



Decir « no» a la directiva de retorno ¹

FICHA DE SÍNTESIS Y DE ANÁLISIS SOBRE LA " DIRECTIVA DE RETORNO"

Los diputados europeos deben votar sobre el proyecto de directiva relativa a las normas y los procedimientos comunes aplicables en los Estados miembros al retorno de los residentes de un país tercero en estancia irregular, más comúnmente llamado " *directiva de retorno*".

El 1 de septiembre de 2005, la Comisión Europea había hecho una propuesta de directiva, transmitida luego al Consejo y al Parlamento Europeo. De esta, durante más de dos años el proyecto de directiva se ha estado debatiendo. Si bien es cierto que el texto ha evolucionado entre la propuesta de la Comisión de 2005 y el compromiso votado por la comisión de las Libertades civiles, justicia y asuntos interiores del Parlamento en septiembre 2007, no lo es menos que el proyecto de directiva no hace más que buscar una armonización que sería un comportamiento extremo que no hay que sobrepasar.

El objetivo del proyecto de directiva es en efecto armonizar a nivel de la Unión Europea las legislaciones en materia de detención y en materia de expulsión de las personas en situación irregular. En ningún caso, se trata de colocar un mecanismo protector para los extranjeros en situación irregular alejados sino estrictamente de mejorar la eficacia del procedimiento de expulsión. Al contrario que las directivas europeas que han armonizado el derecho de asilo en la Unión Europea, el proyecto presente no tiene como vocación confirmar las mejores prácticas.

Buscando así esta armonización para obligar a los Estados más severos a comportamientos menos represivos, la directiva se arriesga a ser un factor de incitación al endurecimiento de los procedimientos en los países donde la legislación actualmente es menos represiva. De hecho, se instauraría una situación errónea, inscribiéndose en una filosofía de represión que da fe de los derechos adquiridos en ciertos países, del principio de proporcionalidad y que se aleja de lo que se puede esperar de una legislación respetuosa con los derechos fundamentales.

En la exposición de los motivos, el relator vuelve a hablar sobre la motivación que orientó el trabajo de enmienda: "*hacer del proceso de retorno un proceso humanitario*". Ciertamente es necesario tratar a las personas concernidas con humanidad pero además hace falta que sus derechos sean respetados.

En este contexto, que pone de relevancia más la precipitación que la coherencia, es innegable que no puedan ser esperadas, ni mejoras sobre este texto ni tampoco modificaciones de fondo, que podrían conducir a respetar las necesidades y la dignidad de los extranjeros ilegales.

¹ Traducido del original en francés por el IDHC

Para la AEDH, no pueden ser aceptables:

- una duración de retención que puede ser extendida hasta 18 meses;
- medidas de expulsión combinadas con una prohibición de reentrada en el territorio;
- una falta de precaución en la selección del Estado de tránsito o de retorno;
- un tratamiento específico de las personas vulnerables que no es satisfactorio, con además una ambigüedad en lo que concierne al tratamiento de los menores.
- La institución de un mediador europeo en materia de retorno.

Por estas razones, sólo podemos pedirles a los diputados europeos que no aprueben el proyecto de directiva que será propuesto a su voto.

Es necesario por otro lado recordar que los emigrantes en situación irregular sobre el territorio de la Unión Europea son niños, mujeres y hombres que como todo ser humano tienen derechos. No son en ningún caso "*seres humanos ilegales*", el término "*ilegal*" no sólo estigmatiza pero sugiere que habría una subcategoría de ser humano que por el solo hecho de haber dejado su país de origen, la mayoría de las veces por necesidad, estarían considerados a priori como sinónimo de ser delincuentes o criminales.

En un mundo donde circulan libremente los capitales y las mercancías no podemos querer parar los movimientos migratorios que acompañan de modo natural a la globalización con medidas coercitivas y criminalizadas como el encarcelamiento. Si es legítimo legislar en materia de inmigración irregular también hace falta que sea previamente definido lo que la Unión Europea entiende por inmigración legal, que resulta de la revisión prevista de la directiva en materia de asilo. La Unión Europea debe aprovechar la posibilidad de poner en práctica el Tratado de Lisboa a partir del 1 de enero de 2009 para que, en el marco de la co-decisión, se ponga en ejecución un paquete legislativo coherente para el conjunto de las políticas migratorias europeas.

