. Esta garantía había supuesto un problema fundamental para algunos de los Estados miembros, como Alemania que la consideraban de difícil realización al menos en el corto plazo, por lo que habían planteado la posibilidad de establecer un plazo para adoptar las medidas pertinentes. Finalmente, la financiación de la Asistencia letrada a cargo del Fondo de Retorno facilitó la aprobación de esta garantía.

La Directiva contempla límites para las medidas coercitivas que los Estados miembros podrán adoptar para llevar a cabo la expulsión forzada de los nacionales de un tercer país que se resistan a dicha expulsión. Estas medidas coercitivas se encuentran sujetas a dos límites: que se utilicen siempre como último recurso y que sean proporcionadas. Su aplicación ha sido una cuestión importante en la fase de negociación ya que la pérdida de vidas humanas y las lesiones corporales se han incrementado en la medida en que lo ha hecho el número de expulsiones. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa lleva años ocupándose de las medidas coercitivas y sus recomendaciones deberán ser tenidas en cuenta a la hora de aplicarlas y de considerar, sobre todo, cómo han de preservarse los derechos fundamentales en el momento de su aplicación⁶³.

⁵⁹ Véase FORTEAU, H. (ed.), *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des États membres. L'impact des garanties européennes contre la torture, les traitements inhumains et dégradants*, LGDJ, Paris, 1996.

⁶⁰ Es este uno de los «Principios comunes sobre el alejamiento de los inmigrantes en situación irregular y de los solicitantes de asilo rechazados», adoptado por la CIMADE junto a Amnistía Internacional, el Secretariado Jesuita para los refugiados, ECRET, Caritas, PICUM, Human Rights Watch, CCME, Save the Children, Sensoa, Quakers, FCEI, Iglesia Evangelista Española.

⁶¹ Véase la Enmienda 52 al Art. 12, apartado 2: RR/685637ES.doc, PE374.321v02-00.

⁶² En la propuesta inicial de 1 de septiembre de 2005, la Comisión Europea proponía que «el recurso jurisdiccional o bien tendrá efectos suspensivos, o bien incluirá el derecho del nacional del tercer país a solicitar la suspensión de la ejecución de la decisión de retorno o la orden de expulsión, en cuyo caso la decisión de retorno o la orden de expulsión se pospondrá hasta que se confirme o deje de ser susceptible de recurso con efectos suspensivos», 1.9.2005, COM(2005) 391 final, p. 7.

Respecto a las garantías a la espera del retorno, la Directiva ha dado un paso importante en la medida en que garantiza ahora un conjunto de condiciones básicas que contemplan: a) el mantenimiento de la unidad familiar con los miembros de la familia presentes en su territorio; b) la prestación de atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades; c) el acceso para los menores, en función de la duración de su estancia, al sistema de enseñanza básica; d) la consideración hacia las necesidades especiales de las personas vulnerables⁶⁴.

No obstante, no se han incorporado todas las garantías inicialmente previstas en las propuestas, de las que se ha excluido la garantía de un nivel de vida adecuado⁶⁵. La situación previa existente en algunos Estados miembros había llevado a su condena por parte de las instancias del Consejo de Europa, debido a que era práctica corriente el que se recortaran las medidas de asistencia con el objetivo de forzar el retorno⁶⁶.

Dentro de las garantías previstas por la Directiva retorno quiero destacar las que son un límite a las facultades de expulsión de los Estados miembros y que paso a señalar.

En primer lugar, la Directiva retorno establece que las órdenes de detención administrativas deben ser confirmadas por los jueces en un plazo de 72 horas. Esta previsión se corresponde con la Directriz 8.2 del Consejo de Europa que dispone y que, a su vez, recoge la obligación jurídica prevista en el Artículo 5.4 del Convenio de Roma que obliga a los Estados miembros a un pronto control judicial. Es imprescindible tener en cuenta el valor añadido que otorga la Directiva al explicitar su aplicación en los casos de la detención para todos los Estados miembros gracias a su formulación como un derecho exigible.

En segundo lugar, la Directiva establece la obligación de los Estados Miembros de poner en libertad a las personas cuya orden de expulsión no puede ejecutarse. Ante las situaciones en las que la expulsión no puede

⁶³ La Asamblea Parlamentaria adoptó en 2001 una «recomendación sobre los procedimientos de expulsión conforme a los derechos del hombre y ejecutadas en el respeto de la seguridad y de la dignidad» en la que establece un listado de medidas coercitivas que los Estados deberían prohibir.

⁶⁴ Artículo 14 de la Directiva Retorno.

⁶⁵ En la Propuesta 10903/07 se contemplaba: «providing standards of living capable of ensuring their basic subsistence are provided».

⁶⁶ Caso de Holanda, cuyas prácticas fueron condenadas por la *Resolución 1483 (2006)* de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre la política de retorno de los demandantes de asilo rechazados en Holanda, adoptada el 26.01.2006, párrafo 3.

ejecutarse por falta de cooperación del inmigrante o de su país de origen⁶⁷, el artículo 15.4 establece que el Estado miembro tiene que dejar en libertad y acoger a las personas cuyo país no les permite el regreso⁶⁸. Respecto al segundo supuesto, se ha atendido al hecho de que no se debe penalizar al residente ilegal cuando éste no es culpable del fracaso del retorno⁶⁹.

En este caso, la Directiva no entra a regular las consecuencias que se derivan de esta obligación, ya que los aspectos ligados a la migración legal entran dentro de las competencias comunitarias que imponen la unanimidad como procedimiento de adopción de decisiones, y ello habría supuesto ampliar el alcance de la Directiva y hubiera dificultado su adopción. No obstante, el artículo 6.4 permite al Estado miembro que recurra a la vía de la regularización⁷⁰ para tratar la situación resultante a la que se ven expuestos los inmigrantes irregulares⁷¹. Esta previsión es importante aunque con una futura posible aplicación mermada como consecuencia del Pacto

⁶⁷ Aunque el Derecho Internacional General obliga a todo Estado a recibir a sus propios nacionales, si el Estado de origen o de tránsito no quiere recibir a sus nacionales o a los nacionales de terceros países procedentes de su territorio es difícil, y en algunas situaciones imposible, exigirles el cumplimiento de sus obligaciones, especialmente cuando hay problemas para la determinación de la identidad y la nacionalidad de los inmigrantes; es entonces cuando entra en juego la negociación para la readmisión basada en la presión política y en los incentivos económicos; véase sobre esta cuestión, JIMÉNEZ GARCÍA, F., «La práctica convencional de readmisión forzada en la política migratoria de la Unión Europea: Del maximalismo de los Consejos Europeos al Minimalismo de los Acuerdos», y FAJARDO DEL CASTILLO, T., «Los acuerdos de readmisión de los inmigrantes en situación irregular celebrados por España», ambos en ALDECOA LUZÁRRAGA, F., SOBRINO HEREDIA, J. M. (coord.), *Migraciones y Desarrollo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 407 y ss, y pp. 87 y ss.

⁶⁸ Esta solución es también la adoptada por el Principio 2.6 de los Veinte Principios del Consejo de Europa sobre el retorno forzado que establece que «La décision d'éloignement ne devrait pas être exécutée si les autorités de l'Etat d'accueil apprennent que l'Etat de retour refuse de réadmettre la personne concernée. Si celle-ci n'est pas réadmise dans l'Etat de retour, l'Etat d'accueil devrait la reprendre», *loc. cit.*

⁶⁹ Véase el Informe Weber, *loc. cit.*, p. 33.

⁷⁰ Véase sobre regularizaciones, ROMÁN GARCÍA, F., «Los procesos de regularización de extranjeros en los Estados miembros vistos desde la Unión Europea», en el monográfico *Hacia un Derecho Unitario Europeo en Materia de Extranjería, Estudios de Derecho Judicial*, vol. 81, 2005, pp. 191 y ss.

⁷¹ El artículo 6.4 establece que «Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias u de otro tipo. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el período de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia».

para la Inmigración y el Asilo de la Presidencia francesa, en el que finalmente se incorporó el compromiso de los Estados miembros de no afrontar unilateralmente procesos de regularización masivos⁷². En la práctica, los Estados miembros deberán articular las vías para alcanzar el cumplimiento de la obligación, lo que debería suponer, para cada caso concreto, la retirada de la orden de expulsión, para que el inmigrante pueda regularizar posteriormente su situación por arraigo social.

