

EN TORNO A LA DIRECTIVA DE RETORNO APROBADA POR EL PLENO DEL PARLAMENTO EUROPEO EN SU SESION DEL DIA 18 DE JUNIO DE 2008

Hilario Hernández Marqués

I. Introducción

El día 18 de junio del presente año de 2008, el Parlamento Europeo, órgano de representación política supremo de la Unión Europea, aprobó mediante voto mayoritario de sus miembros (367 votos a favor, frente a 206 en contra y 109 abstenciones) una Directiva de retorno de los inmigrantes ilegales, los llamados comúnmente “sin papeles”. Este hecho ha generado numerosas críticas y protestas por parte de presidentes de países latinoamericanos, y de organizaciones no gubernamentales españolas, al considerar que la referida aprobación encubría una verdadera criminalización de la simple estancia sin autorización administrativa en el territorio de la Unión. En la misma sesión de aprobación no faltaron voces de europarlamentarios críticos que prorrumpieron en gritos de “vergüenza”, “aberración” entre otras similares. Posteriormente han sido muchas las declaraciones de autores de distintas procedencias, cualificaciones y sensibilidades políticas que, con mayor o menor fortuna, han atacado la Directiva, convirtiendo su contenido en justo motivo de preocupación.

La aprobación, como es conocido de la Directiva de retorno, es de especial interés para América Latina, toda vez que un importante contingente de extranjeros no comunitarios está constituido por latinoamericanos que llegan a la Unión, en una gran parte a través de España. En este país pueden gozar de residencia y permiso de trabajo, lo que les habilita, con carácter general, para transitar por cualquier otro país de la Unión Europea, y, además, cumplidos dos años de residencia legal pueden solicitar la nacionalidad española, y obtenerla sin pérdida de la de origen, así adquirida la condición de ciudadanos de la Unión Europea a todos los efectos, y con plenitud de derechos y obligaciones.

Los migrantes latinoamericanos son, sin duda, afectados directamente afectados por la Directiva. Pero, en realidad el asunto, al que la Directiva se ha enfrentado es más complejo. Afecta a muchos países de los que son originarios los emigrantes, latinoamericanos y africanos especialmente, aunque no son los únicos. También afecta a todos los Países de la Unión Europea, si bien en menor medida a Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca, porque la Directiva no es de aplicación a las dos primeras y, respecto a Dinamarca, este país decidirá en el plazo de seis meses si incorpora o no la Directiva a su legislación nacional.

El objeto de la Directiva es, en síntesis, armonizar las políticas de los Estados Miembros de la Unión Europea (en adelante, me referiré a ellos como los Estados Miembros) sobre el tratamiento que debe darse a los "inmigrantes sin papeles" que lleguen al territorio europeo, o se encuentren en tal condición. El Ponente de la Directiva en el Parlamento, el alemán Manfred Weber (PPE-DE) señaló al aprobarse aquélla, que era el primer paso hacia una verdadera política común de inmigración.

Cualquiera que sea, el fundamento de la Directiva para esa anunciada política común, se constituye en el primer peldaño y su consideración reclama, un examen de sus previsiones, lo que, se echa en falta en muchos de aquéllos que la atacan o la defienden.

Para llevar a cabo este análisis, que pretendemos sea objetivo, resulta conveniente repasar por un momento una serie de conceptos cuya consideración, envuelta en postulados de percepción jurídica, permitirá calibrar el alcance de esa norma de Derecho comunitario.

II. La directiva como norma de derecho comunitario

El primer concepto que debemos precisar es el de DIRECTIVA.

Se trata de una norma de Derecho Europeo o Comunitario, emanada directamente de las Instituciones Comunitarias y derivada de los Tratados de la Comunidad, hoy Unión Europea, los que forman el Derecho Comunitario originario.

REGLAMENTO es el que una vez aprobado es de directa e inmediata aplicación a cada Estado Miembro. La DIRECTIVA obliga a los Estados Miembros, pero sólo en cuanto al resultado pretendido en sus previsiones, pues compete a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios a través de los cuales tal resultado se lleve a efecto.

