

LA DETENCIÓN DE EXTRANJEROS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD VS. DERECHOS HUMANOS

Antonio MUÑOZ AUNIÓN*

Glorimar ALEJANDRA LEÓN SILVA**

Sumario: I. Introducción. II. La detención en el marco de la Unión Europea. 1. Condiciones de la detención. 2. La sujeción al Derecho internacional. III. Definiciones de la presencia irregular. Algunas imprecisiones. IV. La criminalización de la migración irregular. V. La respuesta judicial desde el ensamblaje de la Unión Europea. Luces y sombras. VI. Conclusiones

Resumen: La Unión Europea desde el inicio del siglo XXI dispone de instrumentos comunes para regular la detención y expulsión de los emigrantes irregulares no obstante estos no se adaptan bien a los flujos masivos de inmigrantes /refugiados como muestra la crisis humanitaria y de seguridad dentro de la misma Europa o en su periferia. La necesidad de establecer unos criterios adaptados a las necesidades actuales no es sólo contingente para el propio prestigio de la Unión Europea, como un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia, sino que puede ser un ejemplo para otros rincones del planeta que también comienzan a percibir la inmigración como un problema a corto plazo. Tras exponer el estado de la cuestión migratoria en relación a la figura de la detención preventiva de los inmigrantes, se plantean las vicisitudes que se derivan de la redacción de la Directiva 2008/115/CE. También se analizan otras consecuencias de la aplicación de estas directivas en torno a la criminalización de la migración. Seguidamente se señalan las luces y sombras emanadas de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, para efectuar propuestas jurídicas en base a las situaciones expuestas.

Fecha de recepción del original: 30 de mayo de 2017. Fecha de aceptación de la versión final 11 de agosto de 2017

* Doctor en Derecho Internacional Público, Profesor Titular Universidad Autónoma de Chile. antonio.munoz@uaautonoma.cl

** Doctoranda por el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. Glorimar.leon@uaautonoma.cl

Palabras clave: Directiva Retorno, Jurisprudencia TJUE, Detención de inmigrantes irregulares, Migración, Derechos humanos.

Abstract: *The European Union since the beginning of the 21st century has common instruments to regulate the detention and expulsion of irregular migrants, although they do not adapt well to massive flows of immigrants / refugees as shown by the humanitarian and security crisis within it Europe or in its periphery. The need to establish criteria adapted to current needs is not only contingent on the European Union's own prestige as a real area of freedom, security and justice, but can also be an example for other corners of the world, perceiving immigration as a short-term problem. After introducing the state of the immigration issue in relation to the figure of the preventive detention of immigrants, the aim is to expose the vicissitudes that arise from the drafting of the 2008/115/CE Directive. For the sake of illustration, the light and shadows emanating from the case-law of the Luxembourg Court, to make the most representative legal conclusions from these judgments.*

Keywords: *Return Directive, Jurisprudence of the CJUE. Detention of irregular immigrants, Migration, Human Rights.*

I. Introducción

Las democracias liberales aspiran a respetar unos estándares mínimos de libertad individual y debido proceso para todos los que se encuentran bajo su jurisdicción. Sin embargo, el alcance y naturaleza exacta de las limitaciones impuestas por los regímenes legales internacionales y nacionales para la expulsión de los extranjeros aún sigue siendo incierto y en constante estado de evolución.

La *época liberal* de normas de derechos humanos que facilitaba una forma *sui generis* de migración humanitaria hoy día se encuentra en recesión y nos lleva a tiempos pretéritos de expulsiones masivas como la ocurrida con los ciudadanos polacos en Alemania a finales del siglo XIX o la prohibición de entrada a EE UU de ciudadanos orientales de la misma fecha¹. El denominado *excepcionalismo migratorio* sobre el que se está construyendo el derecho migratorio contemporáneo, es un movimiento político peligroso: los no ciudadanos carecen

¹ Véase *Chae Chan Ping c. EE UU*, caso núm.130 U.S. 581, sentencia de la Corte Suprema de los EE UU de 13 de mayo de 1889, el cual versó sobre la Exclusión de ciudadanos chinos (basando la competencia para regular la migración en el derecho de las naciones y en el poder soberano para dirigir la política exterior; también véase *Fong Yue Ting c. EE UU*, caso núm.149 U.S. 698, sentencia de la Corte Suprema de los EE UU de 15 de mayo de 1893, en el que se ampliaron su razonamiento a la deportación de residentes extranjeros de nacionalidad china.

de derecho de sufragio, es un terreno fértil para la formación de malentendidos en cuanto al nivel de protección a los refugiados y la ansiedad popular temerosa de las consecuencias negativas de la migración se acrecienta.