En tercer lugar, la Directiva prohíbe las *expulsiones colectivas*. Esta prohibición ya se encuentra regulada en el ámbito regional europeo, en el Protocolo 4 de la Convención Europea sobre los derechos humanos⁷³. La prohibición que prevé la Directiva responde, por una parte, al deseo de establecer un marco de garantías lo más completo posible, y por otra, a la necesidad de ofrecer una respuesta a los casos de expulsiones y devoluciones masivas que se han producido en algunos Estados miembros⁷⁴.

Ante las situaciones de emergencia marcadas por la afluencia de un número «excepcionalmente importante» de inmigrantes ilegales, los Estados miembros que tengan dificultades para llevar a cabo su expulsión o su devolución, a causa de la falta de capacidad de sus instalaciones de internamiento, la Directiva permite que se amplíen los plazos del control judicial y que se flexibilicen las condiciones de internamiento.

⁷² Francia presentó el Pacto por la Inmigración y el Asilo como una iniciativa bilateral franco-española en el Consejo de Cannes de 7 de julio, que finalmente fue adoptada por el Consejo de Niza de octubre. No obstante, el proceso de negociación del pacto ha sido complejo: Francia negoció duramente este compromiso con España a cambio de hacer concesiones en el marco de la inmigración legal, como fue la renuncia a la incorporación del contrato de inmigración en el Pacto así como que se retrase hasta 2012 la implantación de los visados biométricos, véase el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, Doc. de la Presidencia francesa de 24 de septiembre de 2008, *13440/08*.

⁷³ Su Protocolo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se ocupa de los derechos a entrar y abandonar el territorio de los Estados contratantes, si bien el alcance de estos derechos no es equivalente para los nacionales de terceros estados. Mientras que el artículo 2.2 reconoce el derecho de toda persona a abandonar cualquier país incluyendo el suyo, el artículo 3.2 restringe el derecho de entrada en el territorio de los Estados contratantes a sus nacionales. Es su artículo 4 el que prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros. Véase Council of Europe, *The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files, n.º 18, Estrasburgo, 1993.

⁷⁴ Expulsiones masivas muy criticadas por las condiciones en las que fueron realizadas además, véase el caso de Italia con la expulsión de 300.000 rumanos, o sus expulsiones desde la Isla de Lampedusa a Libia, y de igual modo las expulsiones a Libia por Malta.

En cuarto lugar, la Directiva recoge el principio de *Non Refoulement*⁷⁵. Este principio proviene del derecho de los refugiados y se recoge en el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados en el que se establece que «Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas». Las jurisdicciones europeas, tanto las nacionales como la del TEDH han dado un mayor alcance a las garantías del principio de *non refoulement*, ampliando su invocación, a los casos en que la persona corra peligro de sufrir una ejecución extrajudicial, tortura, o una mutilación genital⁷⁶.

En cualquier caso, el peso del cumplimiento del principio de no devolución recae principalmente sobre los Estados miembros que han de decidir cuales son los Estados seguros y los que no lo son a efectos de la devolución. Tras la sentencia del TJCE de 6 de mayo de 2008 que anula algunas disposiciones de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado⁷⁷, las posibilidades de establecer un listado con los países que la Unión Europea considera «países seguros» parecen remotas. Ante esta situación, son los Estados miembros los que tienen que articular las vías adecuadas dentro de su administración y de su sistema judicial para cuando se haya de determinar si un país es o no seguro, los autoridades administrativas y los jueces puedan consultar con el ministerio de asuntos exterior-

⁷⁵ Sobre este principio véase International Institute of Humanitarian Law, *Declaración de San Remo sobre el Principio de Non Refoulement*, de septiembre de 2001, LAUTERPACHT, E., BETHLEHEM, D., *The scope and content of the principle of non-refoulement*, 2001, en www.unhcr.ch, COLEMAN, N., «Non-Refoulement Revised. Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law», *European Journal of Migration and Law*, vol. 5, 2003, p. 23-68, GORTÁZAR ROTAECHE, C., *Derecho de Asilo y 'No Rechazo' del Refugiado*, Dykinson, Madrid, 1997.

⁷⁶ Véase especialmente las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de mayo de 1997, en el asunto D. contra el Reino Unido, y de 15 de noviembre de 1996, en el asunto Chahal contra el Reino Unido, en las que se suspende la decisión de expulsión porque habría «riesgos reales de tortura o tratos inhumanos o degradantes contrarios al artículo 3 de la CEDH».

⁷⁷ Véase la STJCE de 6 de mayo de 2008, Parlamento/Consejo, C-133/06 (Rec. 2008, p. I-3189).

res o con las organizaciones internacionales competentes —como el Alto Comisariado para los Refugiados—, antes de adoptar sus decisiones.

Por otra parte, para determinar quiénes son Estados seguros los Estados miembros ya cuentan con una serie de criterios importantes a valorar. Estos criterios vienen establecidos no sólo por las Directivas sino por directrices del Consejo de Europa sobre la materia⁷⁸. A estos criterios se han de sumar los que permitan señalar a los Estados de África y Oriente en los que se practica la mutilación genital, como son Egipto, Ghana o Senegal. No obstante, no puede dejar de criticarse que la Unión Europea haya creado un cinturón de países seguros⁷⁹, muchos de los cuales, son considerados por la Comisión Europea y los Estados miembros como seguros para los nacionales de terceros estados que transitaron por su territorio para acceder a la Unión Europea pero no así para sus propios nacionales.

Por último, la cuestión de los menores no acompañados ha sido una de las cuestiones más sensibles del debate de la Directiva Retorno⁸⁰. Nuevamente, se ha intentado reflejar la regulación jurídica prevista en los Estados miembros así como en los Tratados Internacionales, a la que se suma las resoluciones no obligatorias del Consejo sobre esta materia⁸¹, en las que se permite el retorno de los menores siempre que éstos no queden en desamparo.

⁷⁸ Los conceptos de país de origen seguro y de país tercero seguro han sido objeto de tratamiento por el Consejo de Europa que adoptó la *Recomendación N° R (97) 22* del Comité de Ministros que enuncia las líneas directrices sobre la aplicación de la noción de país tercero seguro, de 25 de noviembre de 1997.

⁷⁹ Véase COLLINSON, S., «Visa requirements, carrier sanctions, 'safe third countries' and 'readmission': the development of an asylum 'buffer zone' in Europe», *Trans Inst Br*, vol. 21, n.º 1, 1996, pp. 76-90.

⁸⁰ Así el ministro francés de inmigración Brice Hortefeux realizó declaraciones públicas para dar garantías de que Francia seguiría sin retornar menores no acompañados, véase «Les Européens adoptent des règles communes de renvoi des clandestins», *Le Monde*, 07.06.2008.

⁸¹ Véase la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, cuyo artículo 5 que dispone que:

5.1. Cuando un menor de edad no sea autorizado a prolongar su estancia en un Estado miembro, éste sólo podrá devolverlo al país de origen o un país tercero dispuesto a admitirlo cuando a su llegada se reúnan en éstos las condiciones adecuadas de acogida y asistencia para el menor, en función de sus necesidades, habida cuenta de su edad y de su nivel de autonomía. De ello podrán encargarse los padres u otras adultos que cuiden de él, así como órganos estatales o no estatales.

5.2. Mientras no sea posible realizar la repatriación en dichas condiciones, los Estados miembros deberían en principio dar la posibilidad de que el menor permanezca en su territorio», 97/C 221/03.

No obstante el concepto de «interés superior del menor» está experimentando importantes cambios en tanto que objeto de regulación jurídica que es necesario examinar a la luz de la Directiva Retorno.

Hasta ahora las normas internacionales han considerado que el interés superior del menor era la reunificación familiar, no obstante esta apreciación está cambiando debido a la interpretación que han realizado los jueces nacionales de algunos de los Estados miembros, en la que caben excepciones importantes a dicha regla, y que exige una estimación caso por caso⁸². Los jueces nacionales están teniendo en cuenta ahora el contexto jurídico y socio-económico de los países de origen para revocar las decisiones de expulsión ante estas nuevas situaciones⁸³. En España, han sido los jueces del Tribunal Constitucional los que han planteado la cuestión anulando el orden de expulsión de menores no acompañados, invocando el interés superior del menor de decidir sobre su futuro⁸⁴. No obstante, no puede interpretarse el concepto de interés superior del menor en el sentido de reconocer su pretensión de no ser retornado⁸⁵.