Pese a esa libertad de medios para garantizar el efecto útil de las Directivas de que disponen los Estados Miembros, el Tribunal de Justicia de las Comunidades o de la Unión Europea ha impuesto dos limitaciones de enorme importancia a los Estados:

1. Por un lado, les ha obligado a cumplir de modo escrupuloso el plazo en el cual han de trasponerse (verbo francés que ha hecho fortuna en el uso iuscomunitario y con el que se indica la operación de incorporación del contenido de la Directiva al Derecho interno de los Estados Miembros) las Directivas a cada Derecho nacional, sin que pueda ser excusa para ello la alegación de que existen disposiciones contrarias del Ordenamiento Jurídico interno, ni cualquier otra circunstancia. La vinculación de la Directiva es tal que incluso cuando contradiga los dictados de la propia Constitución de un Estado Miembro, ha de incorporarse al Derecho interno de ese estado, aunque ello exija la modificación de la propia Constitución.

2. Por otro lado, ha prohibido a los Estados Miembros que durante el plazo de integración al Derecho interno de una Directiva, adopten medidas que puedan comprometer los objetivos de ésta.

El Tribunal, no obstante, es consciente de que a pesar de sus órdenes o recomendaciones, los Estados Miembros pueden seguir incumpliendo las disposiciones contenidas en las Directivas, con el pernicioso efecto que ello supone para la coherencia del proceso de construcción europea. Como en todos los casos de unión o coalición no plenas entre Estados, existe en este caso una tensión que se relaciona directamente con el alcance de la soberanía de cada Estado y el grado y sentido de las necesarias cesiones de la misma a la unión o a favor de ésta. Esa tensión se traduce en el carácter reducido de las medidas de reacción frente al incumplimiento. El Tribunal, en vista de tal situación, ha acuñado una doctrina que ha recibido la denominación de “el efecto útil directo” de las Directivas y su corolario de “la indemnización por tardía o incorrecta transposición”. Según esta doctrina:

1. Si las disposiciones de una Directiva son claras, incondicionales y libres de plazo, pueden ser invocadas directamente por los ciudadanos ante los propios Jueces nacionales.

En caso de transposición parcial o incorrecta, el ciudadano podrá alegar el correcto contenido ante su propio Juez nacional, que será el encargado de interpretar la norma parcial o incorrecta según las disposiciones de la Directiva.

2. Y, en fin, un ciudadano podrá solicitar indemnización de su Estado, si éste no hizo la transposición correctamente y aquél acredita una relación causal directa entre el defecto de la transposición y el daño sufrido.

Esta pincelada sobre la caracterización de las Directivas requiere señalar su proceso de elaboración.

Las Directivas, a las que el Proyecto de Constitución Europea reserva el nombre de Leyes-Marco, comenzaron en los inicios de

la Comunidad Europea, siendo elaboradas por el Consejo y sin intervención del Parlamento. Pero, poco a poco, el Parlamento ha ganado funciones legislativas hasta el punto de que hoy el procedimiento de elaboración es de de codecisión, implantado desde el Tratado de Maastricht. A ese proceso de codecisión se ha ajustado la preparación y aprobación de la Directiva de Retorno.

III. El proceso de elaboración de la directiva. Límites de estas notas

La DIRECTIVA DE RETORNO fue acordada tras un largo período de tres años de discusión. El día 6 de junio del presente año los Ministros del Interior de la Unión Europea dieron su visto bueno a la Directiva, y el texto así conformado se elevó al Parlamento.

Dada la facultad codecisora del Parlamento Europeo, éste pudo incluir enmiendas al texto recibido, las que una vez aceptadas, conllevó a la modificación del original. El día 18 de junio, el Parlamento Europeo refrendó en sus propios términos el texto aprobado por los Ministros, el que pasó a constituir una norma de cuya polémica dan cuenta los numerosos comentarios y reproches que Instituciones, Centros y personas han realizado hasta ahora, como ya se ha señalado.

Con frecuencia hemos leído que ello se debió a una decisión de la derecha política europea, mayoritaria en el Parlamento de la Unión. Pero el resultado de la votación y de las manifestaciones que la rodearon ponen de manifiesto que la explicación no es tan sencilla. Nadie duda de que el período de crisis que afecta a Europa desde hace varios meses y la influencia de doctrinas derechistas que acompañan a poderosos Estados de la Unión Europea han favorecido la emisión de una Directiva como la que nos ocupa. Si se toma en cuenta la incorporación de eurodiputados de la izquierda a la votación favorable final, la conclusión es que tras la fácil superficie de las siglas, existen otros datos, otras realidades, otros intereses que han pesado en la decisión.