La necesidad por parte de los gobiernos de demostrar una posición firme ante su electorado le lleva a distintas formas de control represivo, generando un vórtice de prácticas represivas junto a la percepción de la emigración irregular como un acto asociado a actividades delictivas² pese a la inexistencia de pruebas empíricas de su veracidad³.

En definitiva, como apuntara Hebert Marcuse, nos enfrentamos a una ausencia de libertad, cómoda, suave, razonable y democrática, señal del progreso técnico que prevalece en la civilización industrial avanzada⁴. Consideramos que mucha agua ha pasado debajo del molino y se ha cambiado el paradigma que avanzara Armin Von Bogdandy según el cual los derechos humanos se situaron en el primer plano de la integración europea pero que no constituía en modo alguno su *raison d'être*⁵, para pasar a situarnos ante una *arquitectura abierta* de derecho europeo de los derechos humanos⁶.

II. La detención en el marco de la Unión Europea

La figura de la detención previa a la deportación es ejemplo de *mecanismo adaptativo* que se sitúa en un estado fluctuante entre la adherencia a los derechos humanos universales y su revocación. En opinión de Javier de Lucas, todas estas medidas llevan a un claro retroceso de estándares de derechos humanos, especialmente en lo relativo a la expulsión del país, la cuestión de la privación de libertad, la detención de menores o las garantías del debido proceso⁷.

La figura de la detención más allá de sus objetivos declarados representa un instrumento político de gran peso; para el Hemisferio sur, supuestamente disuade

² V. Mitsilegas, *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, 1ª ed., Springer, 2015, pp.1–2.

³ R. Belli, W. Parkin, “Immigration and homicide in contemporary Europe”, en M. Liem, W. Pridemore, (eds.), *Immigration and homicide in contemporary Europe*, New York, Springer, 2012, pp. 247–260).

⁴ H. Marcuse, *El Hombre Unidimensional*, 50ª ed., Editorial Ariel, 2010, p. 1. En el mismo sentido, A. Remiro Brotons, “Crisis global y respuesta mundial”, *AFDUAM*, vol. 14, 2010, pp. 23–40.

⁵ A. Von Bogdandy, “The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union”, *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, núm. 5, p. 1338; y ROSAS, A., “Is the EU a Human Rights Organization?”, *CLEER Working Papers*, vol. 1, 2011, pp.3–4.

⁶ A. Von Bogdandy, “Common Principles for a Plurality of Orders: A Study on Public Authority in the European Legal Area”, *Int J Const Law*, vol. 12, 2014, núm. 4, pp. 980–985.

⁷ J. De Lucas, “La UE ante la inmigración: balance de una esquizofrenia jurídica y política”, en P. Ceriani Cernadas, R. Fava, (eds.), *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Universidad de Lanus, 2009, p. 47.

a los potenciales emigrantes de entrar en la fortaleza europea, en el Hemisferio norte, se emplea para darle a la opinión pública la imagen de una lucha activa de las autoridades para resolver el problema de la migración, estigmatizando a los que se les etiqueta como enemigos⁸, lo que incrementa el riesgo del racismo y la xenofobia.

Ningún gobierno en el mundo afectado por flujos migratorios ha renegado de la detención⁹ administrativa de los inmigrantes¹⁰. De hecho, a pesar de las declaraciones de buena voluntad, la corrección política y la concienciación de que la migración es parte de la historia de la humanidad, la detención es considerada como necesaria para la preparación y organización de las operaciones de retorno.