Más allá de los aspectos estrictamente políticos de fondo que hacen inaceptable el texto que será propuesto al voto del Parlamento y el Consejo, el proyecto de directiva es también inaceptable respecto a los textos de derecho internacional, como muestra el análisis más abajo. El compromiso que resultó del triálogo entre el Parlamento, la Comisión y el Consejo, del 23 de abril de 2004 refuerza esta apreciación ya que el principio de la detención extensible de 6 meses extensible a 18 meses no ha desaparecido del texto.

LA DIRECTIVA RETORNO: SU CONTENIDO

1. - Una duración de retención inaceptable

Desde el párrafo 1, el artículo 14 del proyecto de resolución legislativa del Parlamento europeo sobre la propuesta de directiva es claro: la retención puede ser ordenada *"cuando una autoridad judicial u otra autoridad competente tenga motivos serios de pensar que existen un riesgo de huida o una amenaza probada para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional"*.

Desde entonces la retención pretende, no retener de manera excepcional a las personas en situación irregular el tiempo necesario para organizar su expulsión, sino permitir un aislamiento y un control en contra de los residentes extranjeros juzgados indeseables. Se trata así de la puesta en práctica de un verdadero internamiento administrativo, una disposición erigida a la altura de una norma europea.

En segundo lugar, el párrafo 4º (nuevo) del mismo artículo precisa que si los Estados miembro prevén que la retención deja de ser justificada en el plazo de tres meses, éstos pueden acortarlo o prolongarlo hasta un máximo de dieciocho meses. El alargamiento del plazo podrá implementarse cuando la operación de expulsión corra el peligro de durar más tiempo por falta de cooperación por parte del residente extranjero o debido a retrasos causados por el suministro de los documentos necesarios por los países terceros o incluso cuando el extranjero represente una amenaza probada para el orden público.

Tal medida es contraria al principio de proporcionalidad, excepto si se consideran a los residentes extranjeros en situación irregular como delincuentes así como sus hijos menores que los acompañan. Así como lo anota una diputada europea, " es anormal generalizar una política de encerramiento de las personas en situación irregular que podrían entonces confundirse con una pena de encarcelamiento para personas cuyo solo delito les recordamos es que quieren vivir en Europa"²

Por otro lado, esta duración excesiva de dieciocho meses es tanto más preocupante en lo que se refiere a las condiciones muy degradadas de la vida cotidiana (higiene, acceso a primeros auxilios, acceso a sus derechos) en los diferentes centros de retención que existen en Europa.³ Y la presente directiva europea no fija ninguna norma de protección suficiente para impedir que las condiciones actuales deplorables de privación de libertad se degraden más.

2. - Una sistematización de la prohibición del territorio europeo

El artículo 9 en su párrafo 1, aparte 1 prevé que *"las decisiones de expulsión pueden contener una prohibición de readmisión de una duración de cinco años como máximo"*. Esta prohibición puede ser superior a cinco años si el residente extranjero constituye una amenaza grave al orden público, a la seguridad pública o a la seguridad nacional.

² Francisca Castex, in artículo del 18 de enero de 2008 *Europa y sin papeles*.

³ Parlamento europeo, dirección general de políticas internas de la Unión, el departamento temático C: *"Condiciones de los residentes extranjeros de un país tercero en centros (campos de detención, centros abiertos, así como zonas de tránsito), con una atención particular llevada a los servicios y los medios a favor de las personas a las necesidades específicas en el seno de los 25 Estados miembros de la Unión Europea - Estudio "*, diciembre de 2007. Consultable en el sitio: www.aedh.eu

Tales disposiciones ya están en vigor en ciertos países de la Unión Europea. Es el caso de España o Alemania, por ejemplo. En cambio, esta combinación sistemática entre irregularidad de la estancia y prohibición de reentrada en el territorio no existe en Francia. Así, la orden gubernativa de reconducción a la frontera no implica la prohibición de reentrada en el territorio. El pronunciamiento de una pena de prohibición de reentrada en territorio está más vinculado a un disturbio del orden público. Es raro que esta pena sea pronunciada por la jurisdicción penal únicamente sobre el fundamento de una estancia irregular.