El objetivo de estas notas es analizar el contenido de la Directiva tratando de ajustarme, en la medida de lo posible, a parámetros jurídicos. Estos por definición son discutibles y el motivo de la discusión puede ser diverso. Cualquier motivo que aliente una discusión es, en mi opinión, justificable y está cabalmente legitimado. Por eso pretendo separarme de cualquier convicción determinista, aunque en el curso de la exposición de cada apartado se formulan algunas apreciaciones apoyadas en los criterios jurídicos de construcción y aplicación de la Directiva.

IV. Exposición de motivos de la directiva

La Directiva en una serie de 30 puntos, apartados o consideraciones previas, expone los contenidos y los motivos de su aprobación he aquí los que parecen de mayor interés para este trabajo:

(1) La existencia desde 1999 de un planteamiento hecho por el Consejo Europeo, en virtud del cual se considera conveniente adoptar las medidas necesarias que recogieran “una política coherente de inmigración legal y la lucha contra la inmigración ilegal”.

(2) La consideración en las Instituciones de la Unión Europea de que el procedimiento para poner fin a las estancias ilegales de nacionales de terceros países (así se identifican los inmigrantes ilegales) se lleve a cabo de manera uniforme, según criterios de justicia y transparencia, mediante decisiones individualizadas y en atención a criterios objetivos; es decir, que deberán tenerse en cuenta otros hechos aparte de la residencia ilegal.

(3) Se justifica la legitimidad de la obligación de retorno en la existencia de sistemas de asilo justos y eficientes que respetan el principio de no devolución. (Según este principio cualquier Estado debe abstenerse de devolver o enviar a un ciudadano a un Estado donde no se garantice que le serán respetados sus derechos humanos).

(4) Convencimiento de que para un retorno sostenible son necesarios acuerdos de readmisión con terceros Países.

(5) Preferencia absoluta del retorno voluntario respecto del forzoso.

(6) Los Estados Miembros han de asegurar la Asistencia jurídica necesaria a los sin recursos y, en general, asistencia y asesoramiento para el retorno, a cuyo fin se recuerda el uso del Fondo Europeo para el Retorno.

(7) Necesidad de distinguir entre inmigrantes ilegales no expulsados y expulsados, acreditando a cada uno con su debida distinción y en términos de discreción.

(8) Proporcionalidad entre los medios utilizados y los objetivos perseguidos. Esta ecuación se ha de proyectar en:

- Las prohibiciones de entrada y su duración.
- El internamiento para preparar el retorno o ejecutar la expulsión, que se llevará a cabo en Centros especializados.

(9) Aplicación interna de la Directiva sin la menor discriminación por motivos de sexo, raza, color, origen social o étnico , etc.

(10) Obligación de los Estados Miembros de tener como consideración primordial “el interés superior del niño” al aplicar la Directiva.

V. Examen del contenido de la directiva

Veamos ahora, con esos planteamientos, cómo desarrolla la Directiva sus disposiciones, esto es, su contenido.

Primero. LAS CONSIDERACIONES GENERALES.

A) LOS CONCEPTOS.

Como es ordinario en los textos de Derecho Europeo la Directiva señala los conceptos en los que se fundamenta, facilitando así la comprensión de las disposiciones posteriores. Estos conceptos son:

1º) **ÁMBITO** de aplicación de la Directiva: Se aplica a los nacionales de terceros países (no de Estados Miembros) que se encuentren ilegalmente (estancia ilegal) en el territorio de un Estado Miembro.

- No se aplica a los beneficiarios del derecho a la libre circulación, es decir, los ciudadanos de la Unión y sus familiares aunque no sean nacionales europeos que, no obstante, tengan derecho a la libre circulación (Directiva 2004/38), ya los no ciudadanos y sus familiares que tengan el mismo derecho en virtud de acuerdos entre la Unión y los Estados Miembros, de un lado, y los Estados de origen de aquéllos, de otro.

- Los Estados Miembros decidirán aplicarla o no a:
 - quienes hayan sido objeto de una denegación de entrada, o
 - sean interceptados o detenidos con ocasión del cruce irregular de fronteras; y a
 - quienes estén sujetos a medias de retorno que sean sanciones penales o consecuencia de ellas.

En nuestra opinión, cualquiera que sea la consideración que nos merezca la Directiva, esa facultad otorgada a los Estados Miembros ha de interpretarse como una garantía, aunque no pueda ser entendida como automática, de su aplicación en determinados supuestos, en el entendimiento de que su contenido ha de ser más favorable que el derivado de cualquier otra medida de los Estados Miembros en relación con las personas señaladas.