Sin embargo para la *academia* y *ONGs*, la práctica de detener a emigrantes en lugares de reclusión y privarlos de libertad siendo muchos de ellos no expulsables, no sólo es inútil y absurda sino ilícita al constituir una forma de detención arbitraria¹¹ según el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)¹². Según datos de 2015, más de un millón de emigrantes sin visado llegaron a Europa ese año, lo que demuestra la dificultad de poner en marcha la expulsión de esta categoría de personas. Esto no es impedimento para que prolifere de forma preocupante, lo que se denomina *una industria de la detención* y la creación de nuevos centros de detención, que se justifica en la necesidad de crear más empleo¹³.

⁸ Desde el conflicto en Indochina a las personas que huían se les denomina despectivamente como "boat people" o "personas que infringen las buenas normas", K. AAS, "Analyzing a world in motion: Global flows meet 'criminology of the Other'", *Theoretical Criminology*, Vol. 11, 2007, núm. 2, pp. 283-303; A. Caputo, "Irregolari, criminali, nemici: note sul "diritto speciale" dei migranti", *Studi sulla questione criminale*, Vol. 2, 2007, núm. 1, pp. 45-64.

⁹ La detención se entiende como la privación de libertad, véase *Amuur c. Francia*, núm. 19776/92, párr. 43, TEDH 1996. La Comisión de Derecho Internacional ha definido 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", A/CN.4/554, párr. 13.

¹⁰ En muchas ocasiones se ha indicado que la detención migratoria debe ser excepcional, el último recurso del que se dispone cuando ninguna medida menos restrictiva se encuentre disponible para el caso en particular, véase, Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre detenciones arbitrarias, párr. 67 y 82; Comité para la eliminación de la discriminación racial (2004) párr. 17. La aproximación más protectora del migrante en el régimen americano se explica en parte por el menor número de casos de los que conoce el sistema. En general, véase, M. Dembour, *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Reino Unido, 1ª ed., Oxford University Press, 2015.

¹¹ Por ejemplo, asuntos: *Bouamar c. Bélgica*, núm. 9106/80 TEDH 1988; *Aerts c. Bélgica*, núm. 25357/94, TEDH 1998; y *Enhorn c. Suecia*, núm. 56529/00, TEDH 2005.

¹² Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953.

¹³ Por ejemplo, en el Reino Unido, donde la gestión de la mayoría de los centros de detención se realiza por empresas privadas. Véase, R. Tilman, "Another Brick in the Wall: Carrier Sanctions and the Privatization of Immigration Control", *Int J Refugee Law*, vol. 26, 2014, n° 2, pp. 223-247.

En el marco de la Unión Europea (en lo sucesivo, UE), espacio económico que ha sido un factor de atracción de emigrantes por el éxito de su mercado interior, su órgano ejecutivo el Consejo de la UE inició el trabajo para la armonización de estándares y procedimientos relativos a la expulsión de nacionales de terceros países residentes ilegales en 2005 y no fue hasta diciembre de 2008 cuando se alcanzó un compromiso que llevó a la adopción de la *Directiva 2008/115/CE*¹⁴ *relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular* (en lo sucesivo, Directiva Retorno), implementada por los Estados miembros en 2010; y la *Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros*¹⁵ que fue refundida por la reciente *Directiva 2013/33/UE*¹⁶ por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (En lo sucesivo, Directiva recepción).

Ambas directivas se enmarcan en la solución de ingeniería diplomática conocida como de geometría variable, (*opt in– opt out*), un espacio flexible que permite que miembros de la UE se mantengan al margen de su aplicación, por ejemplo el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, en razón de la sensibilidad de la cuestión migratoria para su electorado, y a que otros que no son miembros de pleno derecho de la UE pero unidos a ésta por una fuerte sinergia y dependencia, participen en el sistema de regulación de flujos migratorios, a saber, Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein.

Adicionalmente, en ambas se aprecia la mención a grandes principios humanitarios consagrados en una pléyade de instrumentos internacionales y regionales, pero a pesar de ello, sus máximas declaratorias se encuentran en lugares simbólicos, como el *memorándum* o *Preámbulo* y el articulado no las formula a posteriori.