⁸² Desde Cruz Roja Española se ha señalado que «[l]as normas internacionales reconocen como derecho del menor la reunificación familiar, pero un retorno sin unos planteamientos mínimos de integración socio-familiar puede provocar reiterados intentos de regreso a nuestro país, con el consiguiente riesgo para la vida de los menores (...). La amenaza de la repatriación puede hacer también que los menores intenten evitar los sistemas de protección en nuestro país, identificando los centros de protección como una suerte de centros de retención, viviendo en la calle, traficando o dedicándose a la prostitución», véase BRUEL I CARRERAS, A., GENDE FEELY, S., «Las situaciones extremas que plantean los diversos sistemas de entrada en territorio español», en DEL VALLE GÁLVEZ, A., ACOSTA SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 72.

⁸³ Véase ADROHER BIOSCA, S., «Menores extranjeros no acompañados: una nueva emigración», en LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., MAYORAL NARROS, I.V., *Jornadas sobre derechos de los menores*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, pp. 259 y ss.

⁸⁴ Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 173/2008, 183/2008, 184/2008 de 22 de febrero, publicadas en su página web, www.tribunalconstitucional.es

⁸⁵ Así López Ulla considera que «como los derechos son facultades que la ley reconoce, no entendemos que el interés del menor en entrar o permanecer en España de cualquier manera pueda ser considerado un ‘interés superior’ que pueda imponerse al interés de las autoridades españolas por hacer cumplir lo preceptuado legalmente para ejercitar su pretensión. En este supuesto, el menor no estará ejerciendo ningún derecho fundamental por lo que no podemos calificar de interés superior la pretensión del menor de no ser retornado o devuelto a su país o allí donde se encontrara su familia. A buen seguro que ésta será la preocupación principal del menor, que habrá emigrado tratando de buscar un futuro mejor, pero en la medida en que para ello recurre a procedimientos contrarios a las normas que ordenan la entrada y permanencia en el país, se convierte en una pretensión no fundamenta-

La Directiva refleja la jurisprudencia más progresista de los Estados miembros pero no las aspiraciones de las ONGs europeas que habían solicitado entre otras medidas que los menores no fuesen en ningún caso objeto de detención⁸⁶.

El artículo 10 sobre el retorno y la expulsión de menores no acompañados establece como garantías básicas y obligatorias las mejores prácticas que se aplican en la mayor parte de los Estados miembros elevando el nivel de la legislación existente. Los Estados miembros quedan obligados a que «antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño». El artículo sigue las consideraciones del preámbulo, en el que a lo largo de las negociaciones se consiguió cambiar las formas verbales que dejaban margen a la discrecionalidad por las obligatorias en las que se hace hincapié en que «el interés superior del niño *debe ser* la consideración primordial de los Estados miembros al aplicar la Directiva», en la línea de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Del mismo modo, «de conformidad con el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, el respeto de la vida familiar *debe ser* la consideración primordial de los Estados miembros al aplicar la presente Directiva»⁸⁷.

En este campo también, la Unión Europea debería iniciar, como ya vienen haciendo los Estados miembros, la negociación de acuerdos internacionales de retorno de los menores a sus países de origen, ya que tras el Tratado de Ámsterdam se ha visto atribuida una competencia exclusiva en materia de retorno.

da en Derecho y por tanto no admisible. Hacer prevalecer el interés del menor, sea cual fuere la legitimidad del mismo, por encima de cualquier otro mejor fundado en Derecho terminaría lógicamente transformando este principio rector en cláusula abusiva. Así las cosas, realmente sólo cuando fracasaren las pesquisas del Estado de acogida para asegurar el retorno del menor en las condiciones señaladas en el artículo 35 de la Ley, coincidirán verdaderamente el interés superior de uno (el menor) y otro (el Estado de acogida)», LÓPEZ ULLA, J.M., «En torno a la Constitucionalidad de la Instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado sobre la Procedencia de ordenar el retorno de los Extranjeros menores que pretendan entrar ilegalmente en España», en DEL VALLE GÁLVEZ, A., ACOSTA SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 184.

⁸⁶ Véase la campaña de las ONGs www.nominorsindetention.org

⁸⁷ Véanse los considerandos del preámbulo, así como la Enmienda 2 de la Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo, PE374.321V02-00.

VII. INTERNAMIENTO A EFECTOS DE EXPULSIÓN Y SUS CONDICIONES

La principal defensa frente a las críticas a las medidas de internamiento previstas en la Directiva Retorno es muy clara y habla por sí sola: esta medida no es obligatoria para los Estados miembros, que pueden libremente incorporarla en sus sistemas nacionales o excluirla, de ellos depende. Ahora bien, ya que todos los Estados miembros la tienen incorporada, las críticas deben realizarse a todos los regímenes nacionales vigentes⁸⁸.

La Directiva Retorno establece el principio de la detención como último recurso y un marco jurídico para el ejercicio de las facultades de los Estados miembros en materia de detención. Creo necesario valorar este marco común como un logro importante y positivo porque permite superar las disparidades existentes hasta ahora entre las normativas y prácticas de los Estados miembros. Precisamente por la existencia de tales disparidades, se carecía de una base común que facilitara la elección del régimen a adoptar. El capítulo IV establece este régimen que se articula en torno a un núcleo básico e inderogable de garantías, que se completa con mecanismos y garantías adicionales respecto a los cuales los Estados conservan una capacidad de elección. Este marco jurídico lejos de reflejar un mínimo común, eleva las garantías procedimentales y judiciales que sólo se reconocían en algunos de los regímenes nacionales de los Estados miembros, hasta alcanzar las exigencias del Consejo de Europa y de la Organización Internacional para las Migraciones, (OIM en adelante).

Al mismo tiempo, este marco común deja espacio para la flexibilidad al permitir a los Estados un cierto grado de elección entre las medidas a

⁸⁸ Así por ejemplo la crítica de Giusto Catania, expresada como opinión minoritaria que rechaza el Informe Weber del Parlamento Europeo, «porque los nacionales de terceros países, como los ciudadanos comunitarios, no deben ser objeto de privación de libertad personal o de pena de prisión a causa de una falta administrativa. (...) Además, consideramos que un período de privación de libertad de dieciocho meses es inútil, excesivo y afecta enormemente el derecho a la libertad personal, defendido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Dieciocho meses de privación de libertad para personas que no han cometido un delito entrañan de facto la legitimación de una paradoja jurídica. Un período injustificadamente prolongado de privación de libertad en condiciones terribles como las que se presentan en algunos centros de detención de la UE, visitados por la propia Comisión LIBE, no debería autorizarse en ningún caso en nuestra legislación comunitaria. Además, consideramos extremadamente urgente llevar a cabo una evaluación detallada de la utilidad y las consecuencias del internamiento de inmigrantes en esos centros», RR/685637ES.doc, PE374.321v02-00.

adoptar, a la hora de conformar sus regímenes nacionales, pudiendo estos optar entre un doble mecanismo administrativo⁸⁹ o judicial para ordenar el internamiento, así como entre las distintas garantías procedimentales.

La Directiva Retorno establece que el internamiento es una medida de último recurso para cada caso en concreto, que se adopta en defecto de medidas de carácter menos coercitivo, «únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión», «especialmente» cuando se dan dos supuestos —que son la mayoría de las situaciones que se plantean—, el primero, el que haya riesgo de fuga, y el segundo, que el nacional del tercer país de que se trate evite o dificulte la preparación del retorno o el proceso de expulsión.

En principio, la duración de la detención no podrá superar los seis meses, y dentro de este margen cada Estado miembro fijará un período limitado de internamiento. Estos seis meses podrán prorrogarse hasta los dieciocho meses, cuando se presenten los dos supuestos que en la práctica generan la mayor dilación en la operación de expulsión como son: « a) la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate, o b) demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria»⁹⁰.