2º) **ESTANCIA ILEGAL**: La de quien no cumple los requisitos o condiciones de entrada.

3º) **RETORNO**: Es el proceso de vuelta del inmigrante a:

- el país de origen,
- un tercerpaís en tránsito,
- otro diferente en que sea admitido.

4º) **DECISIÓN DE RETORNO**: Decisión administrativa, resolución judicial o acto que declare la estancia ilegal e imponga o declare la obligación de retorno.

5º) **EXPULSIÓN:** Ejecución de la Decisión de retorno, es decir, el transporte físico fuera del país, del inmigrante ilegal.

6º) **PROHIBICION DE ENTRADA:** Decisión, resolución o acto que prohíba la entrada y permanencia en los estados de la Unión Europea , adjunta a una Decisión de retorno.

7º) **RIESGO DE FUGA:** Existencia de motivos en un caso concreto y según criterios objetivos que hagan suponer que pueda fugarse la persona sujeta a procedimientos de retorno.

8º) **SALIDA VOLUNTARIA:** Cumplimiento de la decisión de Retorno en el plazo que fije, por parte del inmigrante ilegal.

9º) **PERSONAS VULNERABLES:** Niños menores, menores acompañados, discapacitados, mujeres embarazadas, ancianos, padres solos con hijos menores, personas que hubieran sufrido torturas o cualquier tipo de violencia.

B) DISPOSICIONES MÁS FAVORABLES.

La Directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones que sean más favorables a los afectados como consecuencia de acuerdos adoptados entre la Unión Europea o sus Estados Miembros y otros Países.

Se permite también a los Estados Miembros adoptar o mantener disposiciones que sean favorables a los afectados por la Directiva, siempre que sean compatibles con lo dispuesto por esta.

C) CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS DE APLICACIÓN.

En la aplicación de la Directiva, habrá de considerarse específicamente los siguientes conceptos o principios:

- el interés del niño
- la vida familiar
- el estado de salud
- el respeto al principio de no devolución.

Segundo. FINALIZACIÓN DE LA ESTANCIA ILEGAL. LA DECISIÓN DE RETORNO. LA EXPULSIÓN. PROHIBICIÓN DE ENTRADA.

1. La Directiva estructura sus disposiciones en atención a cuatro grandes conceptos. El primero, la DECISIÓN DE RETORNO. La finalización de la estancia ilegal se produce mediante su emisión por el Estado Miembro.

- Obviamente la DECISIÓN DE RETORNO ha de ser individualizada, pues ha de referirse a quien en concreto esté en situación de estancia ilegal, por lo que habrá de justificar que el afectado carece de los requisitos precisos para que su estancia pueda calificarse como legal.

Por esa razón, la DECISIÓN DE RETORNO no procede en los siguientes casos:

- Cuando se trate de personas que tienen permiso o autorización de residencia o estancia expedidos por otro Estado Miembro. En este caso, se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de éste.

- Si otro Estado Miembro se hace cargo del inmigrante ilegal, en cuyo supuesto será este Estado el que deberá, en su caso, dictar la Decisión de retorno.

- Si el Estado Miembro decide concederle un permiso de residencia por razones humanitarias o de otro tipo.

- Si el afectado ha iniciado un procedimiento de renovación de su permiso de residencia, hasta que termine este procedimiento.

- La Decisión de retorno establecerá un plazo máximo para la salida voluntaria. Pero la Directiva permite que sea cada Estado Miembro el que determine en su Derecho interno que la fijación de un plazo sólo se concederá a solicitud del inmigrante ilegal.

La habilitación que la Directiva contiene para que las legislaciones internas señalen si la fijación de plazo sólo procede a solicitud

del inmigrante ilegal es, a nuestro juicio, discutible y en cualquier caso delicada. En primer lugar, porque puede interpretarse como excepción a un supuesto general que se interprete como el de la salida inmediata sin plazo. Por razones evidentes, no entendemos justificable esta interpretación; antes bien, nos parece que el respeto a principios humanitarios esenciales, los que recuerda la Directiva, exige considerar un plazo razonable mínimo entre la Decisión de retorno y la salida, so pena de hacer imposible la voluntariedad de la misma. Una vez más resulta que estamos en presencia de una facultad que la Directiva concede a los Estados Miembros y que ofrece algunas dudas. Será necesario que conste con toda claridad en el Derecho interno el modo como, será informado oportunamente el inmigrante de la existencia de esa posibilidad de petición de plazo y de las consecuencias que, en caso de no solicitarlo, se le presentan.