El Parlamento ha enmendado esta parte del proyecto de directiva proponiendo que la prohibición pueda ser anulada en cada momento, particularmente por razones humanitarias (artículo 9, párrafo 3).

Esta forma de "*pena doble*" no puede sólo crear situaciones absurdas e inaceptables. Además, esta disposición puede revelarse contraproducente ya que los extranjeros obligados por esta medida, cuya vida se ha desarrollado durante años en Europa, serán forzados a la clandestinidad para volver.

3 - Una ausencia de precaución que concierne al Estado de vuelta

Un emigrante no sabrá si será reenviado a un país donde su vida y su libertad pueden estar amenazadas. En términos del derecho internacional, antes de proceder a un expulsión, las autoridades deben examinar la situación con el fin de asegurarse que una persona no corre peligro de estar sometida a la tortura o a los malos tratos en el momento de su repatriación. Este concepto de precaución encuentra su fundamento tanto en el artículo 3 del Convenio de las Naciones Unidas contra la tortura como en el artículo 3 del Convenio europeo de salvaguarda de los derechos humanos. Una jurisprudencia importante también existe sobre este punto.⁴

Ahora bien, el proyecto de directiva no prevé en ningún momento una evaluación de los riesgos incurridos en el país de origen en caso de repatriación de los extranjeros concernidos.

4. - Un tratamiento "específico" insatisfactorio de las personas vulnerables

El artículo 3 punto g da la lista de "*personas vulnerables*": *los menores, los menores no acompañados, las personas minusválidas, las personas de edad, las mujeres embarazadas, los padres aislados acompañados por menores y las personas que sufrieron de torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual*".

La lista ha sido extendida por la comisión LIBE. Ésta repite la definición contenida en el artículo 17.1 de la directiva del Consejo 2003/9/CE del 27 de enero de 2003 en materia de normas mínimas para los solicitantes de asilo.⁵

Sin embargo, constatamos que las categorías así enumeradas no gozan de ninguna manera de protección contra la expulsión. El texto del proyecto de directiva solamente recuerda que las personas vulnerables deben ser tratadas "*específicamente*" durante el procedimiento de expulsión.

⁴ Fallo *Soering v. El Reino Unido* del 7 de julio de 1989, consultable en el sitio: www.echr.coe.int, párrafo 88; fallo *Chahal v. El Reino Unido* del 15 de noviembre de 1996, consultable en el sitio: www.echr.coe.int, párrafos 79-80.

⁵ JO L 31/18 du 6 febrero 2003. Sitio http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2003/l_031

La Comisión de Libertades civiles, justicia y asuntos internos del Parlamento enmendó el artículo 5 del proyecto de directiva enunciando los principios nacidos de las obligaciones internacionales de los Estados miembro, a saber:

- la no expulsión de los solicitantes de asilo, conforme al Convenio de Ginebra relativo al estatuto de los refugiados del 28 de julio de 1951;
- la toma en consideración del interés superior del niño, conforme al Convenio internacional de los derechos del niño del 20 de noviembre de 1989;
- la protección de la vida particular y familiar, conforme al artículo 8 del Convenio europeo de salvaguardia de los derechos del hombre del 4 de noviembre de 1950.

Si este recordatorio es importante, las disposiciones protectoras no tienen ninguna efectividad ya que ningún artículo del proyecto de directiva garantiza de manera operacional su ejecución. Así, las mujeres embarazadas, los niños menores con sus padres, las personas que tienen vínculos familiares en otros países de la Unión Europea, las personas víctimas de la trata de seres humanos o de tortura son puramente y simplemente abandonados.