Así, por ejemplo, en la segunda directiva, la Directiva recepción, esta es producto de una revisión que se hizo necesaria a resultas de la evaluación negativa que hiciera la Comisión Europea de su implementación en 2007 que puso de manifiesto que los Estados miembros permitían la detención de solicitantes de asilo por distintos motivos y que su duración era muy variable entre los mismos, lo que quebraba la aspiración armonizadora. Uno de los objetivos principales con la refundición de la Directiva recepción fue el incluir salvaguardias en el Derecho de la UE, para impedir que los solicitantes de asilo fueran detenidos en forma arbitraria y que se asegurase que la detención fuera utilizada como último recurso,

¹⁴ DO L 348 de 24.12.2008.

¹⁵ DO L 31 de 6.2. 2003.

¹⁶ DO L 180 de 29.6.2013.

para garantizar una expulsión acorde al imperio de la ley y el respeto de los derechos humanos.

Y en la primera, la Directiva retorno, la aplicación automática de prohibiciones de regreso asociada a todo procedimiento de expulsión y que por omisión permite la directiva, es contraria a sus propios principios, cuyos puntos 6 y 14 del preámbulo y su art. 11 (2) estipulan que las prohibiciones de regreso estarán basada en datos objetivos y que la duración de la prohibición será determinada tomando en consideración todas las circunstancias relevantes del caso individual, dejando hasta el momento *gran libertad a los Estados* para castigar con sanción o multa todo incumplimiento de la orden de reentrada. Además, su considerando núm. 17 en el preámbulo remite a la sujeción al Derecho internacional y nacional en lo relativo a la aplicación del art. 16 de la misma, pero no regula cuales normas del Derecho internacional deben ser aplicadas.

1. Condiciones de la detención

Ambas normativas hacen referencias a *las instalaciones destinadas a la detención de migrantes* que en todo el mundo han sido cuestionadas por su inadecuado equipamiento, masificación y falta de estándares higiénicos básicos, por su opacidad, por el déficit en la prestación de servicios médicos, y/o la confiscación de objetos personales, donde la UE no es una excepción.

En el art. 16 de la Directiva retorno se establece que el internamiento debe realizarse por regla general en lugares especializados de detención. Si por motivos de infraestructura, un Estado tiene que recurrir a prisiones comunes, los nacionales de terceros Estados tendrán que separarse de la población carcelaria¹⁷ a los efectos de evitar su estigmatización como criminales¹⁸.

Además, a los retenidos se les debe permitir el contacto de representantes legales, familiares y personal consular. También contempla que, las personas en situación de vulnerabilidad extrema (entre otras, menores, personas con enfermedades, mujeres embarazadas, personas con discapacidades, o víctimas de abusos), ameritan de una atención especial de cuidados médicos, servicios sociales y escolares, entre otros.

¹⁷ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el As. C-474/13, ECLI:EU:C:2014:2096 indicó que la obligación de que los migrantes detenidos fueran separados de los presos ordinarios no estaba abierta a excepción.

¹⁸ Este dualismo separación /aislamiento no ha podido evitar la estigmatización que algunos autores han denominado uniendo ambos términos como *crimigración*. Véase, J. Stumpf, "The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime and Sovereign power", *American University Law Review*, Vol. 56, 2006, pp. 367-418.

Si bien, ciertamente se indica que estos establecimientos estarán abiertos a visitas de distintos organismos, el hecho de que estas visitas se encuentren sujetas a previa autorización cuestiona la eficacia de las visitas, y tampoco quedan claras cuáles son las competencias de los organismos que las regulan.

Lo anterior se podría traducir en consecuencias previsibles para los Estados miembros que utilizan de forma más sistemática estos centros de detención, quienes tendrán más dificultad a la hora de optar a un asiento en los distintos organismos de protección de los derechos humanos, por ejemplo, el Consejo de Derechos Humanos donde su actitud pasada será fiscalizada por otros países, muchos de ellos origen de los migrantes que difícilmente apoyaran la candidatura de estos países.