El plazo de salida voluntaria será entre 7 y 30 días, prorrogable por un tiempo prudencial, atendidas las circunstancias del caso (escolarización de un niño, vínculos familiares, etc.).

Durante el plazo señalado, los Estados podrán imponer determinadas obligaciones para evitar el riesgo de fuga (presentaciones periódicas, prestación de fianzas, retención de documentos, permanencia en lugar determinado, etc.).

En sentido inverso, el plazo podrá denegarse o reducirse cuando exista riesgo de fuga, actuación fraudulenta o riesgo para la salud, orden público o seguridad nacional.

Interesa destacar esa llamada al riesgo de la seguridad nacional como causa de denegación diferente del riesgo para el orden público. La alternativa plantea, a mi juicio, un delicado problema de aplicación por sus posibles implicaciones políticas, que deberá ser tenido en cuenta de manera especial en la transposición de la Directiva a los diversos Derechos nacionales.

- La Decisión de retorno es, en todo caso, recurrible en los términos generales que señala la Directiva y que más adelante se referirán.

2. La EXPULSIÓN

La EXPULSIÓN, como dijimos, es la ejecución de la Decisión de Retorno y procede cuando no se ha concedido plazo para abandonar el territorio del Estado Miembro voluntariamente, o ha transcurrido el plazo concedido sin haber cumplido la decisión (salida voluntaria).

- La EXPULSIÓN puede acordarse por decisión administrativa, resolución judicial o acto independiente, pero en caso de haberse concedido plazo para la salida voluntaria, será preciso esperar el transcurso de dicho plazo, salvo que durante este, surgiera alguno de los riesgos que justifican su supresión.

Cabe advertir que lo deseable sería que los Estados Miembros se fundamenten exclusivamente en los motivos y criterios que inspiran el texto de la propia directiva y no en motivos extraños que posibilitan la expulsión.

- Con independencia de la anterior afirmación, los Estados Miembros podrán aplazar la EXPULSIÓN:

- Cuando violare el principio de no devolución.

- Cuando, habiendo recurrido el inmigrante ilegal contra cualquiera de las decisiones del retorno, la autoridad encargada de resolver el recurso hubiera suspendido temporalmente la ejecución.

- Cuando lo acuerde –potestativamente- el Estado Miembro en atención a las circunstancias específicas del caso concreto; en especial, el estado físico y capacidad mental de la persona, o razones técnicas como ausencia de medios de transporte o falta de identificación.

En todos los casos de aplazamiento se podrán imponer medidas de garantía, como obligación de presentación periódica ante autoridades, retención de documentos, fianza, etc.

La Directiva no da soluciones a la cuestión del límite del aplazamiento. Se podría entender que no lo tiene, posibilidad que encontraría justificación en la propia Exposición de Motivos de la Directiva que habla de la distinción entre inmigrantes expulsados y no expulsados.

- Los métodos de ejecución de la Decisión de Retorno (EXPULSION) no están predeterminados. En todo caso, la Directiva permite, como último recurso, utilizar medidas coercitivas que serán proporcionadas y no irán más allá de un uso razonable de la fuerza, con respeto en todo caso a la legalidad nacional, el respeto a la dignidad y a la integridad física.

Esta posibilidad, por supuesto, es uno de los puntos más conflictivos de la Directiva, toda vez que habrán de ser normalmente autoridades policiales en cada Estado Miembro las que, en su caso, habrán de acudir al uso de la fuerza permitido. Por muy razonable que éste recurso sea, es posible considerar un potencial exceso en su uso difícilmente justificable para hacer cumplir las previsiones de la Directiva. Es en este aspecto en donde se incrementa la criminalización de los inmigrantes ilegales. Por tal motivo en el proceso de transposición a los Derechos internos de los Países de la Unión cada Estado se deberá la definición de los límites de uso y aplicación de la fuerza, así como precisar la debida proporcionalidad entre medios y fines. El asunto es ciertamente preocupante.

Por último, se encomienda a los Países Miembros el establecimiento de un sistema eficaz de control del retorno forzoso.