En cambio, dos categorías de extranjeros parecen un poco protegidas:

- **los extranjeros enfermos:** el artículo 5 d) prevé que *"los Estados miembro otorgan a las personas que sufren de una enfermedad grave un permiso de residencia (...) Con el fin de que puedan tener acceso a cuidados de salud (...)."*
- **los menores no acompañados:** el artículo 5 c) precisa en efecto que *"los menores no acompañados no pueden ser objeto de una medida de expulsión o de retención"*. Sin embargo, la redacción presente puede sólo suscitar inquietudes ya que es añadido: *"las disposiciones del punto presente no se aplican a los delincuentes condenados"*. Además del hecho de que asistimos a una ruptura de la igualdad de trato entre menores extranjeros no acompañados, la especificidad del estatuto jurídico de los menores - tal y como recuerda el Convenio internacional de los derechos del niño - es violada aquí. Asistimos aquí a una injerencia de la política contra el niño.

Sobre este punto también del estatuto de los menores, queda otra ambigüedad, ya que, en el artículo 15 bis que trata condiciones de retención de los niños y las familias, se hace referencia tanto a menores acompañados como a los menores no acompañados.

Pero más allá de la ligereza que persistiría en el proyecto de directiva, no es aceptable que menores puedan ser puestos en retención durante 18 meses.

5. - La instauración de un mediador europeo en materia de retorno

Un nuevo artículo, el 16 bis, prevé la creación de un mediador europeo que tendrá como misión la de *"efectuar, en cada momento, inspecciones de improviso; recoger información e informes relativos a las operaciones comunes de expulsión, y si llega el caso, formular recomendaciones; pedir a los Estados miembro, en cada momento, información o precisiones que conciernen al proceso de retorno"*.

Este puesto de Ombudsman, que es el equivalente del mediador de la República en Francia, no puede considerarse como satisfactorio. No entendemos como el mediador europeo podría intervenir eficazmente sobre todos los casos de abuso. En realidad, el Parlamento se honraría de aprobar solamente las medidas propuestas que respeten la dignidad y los derechos de las personas concernidas.

LA DIRECTIVA DE RETORNO EN RELACIÓN A LOS PRINCIPIOS RESULTANTES DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y PRINCIPIOS DIRECTORES SOBRE EL RETORNO FORZADO DEL CONSEJO DE EUROPA

Las disposiciones contenidas en el proyecto de directiva deben ser puestas en perspectiva respecto de los instrumentos internacionales vigentes. En efecto, no puede ser ignorado que existen unas reglas de derecho internacionales relativas particularmente a los derechos de los emigrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo, y que ninguna medida de retorno forzado puede contravenir estas reglas.

La libertad de circulación es un principio universalmente reconocido no sólo por el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sino también por el artículo 8 del Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias⁶ y el artículo 2 del protocolo n°4 del Convenio europeo de salvaguarda de los derechos humanos. A estos textos fundamentales puede también incluirse la citada resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el respeto de la libertad universal de circulación y la importancia capital de la reagrupación familiar.⁷

Si el proyecto de directiva muestra que un cierto número de disposiciones son inaceptable, tal y como se ha analizado en la primera parte del presente documento, otras disposiciones sólo repiten derechos contenidos en textos internacionales. Este procedimiento produce más una confusión que en un progreso real.

De esta manera, la cuestión necesita un análisis sobre lo que puede aportar el proyecto de directiva en relación a los estándares y las recomendaciones internacionales, ya que las disposiciones que estarán sometidas al voto de los parlamentarios europeos pueden estar por debajo de estos estándares y recomendaciones.

Resulta perentorio comprobar que el proyecto de texto no aporta nada sino que se limita a recordar principios nacidos de obligaciones internacionales a las cuales ya están obligados todos los Estados miembro, tales como:

- **la prohibición de las expulsiones colectivas** que se encuentra en el artículo 4 del protocolo n° 4 del Convenio europeo de salvaguarda de los derechos humanos
 - **El principio de no expulsión de los solicitantes de asilo** que se encuentra en el artículo 33 del Convenio de Ginebra relativo al estatuto de los refugiados;
 - **la protección de la vida privada y familiar** tal y como define el artículo 8 del Convenio europeo de salvaguarda de los derechos humanos así como el artículo 24 del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos;
 - **El derecho a un recurso efectivo** contra una decisión de repatriación, de expulsión, de encarcelamiento o de prohibición de readmisión, tal y como recoge el artículo 13 del Convenio europeo de salvaguarda de los derechos humanos.
-