No obstante, la práctica indica que se están convirtiendo en verdaderos *agujeros negros* del sistema, resultando análogas o peores sus condiciones a la de los centros penitenciarios, por ejemplo, por cuanto a la intercepción de la correspondencia del internado con condiciones más *laxas* que las de los sometidos al régimen penitenciario, difícilmente conciliables con las necesidades de una sociedad democrática; o los límites al acceso de información por parte del internado que puede limitarse si el Director del Centro de detención lo considera *necesario*. Esta situación ha forzado a organismos como el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre detenciones arbitrarias a extender su mandato para visitar estos establecimientos¹⁹.

2. La sujeción al Derecho internacional

La ausencia de especificidad de la Directiva retorno en relación con la sujeción al derecho internacional a la que están obligados los estados miembros sin señalar cuales han de ser estas normas, permite sugerir que deberían incluirse; 1) las veinte directrices sobre el retorno forzoso del Consejo Europeo; 2) las normas del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos inhumanos o degradantes; 3) la recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas penitenciarias europeas; y 4) las reglas mínimas de la ONU para el tratamiento de los reclusos.

En este sentido, la adhesión de todos Estados miembros UE al *Protocolo Facultativo del Convenio de Naciones Unidas para la prevención y sanción de la tortura*²⁰, serviría como una solución tentativa para paliar de esta forma el cúmulo de incertidumbres que nos lleva a un limbo jurídico, dado que esta figura y sus afines son más proclives de acontecer en los denominados lugares de detención,

¹⁹ Resolución n. 1997/50 de la Comisión de Derechos Humanos, n. 5.

²⁰ Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Doc. ONU A/RES/57/199, de 18 de diciembre de 2002.

lo que permitiría una colaboración con el resto de organismos internacionales, para diseñar unas prácticas de detención con apego a los derechos humanos. Hasta la fecha 23 de los 28 Estados miembros han ratificado el Protocolo, y todos ellos, a excepción de Italia y Rumanía han creado el *Mecanismo de Prevención Nacional*.

Este medio permitiría una colaboración con el resto de organismos internacionales para diseñar unas prácticas de detención con apego a los derechos humanos, siendo la oportunidad manifiesta al corresponderse con el discurso garantista de las distintas Instituciones europeas, con la aplicación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, la Carta Social Europea, el apoyo de la UE al *Convenio núm. 189 de la OIT sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos*²¹, los memorándums de entendimiento con el Consejo de Europa, lo que demuestra ser la antesala de una mayor profundización a temas de mayor calado político y que la UE actúa como actor global en el desarrollo del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.

Además, el momento es el indicado tras el desconcertante dictamen sobre competencias emitido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE o Tribunal de Luxemburgo), que supuso un duro revés para una adhesión al CEDH esperada desde la década de los noventa y que nos empuja a pensar en otras alternativas para garantizar un espacio verdaderamente constitucional en Europa, al margen del poder judicial, mediante la firma de una *Declaración Solemne del Consejo Europeo* como expresión del máximo órgano político.

III. Definiciones de la presencia irregular. Algunas imprecisiones

La Directiva retorno se basa en una anterior relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones de expulsión²² y es el primer instrumento europeo que trata de definir el concepto de *presencia ilegal*. La medida fue una respuesta clara del Consejo Europeo a las regularizaciones masivas que se hicieron en los países de Europa meridional y que utilizaban los permisos de residencia para transitar libremente por el *espacio Schengen* beneficiándose de la libre circulación de

²¹ El Consejo de Ministros de la UE adoptó en 2014 una decisión autorizando a los Estados Miembros a ratificar el Convenio 189, siguiendo así los pasos dados por la Comisión Europea y el Parlamento Europeo a favor del Convenio. Sobre este Convenio, véase, A. MUÑOZ AUNIÓN, “El trabajo doméstico, ¿último eslabón en la cadena de los derechos humanos de los trabajadores? Su regulación en el Convenio n. 189 de la OIT.”, *Revista Gaceta Laboral*, vol. 20, 2014, núm. 1, pp. 5–15.