3. RETORNO Y EXPULSIÓN DE MENORES NO ACOMPAÑADOS

La Directiva se refiere a esta cuestión en artículo separado disponiendo que:

a) En cuanto a la Decisión de Retorno relativa a un menor no acompañado, antes de emitirla debe concederse la asistencia de todos los servicios adecuados –distintos de las autoridades que

han de vigilar el retorno- considerando en todo caso el interés superior del niño.

b) Y respecto a la Expulsión, antes de ejecutarla ha de obtenerse la garantía de que el menor será entregado a un miembro de su familia, un tutor previamente designado o unos servicios de recepción adecuados en el Estado de retorno.

4. PROHIBICIÓN DE ENTRADA

El tercer gran concepto de la Directiva es el relativo a la prohibición de entrada. Si las Decisiones de Retorno no señalan plazo o si la obligación de retorno no se ha cumplido, han de ir acompañadas de una prohibición de entrada. Debe observarse que la Directiva permite, con carácter facultativo, a los Estados Miembros que acompañen también prohibiciones de entrada en otros casos.

- La duración de la Prohibición se determinará conforme a todas las circunstancias del caso y será de un máximo de cinco años, pero podrá ser superior si el afectado representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. En este último inciso existe un riesgo de politización evidente.

- Excepciones para la prohibición de entradas:

1. Los Estados Miembros podrán abstenerse de emitir, o bien suspender o retirar una prohibición de entrada en casos concretos por razones humanitarias, así como suspender o retirar tal prohibición por otras razones.

2. También podrán retirar o suspender la prohibición dictada si el afectado demuestra que ha abandonado el territorio en pleno cumplimiento de una Decisión de retorno.

3. Quienes tengan un permiso de residencia como víctimas de trata de seres humanos al amparo de la Directiva 2004/81, y que cooperen con las autoridades, no estarán sujetos a prohibición de entrada.

- Por evidentes razones de coordinación, se dispone, en fin, que cuando un Estado se plantee otorgar permiso de residencia a una persona sujeta a prohibición de entrada dictada por otro Estado Miembro, lo consultará a éste y tendrá en cuenta sus intereses.

5. GARANTÍAS

a) VÍAS DE RECURSO.

Con carácter general, se determina en la Directiva la recurribilidad de las decisiones relacionadas con el retorno ante Jueces u Órganos decisores imparciales e independientes, los que podrán suspender temporalmente su ejecución. En estos procedimientos se sanciona el derecho del afectado a tener asesoramiento jurídico, representación y asistencia lingüística, todo ello gratuitamente.

b) GARANTÍAS A LA ESPERA DEL RETORNO.

La Directiva encarga a los Estados Miembros que durante el plazo para la salida voluntaria y durante los períodos de aplazamiento de la expulsión, procuren respecto de los afectados:

- El mantenimiento de la unidad familiar.
- La asistencia sanitaria de urgencia y tratamiento básico de las enfermedades.
- El acceso de los menores a la educación básica, según el período de la estancia.
- Atención especial a las personas vulnerables.

Los Estados Miembros se cuidarán, dice la Directiva, de que se notifique a los afectados la prórroga del plazo de salida voluntaria y la suspensión temporal de la expulsión.

Tercero: EL INTERNAMIENTO A EFECTOS DE EXPULSIÓN.

El cuarto concepto esencial de la Directiva, la medida más polémica, de las previstas en ella es el INTERNAMIENTO. Este vie-

ne regulado con una generalidad que reclama severas medidas de atención en su aplicación.

- **EI INTERNAMIENTO** se considera en la Directiva sólo en defecto de otras medidas suficientes y eficaces de menor carácter coercitivo y únicamente a fin de preparar el retorno o la ejecución del proceso de expulsión. Sin embargo, la misma Directiva al señalar que procede especialmente si hay riesgo de fuga o el inmigrante dificulta la preparación del proceso, está admitiendo implícitamente que se aplique en otros casos de apreciación del Estado Miembro cuando se esté preparando el retorno o la expulsión.

Esta conclusión, extraída del propio texto de la Directiva, podría ser peligrosa, porque en una interpretación extensiva, que hagan los Estados Miembros proceder a la transposición al Derecho interno, podría disponer de modo casi indiscriminado del Internamiento como medida aneja a cualquier procedimiento de retorno. Esa conclusión, contradice el carácter inicialmente excepcional que la Directiva quiere dar a la medida, al decir que procederá en defecto de otras medidas suficientes y eficaces de menor carácter coercitivo.

- **EI INTERNAMIENTO** será decidido por las autoridades administrativas o judiciales, lo más corto posible y ordenado por escrito razonándolo con motivos de hecho y de derecho.