⁶ Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias del 18 de diciembre de 1990. Sitio Internet: www.unhcr.ch/htm/menu3/b/m_mwctoc.htm (únicamente en inglés)

⁷ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el respeto de la libertad universal de circulación y la importancia capital de la reagrupación familiar del 1 de marzo de 2001

Estas medidas son tan más inútiles como aquellas que no ofrecen garantía sobre su ejecución operacional. Tales disposiciones acaban en definitiva en un debilitamiento del derecho internacional. Habría sido preferible que el proyecto de directiva explícitamente se refiriese a los textos internacionales vigentes e indicase las medidas propuestas con el fin de hacerlos efectivos.

Es particularmente preocupante comprobar que sobre diferentes puntos el proyecto de directiva no respeta los "*Veinte principios rectores sobre el retorno forzado*", negociados en el seno del Consejo de Europa y aprobados por el Comité de ministros del Consejo de Europa el 4 de mayo 2005.⁸ Y el hecho de haber repetido esta referencia de los "*principios rectores*" desde la primera enmienda no conduce a su efectividad por el rodeo de otras disposiciones contenidas en el proyecto del texto.

Por cierto, estos "*principios rectores*" no implican ninguna nueva obligación para los Estados miembro. No obstante constituyen un código de conducta que identifica las buenas prácticas y plantea recomendaciones. Son una referencia en materia de procedimiento de expulsión de los extranjeros en situación irregular.

Resulta necesario recordarlos con el fin de analizar mejor el proyecto de texto que está sometido al voto de los parlamentarios europeos:

Principio rector 1

"El Estado de acogida debería tomar medidas que animasen a la vuelta voluntaria, la cual es preferible al retorno forzado. Debería regularmente evaluar y mejorar, si fuese necesario, los programas puestos en ejecución con este fin".

Esta cuestión de retorno voluntario es apenas evocada en el proyecto de directiva. Lo encontramos sólo en el Considerando 6: "*Conviene privilegiar la vuelta voluntaria con relación a la vuelta forzada y conceder con este fin un plazo de salida*".

Sin embargo es el tipo de retorno que el proyecto de directiva debería promover y dejar el retorno forzado como una excepción. En el proyecto presente, esencialmente se trata de la vuelta forzada.

Principio rector 2

Este principio rector se refiere a la adopción de la decisión de expulsión. El primer punto menciona: "*una decisión de expulsión debe ser tomada sólo si las autoridades del Estado de acogida tuvieron en cuenta toda la información pertinente de la que disponen y que están convencidas, en la medida de lo razonable, que el respeto o la puesta en ejecución de esta decisión no expondrá a la persona a un peligro*", particularmente a tortura, a tratos inhumanos o degradantes o a otras situaciones que justificarían la concesión de una protección internacional .

La evaluación que el Estado de acogida realiza debería ser cuestionada, y lo mismo ocurre cuando el artículo 3 c) precisa lo que el proyecto de directiva entiende por "*retorno*": "*El hecho de regresar a su país de origen o a un país de tránsito al cual el residente de un país tercero tiene lazos sólidamente establecidos*". Podemos preguntarnos qué hay detrás de los "*lazos sólidamente establecidos*". Cómo está evaluado el riesgo de decisión de expulsión de un país de tránsito hacia otro país.

Principio rector 4

⁸ "*Veinte principios rectores sobre el retorno forzado*" adoptados por el Comité de ministros y los comentarios que se apoyan en estos principios preparados por el comité ad hoc de expertos sobre los aspectos del asilo territorial, de refugiados y apátridas (CAHAR) Sitio web:

www.coe.int/t/dg3/migration/Source/20_Guidelines_Forced_Return_fr.pdf

Este principio rector se refiere a la notificación de la decisión de expulsión. Sin embargo, en la lectura del proyecto de directiva, resulta que no se da ninguna precisión sobre los órganos que pueden proveer la información, y tampoco se aclaran las consecuencias del incumplimiento de esta disposición.

Principio rector 5

Este principio rector se refiere al recurso contra una decisión de expulsión. En esta ocasión se recuerda que el plazo de ejercicio debe ser suficiente, y que debe revestir un efecto suspensivo cuando el extranjero invoca un temor de tortura o de tratamientos inhumanos o degradantes.