Este plazo y su posible prórroga han sido criticados como desproporcionados en relación con el tiempo necesario para organizar el retorno⁹¹, sin embargo, la adopción de un límite común constituye un gran paso adelante si se tiene en cuenta la disparidad de las prácticas nacionales y si se valoran los principios que han de inspirar la detención. En el gráfico siguiente se presentan los distintos períodos de detención previstos en los Estados miembros.

⁸⁹ En caso de optar por un régimen administrativo, el artículo 15.2 dispone que los Estados miembros: a) establecerán un control judicial rápido de la legalidad del internamiento que deberá llevarse a cabo lo más rápidamente posible desde el comienzo del internamiento, o b) concederán al nacional de un tercer país de que se trate el derecho de incoar un procedimiento para que se someta a control judicial rápido la legalidad de su internamiento, que deberá llevarse a cabo lo más rápidamente posible desde la incoación del procedimiento. En este caso, los Estados miembros informarán inmediatamente al nacional de un tercer país de que se trate sobre la posibilidad de incoar dicho procedimiento.

⁹⁰ Artículo 15.6.

⁹¹ Así Jacques Delors, ex Presidente de la Comisión Europea y Michel Rocard, ex Primer Ministro de Francia firman una carta en la que critican que «la duración de la detención autorizada (18 meses) es totalmente desproporcionada en relación con el tiempo realmente necesario para organizar el retorno de un extranjero (que en Francia ronda una decena de días)», no obstante hay que tener en consideración la diversidad de situaciones existentes en los Estados miembros, el Reino Unido no prevé límites para la detención, «Europa debe respetar los derechos esenciales de los ‘sin papeles’», *El País*, 18.06.2008.

<i>Períodos de detención en las prácticas nacionales</i>	<i>Estados miembros</i>	<i>Observaciones</i>
Posibilidad de detención ilimitada.	Reino Unido, Dinamarca, Finlandia, Estonia, Irlanda, Malta, Holanda, Suecia.	
Período superior a 18 meses	Letonia	20 meses
Máximo de 18 meses	Alemania	
Entre 6 y 12 meses	Hungría, Lituania, Polonia, Bélgica	
Máximo de 6 meses	Austria, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia.	
Entre 2 y 3 meses	Luxemburgo, Portugal e Italia	
Entre 1 y 2 meses	España	España tiene actualmente un máximo de 40 días, si bien la propuesta de reforma de la Ley de Extranjería ampliaría el plazo a 60.
Máximo de 1 mes	Francia (máximo de 32 días) y Chipre	Francia garantizará que el período de detención no será superior a 32 días.

Lo que más critican las ONGs⁹² es el hecho de que si la organización de una expulsión no supera los 10 días si el inmigrante y las autoridades del país de origen cooperan, los Estados miembros deberían haber hecho del retorno voluntario el tema central de la Directiva. En lugar de ello, se garantiza que la falta de cooperación se penalice con la ampliación del plazo de la detención administrativa, para que ello tenga un efecto disuasorio y coercitivo.

Los principios que deben inspirar la detención suponen igualmente un cambio importante y una mejora de la situación en aquellos Estados miembros con una legislación y una práctica más restrictiva de los derechos de los inmigrantes. En el caso de los 20 principios del Consejo de Europa sobre el Retorno forzado, su capítulo tercero relativo a la detención previa a la expulsión recoge en seis principios un arco de garantías y derechos muy avanzados para las personas objeto de detención —con un especial

⁹² Véase el Informe de Cimade «Contra la prolongación de la duración del internamiento administrativo», 2003, en www.cimade.org.

tratamiento para los menores y las familias⁹³— que en la mayor parte de los Estados europeos no se reconoce o no se aplica⁹⁴.

Las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones internacionales especializadas, como la OIM, podrán llevar a cabo visitas a los centros de internamiento con objeto de controlar su estado. Este tipo de medidas llevan ya años realizándose a petición de los Estados miembros, que han celebrado acuerdos con la OIM para la supervisión de dichos centros⁹⁵.

VIII. LA PROHIBICIÓN DE ENTRADA COMO SANCIÓN

La prohibición de la entrada de hasta 5 años ha sido duramente criticada por considerar que «tiende a estigmatizar a las personas expulsadas como culpables de un delito por el que deben ser castigadas, y con el riesgo añadido de negarles el ejercicio futuro de los derechos esenciales, como el derecho de asilo o el de reagrupamiento familiar»⁹⁶. Sin embargo, nuevamente hemos de señalar la importancia de una armonización mínima de la duración de la prohibición si tenemos en cuenta las prácticas nacionales preexistentes. La Directiva 2001/40 sobre reconocimiento mutuo de las decisiones de expulsión ya supuso una primera armonización de la prohibición de entrada de 3 a 10 años que aproximaba prácticas muy dispares, como se muestra en el siguiente cuadro⁹⁷.

⁹³ «Principe 11. Enfants et familles:1. Les enfants ne doivent être placés en détention que s'il s'agit d'une mesure de dernier recours et pour la durée la plus courte possible. 2. Les familles détenues préalablement à leur éloignement devraient bénéficier de lieux d'hébergement séparés afin de préserver leur intimité. 3. Les enfants, qu'ils soient en détention ou non, ont droit à l'éducation et aux loisirs, notamment le droit de jouer et de s'adonner à des activités récréatives appropriées à leur âge. L'éducation offerte pourrait dépendre de la durée de la détention.4. Les enfants séparés devraient être accueillis dans des institutions dotées d'un personnel et d'installations qui tiennent compte des besoins spécifiques des personnes de leur âge. 5. L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans les cas de détention préalable à l'éloignement».

⁹⁴ Véase J. DE LA HERA OCA, «La asistencia jurídica a los inmigrantes irregulares», en A. DEL VALLE GÁLVEZ, M. ACOSTA SÁNCHEZ, *Inmigración irregular y Derecho*, Cruz Roja Española y Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005, p. 129.

⁹⁵ Véase por ejemplo el Informe de la OIM relativo a Portugal, en www.oim.org

⁹⁶ Jacques Delors y Michel Rocard, «Europa debe respetar los derechos esenciales de los 'sin papeles'», *El País*, 18.06.2008.

⁹⁷ Elaboración propia a partir del Documento de la Secretaría General del Consejo de 21 de diciembre de 2000, *Compilation of replies to questionnaire on the initiative of the French Republic with a view to the adoption of a Council Directive on mutual recognition of deci-*

	<i>Duración de la Prohibición de Entrada</i>	<i>Observaciones</i>
<i>Alemania</i>	Prohibición de entrada indefinida para deportados y expulsados.	Los demandantes de asilo rechazados serán sometidos a una prohibición de entrada si son objeto de expulsión. Podía solicitarse una revisión.
<i>Austria</i>	De 5 a 10 años ó indefinida en función de los casos.	
<i>Dinamarca</i>	De un año a una prohibición permanente, dependiendo de la razón de la expulsión.	
<i>España</i>	De 3 a 10 años.	
<i>Finlandia</i>	Mínimo de 5 años.	La Oficina de extranjería puede revocar la prohibición en atención a un cambio en las circunstancias o por motivos personales.
<i>Francia</i>	De 1 a 3 años en caso de estancia ilegal. Permanente en ciertos casos (p.e. tráfico de drogas)	
<i>Grecia</i>	Prohibición indefinida.	El extranjero expulsado queda registrado en una lista de personas indeseables.
<i>Holanda</i>	Sin prohibición de entrada determinada, pero de hecho indefinida en la medida en que el extranjero expulsado es declarado "indeseable".	
<i>Irlanda</i>	5 años	La violación de la prohibición de entrada se penalizaba con una detención de 2 a 6 meses.
<i>Luxemburgo</i>	De 5 a 10 años.	
<i>Portugal</i>	Mínimo de 5 años.	
<i>Reino Unido</i>	Indefinida.	La orden de expulsión permanece en vigor hasta que sea revocada por la Secretaría de Estado.