Indudablemente, la posible decisión del INTERNAMIENTO por las autoridades administrativas (policiales, por ejemplo) resulta delicada, por la posible falta de las debidas garantías. La Directiva pretende corregir ese riesgo mediante dos tipos de medidas:

La primera es la necesidad de que la orden de INTERNAMIENTO sea razonada o motivada con exposición de hechos y fundamentos de derecho. En todo caso, este medio de garantía no es por sí mismo suficiente, toda vez que el INTERNAMIENTO irá precedido de la detención inicial, la que se somete a la legislación interna de los Estados Miembros y en el período de detención, que aunque es corto, es posible elaborar un formulario bastante

completo de razones de hecho y de derecho justificadoras del INTERNAMIENTO.

La segunda, mucho más segura, es la posibilidad de recurrir.

Debe subrayarse que en la Directiva sólo se contempla la posibilidad de que el inmigrante pueda, en caso de que el INTERNAMIENTO haya sido acordado por la autoridad administrativa, de disponer de un control judicial de la legalidad de aquél (automático o a petición del inmigrante).

Según la Directiva, ese control judicial debe decidirse lo más rápidamente posible. Se debe advertir que el sistema tiene el inconveniente de que se inicia una vez comenzado el INTERNAMIENTO, previéndose que de ser ilegal llevará aparejada la inmediata liberación, pero la Directiva de la eventual indemnización de perjuicios al inmigrante en caso de que el INTERNAMIENTO sea ilegal, lo que desde luego, procedería en el esquema de responsabilidad de la Administración Pública.

Técnicamente resulta discutible que el inmigrante pudiera obtener la suspensión de la decisión administrativa de INTERNAMIENTO mientras se ventila el procedimiento de control de legalidad, sin embargo la invocación al principio de máxima garantía que se recoge en el catálogo inicial de Motivos de la Directiva será buen apoyo para una petición que, por otro lado, es frecuente considerar en sede judicial a la vista de que, en definitiva, el INTERNAMIENTO es una medida temporal afectante a un derecho tan fundamental como la libertad personal.

Ha de señalarse que, aunque no lo contemple la Directiva, ésta no excluye la posibilidad de recurrir la decisión de Internamiento que puede adoptar el Juez. Cabe pensar que en las Constituciones de los Estados Miembros se suele consignar la superior tutela de los Jueces y Tribunales en materia de control de los derechos fundamentales, uno de los cuales, es el de la libertad personal, sin distinción de condiciones administrativas. Precisamente por tal motivo es que la Directiva no considera necesario establecer garantía especial alguna en los casos de decisión judicial de Internamiento.

Parece muy discutible, desde la perspectiva jurídica que preside estas Notas, que ninguna sociedad europea pueda considerar como delito la simple estancia ilegal en un País de la Unión. De incorporarse esa circunstancias al abanico de delitos de cualquier País, la Directiva quedaría definitivamente frustrada, porque serian quebrantados los principios que la justifican, es decir, su carácter excepcional y su exclusiva finalidad preparatoria. El asunto, que ya se ha planteado en algún Estado, parece ser la mayor preocupación, por lo que será necesario controlar debidamente los procesos de transposición para evitar excesos.

- La duración del INTERNAMIENTO, según la Directiva, dependerá de que concurran las condiciones descritas para su procedencia y de que aquél sea necesario para que la Expulsión se lleve a efecto. Sobre esta base, cada Estado Miembro fijará el plazo máximo, que no podrá exceder de seis (6) meses, prorrogables por hasta doce (12) meses más en casos excepcionales si, pese a los esfuerzos razonablemente realizados, se presume que la operación de Expulsión se prolongará por falta de cooperación del inmigrante o por demoras en la obtención de la documentación que han de expedir los terceros países.

En cualquier caso, si durante el INTERNAMIENTO desaparece la perspectiva razonable de Expulsión o, al desaparecer las causas que lo motivan, deja de estar justificado el INTERNAMIENTO, la persona afectada será liberada inmediatamente.

Un apunte a este conjunto de previsiones es que La Directiva no prevé cuál será la situación transcurridos los 18 meses máximos. Es de esperar que las legislaciones internas, al transponerlas, adopten decisiones al respecto, sobre cuyo contenido y legitimidad deberá mantenerse todo cuidado.