El proyecto de directiva no prevé de ninguna manera la garantía de la imparcialidad del tribunal que evalúa un recurso contra una decisión de expulsión. Además, no está previsto un examen riguroso de las alegaciones de violación de los derechos humanos que supondría un retorno al país.

Principio rector 8

Este principio rector tiene relación con la duración de detención. El punto 1 menciona: " *toda detención previa debe ser tan breve como sea posible.* " La duración prevista por el proyecto de directiva que puede ir hasta 18 meses contrarresta claramente el principio aprobado de este modo por el Comité de ministros del Consejo de Europa.

Principio rector 10

Este principio rector, titulado " *Condiciones de detención previamente a la expulsión* ", describe en siete puntos tanto el estatuto del extranjero detenido como los lugares de detención y el personal a cargo de su funcionamiento.

En el presente proyecto de directiva no se hace ninguna referencia a la calificación del personal. Lo mismo ocurre sobre la cuestión del control regular de los locales de privación de libertad, sobre la posibilidad de denunciar malos tratos o protección contra los actos de violencia. Además, no se da ninguna precisión sobre los modos de comunicación del reglamento interior de los locales a los extranjeros retenidos.

Principio rector 12

Este principio rector concierne la cooperación entre Estados. El punto 1 enuncia: " *el Estado de acogida y el Estado de retorno deben cooperar con el fin de facilitar la vuelta de los extranjeros descubiertos en situación irregular en el Estado de acogida.* " En el proyecto de directiva, la cooperación entre Estados para facilitar el retorno no es mencionado. Esta cooperación es, sin embargo, primordial y debería efectuarse en el respeto de las restricciones impuestas al tratamiento de datos personales.

Principio rector 14

Aquí está evocado el apátrida, y precisa “*el Estado de origen debe abstenerse de privar arbitrariamente a la persona concernida de su nacionalidad, en particular con el fin de evitar una situación de apátrida. También debe abstenerse de autorizar la renuncia a la nacionalidad si esta renuncia corre el riesgo de implicar, para la persona que posee la nacionalidad de este estado, una situación de apátrida que esta se podría utilizar después para impedir su retorno*”.

En el proyecto de directiva los casos de apátridas son pura y simplemente no mencionados.

Principio rector 17

Este principio rector trata de la dignidad y la seguridad. Recuerda que “*Respetando la dignidad de las personas durante el proceso de expulsión, conviene, en el momento de la operación de expulsión, asegurarles el mismo nivel de seguridad a otros pasajeros y a los miembros de la tripulación que al interesado mismo. La expulsión puede ser abortada si la ejecución de la operación compromete este principio*”

El respeto de la dignidad y de la seguridad habría debido contenerse en las disposiciones del artículo 10 del proyecto de directiva, lo cual no es en absoluto el caso.

Principio rector 18

Este principio rector se refiere a la utilización de una escolta. Ninguna disposición del proyecto de directiva se refiere a este punto, mientras que ésta, bajo la responsabilidad del Estado de acogida, debería ser debidamente seleccionada e identificable.

Principio rector 20

Este último principio rector se refiere al control y los recursos. Establece en cuatro puntos la puesta en marcha de mecanismos eficaces de control de las operaciones de retorno forzado.

Tal mecanismo de control está absolutamente ausente del texto de la directiva. Lo mismo ocurre con las vías de recurso abiertas con el fin del cuestionamiento de estas operaciones.

AEDH

Bruselas, abril 2008

Contacto :

Pierre Barge, Président

AEDH, Association Européenne pour la défense des Droits de l'Homme

33, rue de la Caserne. B-1000 Bruxelles

Tél : +32(0)25112100 Fax : +32(0)25113200 Email : aedh@aedh.eu

La Asociación europea para la Defensa de los Derechos Humanos (AEDH) reagrupa ligas y asociaciones de defensa de los derechos del hombre de los países de la Unión Europea. Es miembro asociado por la Federación internacional para la defensa de los derechos del hombre (FIDH). Para saber más sobre eso, consulte el sitio www.aedh.eu