Una de las prácticas más criticadas ha sido la de la prórroga automática de las prohibiciones de expulsión, ante las cuales los inmigrantes expulsados tenían muy pocas vías de recurso efectivo desde su país. Sin embargo, *on the expulsion of third country national*. En el cuadro no constan los datos de Bélgica y de Suecia porque no contestaron al formulario.

go, en la Directiva no hay ninguna disposición que explícitamente señale que la prórroga de la sanción haya quedado prohibida. Sí queda implícita la posibilidad de prorrogarla cuando se contempla la posibilidad de que la prohibición de entrada «exced[a] de cinco años si el nacional de un tercer país representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional».

Tanto en la Directiva Retorno como previamente en la Directiva 2001/40 sobre reconocimiento mutuo de las decisiones de expulsión, el peso de la sanción radica en la dimensión europea de sus efectos, que se refieren al conjunto de los Estados miembros.

También se ha previsto la posibilidad que tienen a su alcance los Estados miembros de revocar la prohibición de entrada como si de un poder discrecional se tratara, ya que la cláusula abierta de la Directiva Retorno permite a los Estados miembros «revocar o suspender una prohibición de entrada en casos concretos o para determinados tipos de casos, por otros motivos»⁹⁸. Por cínico que pueda parecer, su incorporación en la Directiva se hizo teniendo en mente la eventualidad de que el inmigrante expulsado pudiera ser en el futuro un dirigente político, un jugador de fútbol, o un profesional altamente requerido por el mercado de trabajo.

IX. LA FINANCIACIÓN DE LA DIRECTIVA DE RETORNO

Una de las cuestiones más importantes de la Directiva de Retorno es la de su financiación. Hasta que no se ha aprobado la Directiva, los fondos previstos para la compensación de las medidas de retorno han permanecido bloqueados, un total de 676 millones de euros del Fondo Europeo de Retorno para el período 2008-2013. Para 2008, los fondos disponibles habrían ascendido a 82.2 millones de euros.

La financiación comunitaria de las medidas a adoptar tiene un valor añadido que se pondrá de manifiesto cuando se inicie la aplicación de la Directiva ya que hará posible un control estricto por parte de la Comisión Europea del reconocimiento de los derechos y garantías reconocidos en la Directiva a todas las personas susceptibles de expulsión.

El Fondo de Retorno está destinado a los Estados miembros en dos campos: la creación de centros de detención que cumplan las condiciones necesarias y a dotarse de los recursos institucionales y personales (infraestructuras administrativas).

⁹⁸ Último apartado del punto 3 del Artículo 11.

También es de destacar que los principales beneficiarios de los recursos de los Fondos son los Estados miembros que soportan el mayor peso de la inmigración tanto como países de tránsito como de destino a efectos de esta Directiva Retorno, y que son actualmente Chipre, Malta, España, Italia, Grecia y Francia, a los que se sumaron tras su adhesión los países de la frontera oriental: Polonia, Eslovaquia y Rumania. Estos países se han convertido en la puerta de entrada —y de salida— de la Unión Europea, lo que ha hecho necesario que en ellos se lleve a cabo la construcción de nuevos centros de detención y que se organicen controles para mejorar la situación de los existentes.

La mayor financiación destinada a las medidas de retorno no sólo debe conseguir su mayor eficacia sino también debe garantizar un mayor respeto de los derechos humanos en el proceso mismo del retorno al país de origen. Desgraciadamente, en todos los Estados miembros, se han producido situaciones en que las personas retornadas han sufrido lesiones físicas, que incluso han derivado en la muerte, si bien han constituido siempre sucesos aislados.

X. EVALUACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA RETORNO

La Comisión Europea deberá llevar a cabo una evaluación de las medidas de transposición y de aplicación de la Directiva que presentará al Parlamento Europeo y al Consejo cada tres años.

La formulación genérica que finalmente se ha incorporado en la Directiva y que permitirá el desarrollo posterior del tipo de control que lleve a cabo la Comisión, no ha incluido las concreciones que se propusieron en las enmiendas. Lamento su no incorporación porque estas enmiendas, de enorme valor político, marcaban las pautas para el desarrollo de un mecanismo de control fuerte. Entre estas propuestas, destaco la que apuntaba que estos informes incluyeran información detallada sobre el número de personas a quienes se haya impuesto un retorno forzado y sobre su nacionalidad⁹⁹.

Tampoco se ha optado por asumir el nivel más elevado de control de los Veinte principios del Consejo de Europa que en su principio 20 recomendaba a los Estados poner en marcha «mecanismos de control eficaces

⁹⁹ Enmienda 11 de la Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo, PE374.321V02-00.

de las operaciones de retorno forzado», y en particular cuando la persona expulsada presentara una queja por los malos tratos, que pretendiera haber recibido durante la operación, en cuyo caso la queja debería dar lugar a una investigación efectiva e independiente en plazo razonable¹⁰⁰.

Tanto las medidas administrativas como las judiciales que deben acompañar a la Directiva Retorno se someterán ahora al control de la Comisión. Ello ha de considerarse como una garantía añadida en la medida en que es en la aplicación donde podrán detectarse los problemas de coordinación entre Estados, y que hasta ahora no se habían abordado. A su servicio se pondrán las redes de información ya existentes como ICONET¹⁰¹ destinada a establecer un mecanismo de información mutua sobre las medidas de los Estados miembros en materia de asilo e inmigración, diseñado con el objetivo de servir a la gestión de la inmigración ilegal y también de todas las operaciones de retorno en un marco de cooperación reforzada de los Estados miembros¹⁰². En el caso de la Agencia FRONTEX, el Consejo acordó poco después de su puesta en funcionamiento, la mejora de la cooperación entre los Estados miembros, la Comisión y la Agencia en materia de retorno, gracias a la puesta en marcha de actuaciones que contemplan desde el desarrollo de las mejores prácticas en la obtención de documentos de viaje para asegurar el retorno, hasta la fijación de objetivos de formación y de normas de seguridad para las escoltas de las operaciones conjuntas de retorno¹⁰³.

Los Estados miembros contarán con la asistencia de un Comité de Aplicación que se constituirá en 2009 y que podrá verse igualmente asesorado y asistido en su labor por las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones internacionales especializadas, como es el caso de la OIM.

Los informes de aplicación de los Estados miembros serán de gran importancia en la medida en que las políticas migratorias de la mayor par-

¹⁰⁰ Véase el principio 20 puntos 1 y 4, *loc. cit.*, p. 8.

¹⁰¹ Decisión 2006/688/CE del Consejo, de 5 de octubre de 2006, *DO L* 283 de 14.10.2006, p. 40.

¹⁰² Véase la intervención del entonces Comisario Franco Frattini, «Inmigration Illégale: mesures récentes et futures», 7.03.2006, *Speech/06/146*.

¹⁰³ Véase el «Projet de conclusions du Conseil sur l'amélioration de la coopération entre les États membres, la Comisión et l'Agence FRONTEX en matière de retour», de 23 de mayo de 2007, *9805/07*, pp. 4 y 5 y el documento parcialmente accesible al público «Assistance to Member States when organising joint return operations provided by the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (FRONTEX)», de 20 de diciembre de 2006, *17028*.

te de los Estados miembros han adolecido de una gran falta de transparencia que también se ha trasladado al ámbito comunitario, en el que la mayor parte de la información sobre la aplicación de las políticas nacionales se encuentra clasificada como restringida o secreta. Para acceder a esta información es necesario poner en marcha los protocolos de acceso a los documentos de las instituciones comunitarias, siendo muy frecuente, como he podido comprobar, que se denieguen en última instancia por considerar que los Estados miembros se niegan a ello o porque se ponen en peligro las políticas de negociación con terceros Estados.

Es de lamentar también la no incorporación de la propuesta del Parlamento Europeo de crear la figura de un defensor del pueblo europeo para el retorno al que se habrían atribuido importantes funciones «con el fin de asegurar un retorno eficiente dentro del pleno respeto de los derechos humanos en el proceso de retorno»¹⁰⁴.

XI. LA DIRECTIVA RETORNO Y LAS MEDIDAS DE ACOMPAÑAMIENTO A ADOPTAR EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE RETORNO

Esta Directiva es una pieza más del complejo engranaje de la Política de Retorno de la UE ya que antes y después de la decisión de expulsión entran en juego otros instrumentos jurídicos de enorme importancia.

Antes del retorno, ha de haberse aplicado el Código de Fronteras del Espacio Schengen, que sirve para determinar el alcance de la Directiva Retorno. Los casos de devolución en frontera por infracción de las normas previstas en el Código podrán ser excluidos a elección de los Estados miembros del ámbito de aplicación de la Directiva.