- Especial atención merece a la Directiva lo relativo a las condiciones del internamiento, por lo que contempla:

- En primer lugar, previene que, con carácter general, se lleve a cabo en Centros de internamiento especializados. De no ser posible, siempre con separación de los presos comunes.

- Información inmediata de las normas del Centro y de los derechos del internado.

- Derecho de comunicación, previa petición, con sus representantes legales, miembros de su familia y autoridades consulares.

- Derecho de visita por Organizaciones diversas, aunque podrán estar sujetas a autorización previa.

- Atención especial a las personas vulnerables. Para ellas previene la Directiva atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de las enfermedades.

Este apartado de la Directiva es especialmente doloroso. Las condiciones indicadas se adscriben al esquema penitenciario al uso y llegan a señalar la dispensa de asistencia sanitaria y tratamiento de enfermedades, por elemental que sea, tan sólo a las personas vulnerables. Esta es una deficiencia de la Directiva que no puede ser reproducida por la legislación interna por, al menos, dos razones: la primera, que la propia Directiva al examinar las garantías a la espera del retorno contempla la asistencia sanitaria y médica para los afectados sin distinción; la segunda, porque de otro modo se colocaría a los internados en peor situación que a otros colectivos cuyo ingreso en centros penitenciarios obedece a razones claramente delictivas.

- Cuando se trata de menores no acompañados o de familias con menores (en definitiva, según ya se vio, personas vulnerables) se previene el internamiento sólo como último recurso, disponiendo que sea en alojamiento separado que garantice la intimidad (a las familias) o en instituciones adecuadas a su edad (menores no acompañados).

- Por último, la Directiva contempla un supuesto de situaciones de emergencia, que se produce cuando el número de repatriables sea tal que suponga una carga imprevista para la capacidad de las instalaciones de internamiento de un Estado o para su personal administrativo o judicial.

En tales casos, se permite al Estado Miembro que, mientras persista esta situación, que deberá comunicar a la Comisión, conceder períodos más largos para el control judicial de las decisiones relacionadas con el retorno y tomar medidas urgentes en relación con las condiciones de internamiento.

Obviamente se ha de entender que, si bien ha de darse solución a las situaciones de emergencia, no es menos cierto que debe cuidarse que la situación y las medidas no se declaren si se adopten con ligereza.

Cuarto. ENTRADA EN VIGOR DE LA DIRECTIVA.

La Directiva entra en vigor los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, momento a partir del cual los Estados Miembros disponen de un plazo de dos años para incorporar su contenido al Derecho interno.

VI. A modo de conclusión

Cuanto se ha expuesto en este apretado análisis de la Directiva de Retorno nos obliga a considerar su contenido y sus posibles efectos con suma cautela.

Una norma como la expuesta es un expediente de preocupación. En ella se recogen las limitaciones de situaciones personales y el detalle de aquellas queda a la ponderación de muchos Estados mediante el de transposición. Este es indudablemente interno, pese a las posibles correcciones de sus excesos, a instancia de personas físicas o Instituciones. Si la posibilidad de recurrir es una garantía, no es menos cierto que, en tanto se deciden las pretensiones que el recurso plantea, pueden mantenerse situaciones nada deseables, especialmente en cuanto se refieren a derechos tan sensibles como la libertad de residencia o circulación.

Pero, por otro lado, la Directiva es una garantía, sin ninguna duda; garantía para la seguridad de los migrantes legalmente in-

corporados al territorio de la Unión Europea, que verán protegidos sus derechos desde la inicial consideración de la legalidad de su estatuto personal, y garantía de que las situaciones de ilegalidad, real o presunta, habrán de ser tratadas conforme a disposiciones legítimas, habilitantes de recurso a poderes decisores imparciales y según criterios de aceptable juridicidad.

Todos estos aspectos han de contemplarse a la hora de valorar, y criticar, la Directiva. Hasta ahora, como tantas otras veces, ha sido más fácil predicar posiciones contrarias llenas de populismo, que esforzarse en el estudio profundo del contenido de la norma que se critica. En cualquier caso, habremos de esperar las normas internas fruto de la transposición exigida examinarla y analizarla con todo el detalle que el asunto requiere.

Entre tanto, no sería mala la invocación a una virtud tan relevante como omitida, la prudencia. Deseamos prudencia a los legisladores internos y recomendamos prudencia, también a quienes de una u otra forma hayan de verse afectados por el contenido de tal Directiva.

Madrid, septiembre de 2008.