Después de la decisión de expulsión, los Acuerdos de readmisión garantizan la eficacia de la medida de retorno forzado. Los acuerdos de readmisión son los que hacen posible que la decisión de expulsión pueda ejecutarse finalmente, ya que si bien los Estados de origen tienen la obligación

¹⁰⁴ Enmienda 69, Artículo 16 bis (nuevo), sobre la «Creación de un Defensor del Pueblo del Parlamento Europeo para el Retorno: 1) Con el fin de asegurar un retorno eficiente dentro del pleno respeto de los derechos humanos, se creará un Defensor del Pueblo del Parlamento Europeo para el retorno. 2). Las tareas del Defensor del Pueblo del Parlamento Europeo para el Retorno serán las siguientes: a Realizar en cualquier momento inspecciones sin previo aviso; b Recopilar datos e informes sobre las expulsiones conjuntas, y, en su caso, formular recomendaciones; c Solicitar a los Estados miembros en cualquier momento información o aclaraciones sobre el proceso de retorno», pp. 29 y 33.

de recibir a sus propios nacionales en virtud del Derecho internacional general¹⁰⁵, estos se niegan a ello alegando la carencia de documentación de los inmigrantes.

La Unión Europea inició en 2001 una política de negociación de acuerdos de readmisión que ha tenido hasta el momento unos resultados desiguales, que han puesto de manifiesto la complejidad de estos acuerdos así como los graves problemas que pueden derivarse de su aplicación, especialmente en materia de derechos humanos¹⁰⁶. Ello se debe a que estos acuerdos parten de la presunción de que los Estados de origen y tránsito son países seguros, que respetan los principales acuerdos internacionales en materia de protección de las libertades y derechos fundamentales, y que cuentan con los sistemas de garantías necesarias para hacerlos efectivos, cuando la realidad demuestra lo contrario. Por supuesto, también han quedado en evidencia los problemas que se derivan de la falta de acuerdos de readmisión, en particular, la proliferación de acuerdos informales a los que se denomina genéricamente como «acuerdos de colaboración operativa con las autoridades»¹⁰⁷ nacionales que realizan los Estados miembros quedando fuera del alcance de la opinión pública y de cualquier control jurídico y político.

Actualmente, el éxito de las medidas depende de que se sumen los esfuerzos y capacidades de los Estados miembros y de la Unión, ya que los Estados miembros siguen celebrando acuerdos de readmisión con los Estados de origen y de tránsito de la inmigración a la espera de que la Unión Europea celebre sus propios acuerdos que vengán a sustituirlos, en virtud de la competencia exclusiva que tiene en este sector de la política migratoria.

¹⁰⁵ Véase PHUONG, C., «Minimum Standards for Return Procedures and International Human Rights Law», *European Journal of Migration and Law*, vol. 9, 2007, pp. 105-125; PÉREZ PRAT, L., «Inmigración y Derecho Internacional: ¿Un acuerdo imposible?», en SO-ROETA LICERAS, J., (ed.), *Problemas actuales de la Inmigración*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2006, pp. 154 y ss.

¹⁰⁶ El Consejo encomendó a la Comisión la negociación de acuerdos de readmisión con 16 países: Albania, Argelia, Bosnia Herzegovina, China, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Hong Kong, Macao, Moldavia, Montenegro, Marruecos, Pakistán, Rusia, Serbia, Sri Lanka, Turquía y Ucrania. Siguen pendientes de conclusión algunos de los más importantes: Argelia, China, Marruecos, Pakistán y Turquía, véase la página web de la Comisión Europea: Cooperation with third countries on migration, www.ec.europa.eu/justice_home.

¹⁰⁷ Véase la mención a los acuerdos de España con Senegal y Ghana en 2005, en GUERVÓS MEILLO, C., «Los recursos requeridos para la prestación de una asistencia inmediata a los inmigrantes en el momento de su entrada irregular en territorio español: necesidades y carencias más destacables», en DEL VALLE GÁLVEZ, A., ACOSTA SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 90.

Por otra parte, sería importante recuperar en el futuro y con la financiación del Fondo para el Retorno las propuestas realizadas por el Parlamento Europeo para marcar el camino a seguir en la aplicación de la Directiva de manera que «para garantizar y supervisar la reintegración socioeconómica de la persona repatriada en el país de origen», la Comisión debería preparar un plan de acción *ad hoc* de cooperación, que acordaría con todo tercer país, para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de la persona repatriada¹⁰⁸.

Igualmente, el Parlamento Europeo había propuesto que los Estados miembros asumieran la obligación de evaluar las repercusiones de su política de retorno en los países de origen de los nacionales de terceros países y de procurar que sea compatible con una política coherente de desarrollo y cooperación con los países de origen y de tránsito¹⁰⁹.

Las instituciones comunitarias y los Estados miembros también deberán adoptar medidas de acompañamiento de la Directiva Retorno destinadas a darla a conocer en los países terceros, especialmente en aquellos que han mostrado un abierto rechazo a su adopción. Las reacciones negativas que ha suscitado la Directiva Retorno en países terceros tendrán distintas consecuencias en función de que el país sea o no un objetivo prioritario de la política de inmigración de la Unión Europea y de que se estén negociando acuerdos de readmisión de los inmigrantes irregulares con ellos. Así, por ejemplo, a pesar de la dura crítica realizada por los países de América Latina, sus efectos no dejarán de ser tan sólo una reacción política de impacto limitado, ya que dichos países no se encuentran dentro de la lista de países con los que la UE está negociando acuerdos de readmisión para la gestión de los flujos migratorios, y respecto a ellos, la Unión ha empleado siempre su selectiva política de visados como un arma de presión política y de negociación¹¹⁰. Por otra parte, la mayoría de las medidas de readmisión negociadas con estos países se han celebrado sobre una base bilateral y en el marco ampliado de acuerdos de cooperación económica o en el específico de los acuerdos de regulación y ordenación de los flujos

¹⁰⁸ Véase la Enmienda 48 al Artículo 10, apartado 2 bis (nuevo): RR/685637ES.doc, PE374.321v02-00.

¹⁰⁹ Véase la Enmienda 63 al Artículo 17): RR/685637ES.doc, PE374.321v02-00.

¹¹⁰ Véase LIROLA DELGADO, I., «La inmigración en los acuerdos de asociación entre la Unión Europea y América Latina: El necesario ajuste del marco jurídico a la realidad», en ALDECOA LUZÁRRAGA, F., SOBRINO HEREDIA, J. M., (coord.), *Migraciones y Desarrollo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 433 y ss.

migratorios laborales¹¹¹. Además, los países de América Latina no son países de tránsito respecto a Europa lo que simplifica la problemática del retorno al de sus propios nacionales y hasta ahora nunca han obstaculizado dichos retornos. Situación diferente es la que puede derivarse de las reacciones suscitadas en los países de África, si bien la UE ya las ha tenido en cuenta reactivando los foros de negociación¹¹², en particular, la segunda Conferencia Euromediterránea¹¹³ y poniendo en marcha nuevos proyectos de cooperación y ayuda económica en los que el tratamiento de la inmigración legal sigue siendo una baza de negociación muy importante para la UE y para sus Estados miembros¹¹⁴, incluso en tiempos de crisis económica y de destrucción de empleo.

¹¹¹ Es el caso de España que ha celebrado con todos los países de América Latina acuerdos de cooperación que incluyen un capítulo destinado a la gestión migratoria, que aborda el retorno, véase por ejemplo, el Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios, hecho en Madrid, el 29 de mayo de 2001, *BOE* de 10.07.2001, núm. 164, el Acuerdo entre el Reino de España y la República Dominicana relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios, hecho en Madrid, el 17 de diciembre de 2001, *BOE* de 5.02.2002, núm. 164, Acuerdo entre España y Colombia relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales, hecho en Madrid el 21 de mayo de 2001, *BOE* de 4.07.2001, núm. 159.

¹¹² África ocupa un papel principal en la política migratoria europea, y para ella se han desarrollado acciones específicas, véase al respecto Comunicación de la Comisión, Visión global de la emigración: actuaciones prioritarias centradas en África y en el Mediterráneo, Doc. COM (2005) 621 Final, de 30.11.2005.

¹¹³ Sobre la primera Conferencia Euro-mediterránea véase SORROZA BLANCO, A., «La Conferencia Euro-mediterránea de Migración y Desarrollo. Más allá del espíritu de Rabat», Área de Demografía y Población/África Subsahariana/Europa, *ARI N.º 93/2006*, de 28.08.06, pp. 1-9, FAJARDO DEL CASTILLO, T., «La Conferencia Euro-Africana de Rabat sobre inmigración y desarrollo. Algunas reflexiones sobre la Política de Inmigración de España y de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N.º 25, 2006, pp. 913 y ss.

¹¹⁴ La inmigración legal al margen de la Directiva retorno por constituir una competencia que requiere la unanimidad para la aprobación de sus disposiciones, es una baza fundamental en todos los procesos de negociación de las políticas migratorias no sólo de la UE sino especialmente de las de los Estados miembros. Podemos recordar al respecto, la rectificación que hubo de realizar el ministro de inmigración español en sus declaraciones sobre la supresión de las cuotas de trabajadores, que siguen siendo la principal garantía para el cumplimiento de los acuerdos de readmisión.

XII. LA DIRECTIVA A LA LUZ DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

He de empezar señalando que toda crítica que se realice a la Directiva Retorno a la luz de la protección de los derechos humanos debe hacerse extensible a las legislaciones nacionales existentes actualmente, que ya han sido censuradas en numerosas ocasiones por las instancias europeas de protección de los derechos humanos¹¹⁵. En este trabajo, he querido destacar cómo la Directiva adopta un marco comunitario de garantías procedimentales y sustantivas con el objetivo de resolver algunos de los problemas presentes en las prácticas nacionales y que producen una reiterada violación de derechos humanos. De la aplicación que hagan los Estados miembros de la Directiva dependerá que se avance en su protección o de que se persista en su violación. Ahora bien, una vez la Directiva en vigor, las instituciones comunitarias también velarán por el cumplimiento de los derechos humanos protegidos por ella y deberán sancionar su violación. Por ello, valoro positivamente la Directiva Retorno en la medida en que suma mecanismos de control y de sanción del cumplimiento de las normas fundamentales en materia de derechos humanos, a los mecanismos ya existentes a nivel nacional e internacional.

Las críticas que ha recibido la Directiva Retorno a la luz de la protección internacional de los derechos humanos responden al carácter restrictivo de la regulación europea, que a su vez es el reflejo de las legislaciones nacionales. Entre las principales críticas realizadas he de destacar y suscribir las del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para el Refugiado.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para el Refugiado, en los momentos iniciales del proceso apreció el esfuerzo por adoptar estándares comunes sobre el retorno, y condicionó su apreciación última al respeto a unos límites básicos en materia de derechos humanos y de los derechos de los refugiados. Al final del proceso de negociación de la Directiva, su posición ha sido la de rechazar el texto negociado por considerar que no incorpora las garantías necesarias para asegurar que el retorno se llevará a cabo respetando la dignidad y la integridad de las personas retornadas. El peligro de que se viole el Derecho Internacional sobre el refugio y en

¹¹⁵ Véase DE LUCAS, J., «El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los Derechos Humanos de los inmigrantes. Acerca del Derecho a ser inmigrante», en MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Un mundo sin desarraigo: El Derecho internacional de las migraciones*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2006, p. 29.

particular el principio del *non refoulement*¹¹⁶, se deriva de que no se prevean garantías procedimentales «explícitas». La principal acusación del ACNUR se refiere a las solicitudes de protección que se rechazan sin un examen del fondo¹¹⁷, como puede ser el caso de aquellas peticiones rechazadas por motivo de haber transitado por «un tercer país seguro». Esta crítica nos lleva a una crítica más amplia que desborda el objeto de este estudio y que se refiere ya a la posición de la Unión Europea de considerar países seguros no sólo a todos aquellos Estados que conforman un cinturón de seguridad en torno a la frontera exterior terrestre de Europa sino también a todos los países con los que la Unión Europea o sus Estados miembros han celebrado acuerdos de readmisión.

Por otra parte, el artículo 2.2 de la Directiva también suscita el rechazo del ACNUR, al permitir a los Estados miembros excluir del ámbito de la aplicación de la Directiva los supuestos de devolución en el momento del cruce irregular de la frontera exterior —dejando sin resolver algunos de los supuestos de retorno más conflictivos como es el caso de los que se producen en las zonas de tránsito¹¹⁸ de los aeropuertos, en las aguas territoriales, o en las vallas de una frontera terrestre—.

¹¹⁶ LAUTERPACHT, E., BETHLEHEM, D., *The scope and content of the principle of non-refoulement*, 2001, en www.unhcr.ch

¹¹⁷ UNHCR position on the proposal for a Directive on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, «Although the Directive applies to persons who are not entitled to remain in the EU, UNHCR notes that this may extend to individuals whose applications for protection were rejected by a Member State, without a determination on substance. This could for instance be the case of persons whose applications have been rejected on ‘safe third country’ grounds or for other procedural reasons. If these persons fall in the category of persons set out in Article 2(2)(a) of the Directive, only very minimal safeguards apply. In such cases, the risk of refoulement in violation of international obligations could not be ruled out», p. 1.

¹¹⁸ De la Directiva Retorno, se eliminó la referencia explícita a las personas que se encuentran en las zonas de tránsito, y que quedan incluidas dentro de los supuestos de devolución. Véase la Propuesta de Directiva, en su versión de 19 de junio de 2007, *Doc. 10903/07* y su artículo 2.2 que establece que «2. Member States may decide not to apply this Directive to third-country nationals who have been refused entry in a transit zone of a Member State». La definición y regulación de las zonas de tránsito siguen constituyendo una cuestión aún por zanjar en el marco comunitario. En uno de sus documentos de trabajo, la Comisión explica su propuesta de considerar a las personas que se encuentran en las zonas de tránsito dentro de los posibles supuestos de exclusión del ámbito de la Directiva, partiendo de la existencia de diferencias en el tratamiento de la cuestión en los Estados miembros: «Persons who have been refused entry and who are present in a transit zone of a Member State are subject to special rules in several Member States. By virtue of a ‘legal

Por último, quiero señalar que le corresponde a cada Estado y a sus responsables en materia de retorno desarrollar la necesaria colaboración con las instancias internacionales como el ACNUR o la OIM, para asociarlas a la aplicación y cumplimiento de la Directiva Retorno. Esta colaboración es esencial especialmente en los casos de retorno vinculados a la figura de los demandantes de asilo rechazados, si bien ninguna de las organizaciones internacionales niega la necesidad de retornarlos para garantizar la propia institución del asilo. Así, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha aceptado el hecho de que «el retorno efectivo de los demandantes de asilo rechazados después del agotamiento de todos los recursos legales contra el rechazo de su demanda, y que no tienen ningún derecho a permanecer en un Estado miembro del Consejo de Europa por otros motivos, es necesario para garantizar la integridad de la institución del asilo y la credibilidad del sistema del asilo por parte de los ciudadanos y de las personas que necesitan una protección»¹¹⁹.

fiction' under the national law of these Member States, these persons are sometimes not considered to be 'staying in the territory' of the Member State concerned and so different rules are applied. This proposal recognises the existence of this differentiation under national law and provides for the following solution: Member States may decide not to apply the Directive to persons present in a transit zone. This should, however, not lead to a legal vacuum and minimum safeguards should be respected. If Member States opt not to apply the Directive to this category of persons, they must ensure that the level of protection for affected persons is not less favourable than that set out in the Articles of the proposal dealing with postponement of removal/return, removal, safeguards pending return and temporary custody conditions», Commission Staff Working Document, Detailed comments on Proposal for a European Parliament and Council Directive on common standards on procedures in Member States for returning illegally staying third country nationals (*COM(2005) 391 final*), p. 2.

¹¹⁹ Así la Asamblea Parlamentaria ha considerado que: «El retorno efectivo de los demandantes de asilo rechazados después del agotamiento de todos los recursos legales contra el rechazo de su demanda, y que no tienen ningún derecho de permanecer en un Estado miembro del Consejo de Europa por otros motivos, es necesario para garantizar la integridad de la institución del asilo y la credibilidad del sistema del asilo por parte de los ciudadanos y de las personas que necesitan una protección», *Resolución 1483 (2006)* de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre la política de retorno de los demandantes de asilo rechazados en Holanda, adoptada el 26.01.2006, párrafo 3.

XIII. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo he realizado una defensa de la Directiva Retorno porque creo que es un instrumento jurídico comunitario necesario, si no esencial, para la creación de una política comunitaria de inmigración digna. Ciertamente es que como tantas otras Directivas del Espacio de Seguridad, Libertad y Justicia, esta Directiva Retorno establece un marco jurídico básico que exigirá pocos cambios en las legislaciones nacionales de una mayoría de los Estados miembros. A pesar de ello, los cambios que pueden llegar a producirse en la minoría de los Estados miembros que tienen el nivel más bajo de garantías para las personas objeto de una expulsión serán de una gran importancia y supondrán un reconocimiento de derechos básicos, que hasta ahora habían sido negados.

El otro gran logro de la Directiva Retorno, siguiendo la estela de los 20 principios del Consejo de Europa sobre el retorno forzado, es codificar en un único instrumento jurídico las garantías y derechos reconocidos a las personas objeto de una decisión de expulsión. No obstante, es un instrumento mejorable, y en el futuro habrá de ser objeto de todas las mejoras que sean posibles tomando como referentes los catálogos internacionales y constitucionales en materia de derechos humanos y la mejor jurisprudencia nacional y europea que los desarrollen¹²⁰.

Es necesario apreciar positivamente que el marco jurídico de referencia para la Directiva Retorno viene dado por un acervo normativo internacional y europeo en materia de derechos humanos superior al comunitario —tal y como se recoge en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea— y que comprende la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989, y la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 del Consejo de Europa y sus protocolos, así como la interpretación más progresista de la que han sido objeto por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En

¹²⁰ Véase al respecto BLAT MELLADO, C., «Reflexiones sobre los Derechos de los extranjeros y el estándar mínimo internacional de derechos humanos. De la letra a la realidad», *Revista Valenciana d'Estudis Autònomicos*, núm. 28, 1999, p. 263; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Los inmigrantes ante el Derecho Internacional», en *Migraciones, V Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario*, Cruz Roja y Universidad de Jaén, Ed. Germania, Valencia, 2003, pp. 43 y ss.; MARIÑO MENÉNDEZ, F., «Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional», en MARIÑO MENÉNDEZ, F., (Dir.), *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, pp. 11 y ss.

cualquier caso no debe tampoco olvidarse, que los catálogos en materia de derechos humanos que consagran las Constituciones nacionales y que vía principios fundamentales obligan a la Unión Europea siguen siendo los más completos, y que son actualizados en su alcance y en su aproximación a la realidad cotidiana por los jueces nacionales. En el caso de España, no puede olvidarse el papel que puede seguir desempeñando el artículo 10.2 de nuestra Constitución para buscar y alcanzar la interpretación óptima de las normas que reconocen derechos humanos.

Hasta aquí, he expresado mi opinión positiva sobre la Directiva, que queda condicionada a que los Estados miembros finalmente honren su compromiso haciendo efectivo el cuadro de garantías y derechos que ésta comprende.

Mi crítica principal se dirige no al instrumento normativo sino a los Estados miembros que son los responsables últimos de sus limitaciones. La adopción de la Directiva Retorno como marco jurídico de mínimos ha sido posible sólo gracias a las numerosas excepciones que contempla en su ámbito de aplicación y que constituyen la incorporación en el método comunitario de las reservas tradicionales. También son un reflejo de sus reservas, los amplios márgenes de interpretación que se les reconoce a los Estados miembros a la hora de dotar de contenido sustantivo a las garantías y derechos contemplados en la Directiva. Por ello, reservo mi crítica para la futura aplicación, sabiendo que la Unión Europea y sus Estados miembros por medio de la aplicación que hagan de la Directiva retorno tendrán un impacto que deseo sea positivo y progresista en el marco normativo universal de la migración, que ciertamente adolece de límites y falta de garantías. Con esta Directiva Retorno, la Unión Europea y sus Estados miembros adquieren una responsabilidad más: la de desarrollar mayores garantías en materia de expulsión a partir de las que finalmente han podido consensuar.

LA DIRECTIVA SOBRE EL RETORNO DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

RESUMEN: La Directiva Retorno está llamada a convertirse en una de las principales herramientas para la gestión de la migración ilegal, gracias al establecimiento de un marco comunitario de normas básicas y comunes para todos los Estados miembros en materia de retorno de los inmigrantes ilegales. Este marco comunitario recoge las mejores prácticas nacionales en materia de retorno, que respetan los 20 Principios establecidos por el Consejo de Europa en materia de retorno forzado. La Directiva regula las cuestiones claves relativas

al retorno: las instituciones jurídicas, el retorno voluntario, las garantías procedimentales, la detención con fines de expulsión, la prohibición de entrada, los derechos humanos básicos. La Directiva ha suscitado grandes críticas debido al riesgo de violación de derechos humanos que se deriva de su aplicación, tal y como ocurre actualmente con la aplicación de las divergentes legislaciones nacionales en la materia. Para evitar que esto ocurra, las instituciones comunitarias y los Estados miembros deberán alcanzar un mayor grado de protección en su régimen común de retorno. Este estudio intenta poner de manifiesto los aspectos positivos de la Directiva teniendo en cuenta las deficiencias existentes en las 27 legislaciones nacionales, pero también identifica los problemas que deberán resolverse cuando se aplique.

PALABRAS CLAVE: Retorno, retorno voluntario, retorno forzado, detención con fines de expulsión, prohibición de entrada, garantías procedimentales, derechos humanos.

THE RETURN DIRECTIVE FOR ILLEGALLY STAYING THIRD-COUNTRY NATIONALS

ABSTRACT: The Return Directive is expected to be one of the EU's most important tools to manage illegal migration by settling a minimum common to all the Member States that brings together the best national practices on return, ensuring the principles established by the Council of Europe on forced return. The directive succeeds in establishing a framework for the main issues related to return: legal definitions, voluntary return, procedural guarantees, detention before return, entry bans and human rights principles. The Directive has aroused much criticism because of the risks of breaching fundamental human rights in its application as happens now in the national practice. To change this situation, the enforcement of the Directive will be a major challenge for EU institutions and Member States which must ensure better and higher standards on return. This study points out the positive aspects of the Directive bearing in mind the present situation where there are 27 different national policies, most of which do not give rights to illegal immigrants, while at the same time it refers to some matters that should be improved in the future development of the Directive.

KEY WORDS: Return Directive, voluntary return, forced return, procedural guarantees, detention before return, entry bans, human rights principles.

LA DIRECTIVE SUR LE RETOUR DES RESSORTISSANTS DE PAYS TIERS EN SEJOUR IRREGULIER

RESUME: La Directive du Parlement Européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sera un de plus importants instruments de l'UE pour gérer la migration illégale. Cette Directive Retour adopte un minimum commun à tous les États membres qui recueille les meilleures pratiques nationales et qui respecte les principes sur le retour forcé adoptés par le Conseil de l'Europe ainsi que l'acquis en matière des droits de l'homme. La Directive fixe des règles pour les questions clés sur le retour, telles que les

définitions, le retour volontaire, les limites et les garanties minimales, l'interdiction d'entrée, la rétention aux fins d'éloignement, la protection des droits de l'homme. La Directive a soulevé des très fortes critiques à propos de la possible violation des droits de l'homme lors de son application, comme c'est le cas de l'actuelle application des différentes législations nationales existantes dans la matière. Pour changer cette situation, les institutions communautaires et les Etats membres devront atteindre des standards de protection plus élevés. Cette étude remarque les aspects les plus positives de la Directive, en tenant compte de la situation actuelle dans laquelle la plupart des 27 législations nationales ne reconnaît pas des garanties aux immigrants illégaux, au temps que critique des problèmes qui devront être résolus lors du développement de la Directive.

MOTS CLÉS: Retour, retour volontaire, retour forcé, rétention aux fins d'éloignement, interdiction d'entrée, garanties procédurales, Droits de l'Homme.