²² Directiva del Consejo 2001/40, DO L núm.149/34 de 28 de mayo de 2001. En más detalle, K. Groenendijk, “The Directive on mutual recognition of expulsion decisions: Symbolic or unbalanced politics?” en P. De Bruycker, (ed.), *The Emergence of an European Immigration Policy*, Bruylant, 2003, p. 447.

personas, creando flujos migratorios intra-europeos de difícil control. Junto a la adopción de este instrumento, el Consejo solicitó se le informase de los planes de regularización, siendo la finalidad de esta información la de desalentar el proceso regulatorio²³.

No obstante, la Directiva retorno presenta una confusión técnica respecto de la presencia irregular. En su art. 6.1 señala que los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio²⁴. Aparentemente los estándares mínimos que establece la Directiva retorno no se refieren necesariamente al proceso de adopción de la decisión que determina la legalidad de la presencia, dado que su ámbito de aplicación queda limitado según el art. 2.1 a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro²⁵. No obstante, esta también declara que la Directiva retorno no impedirá a los Estados miembros adoptar una decisión sobre la finalización de la situación regular unida a una decisión de retorno y/o de expulsión y/o a una prohibición de entrada, en una única decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial²⁶ siempre que se cumplan las garantías procedimentales. Una disposición relacionada señala en su art. 6.4 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 o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno²⁷.

Como se lee en las disposiciones anteriores, se confunden cuatro posibles procedimientos diferentes que a su vez enlazan con el ámbito de aplicación de los estándares de la Directiva retorno.

Normalmente debería de procederse primero con un procedimiento a fin de determinar si la presencia del individuo en particular es ilegal. Esto requeriría la aplicación de las leyes nacionales correspondientes a la cuestión fáctica del individuo, por lo que un paso previo sería el determinar si nos encontramos ante un nacional de tercer Estado. Si un Estado miembro decide hacerlo en una instancia separada sería difícil extender la normativa europea a la misma, a no ser que el Estado decida lo contrario.

²³ Decisión del Consejo 2006/688 de 5 de octubre de 2006 sobre el establecimiento de un mecanismo de información mutua (MIM) relativo a las medidas de los Estados miembros en las áreas de asilo e inmigración DO L núm. 283/40, de 14 de octubre de 2006.

²⁴ Directiva 2008/115/CE, DO L núm. 348, de 24 de diciembre de 2008.

²⁵ Directiva 2008/115/CE, DO L núm. 348, de 24 de diciembre de 2008.

²⁶ Art. 6.6, Directiva 2008/115/CE, DO L núm. 348, de 24 de diciembre de 2008.

²⁷ Directiva 2008/115/CE, DO L núm. 348, de 24 de diciembre de 2008.

Un segundo procedimiento posible se daría respecto de la terminación de la residencia legal por una variedad de motivos. Esto conllevaría a la aplicación de la normativa relevante en actos particulares. En este punto se situarían las sanciones penales o los motivos de orden o seguridad pública como motivos para dar por finalizada una residencia legal. Pero en este supuesto tampoco queda claro que la Directiva retorno pueda aplicarse al proceso.

Finalmente, el tercer supuesto sería aquel que permite determinar si la persona residente ilegal debe ser expulsada de manera expeditiva; y, el cuarto y último supuesto, sería el de determinar si la persona que se considera reside de forma irregular y, si habiéndosele conminado a abandonar el territorio, es elegible para un trato más favorable, como, por ejemplo, la aplicación de principio de *non-refoulement*.

La lectura combinada de estos párrafos nos lleva a interrogarnos si los redactores de la Directiva retorno no habrán confundido las distintas etapas del proceso pues no queda claro a cuáles de estos cuatro procesos se dirigen las disposiciones de esta obligatoriamente. Todo pareciera indicar que se refiere al de menor claridad y menos relevante de los procedimientos: al tercero, ya que su título contempla a los *nacionales de terceros países en situación irregular*, quedando excluidos los procesos para determinar tanto la ilegalidad de la residencia, como la terminación de la residencia ilegal y la concesión de medidas pro *homine*.

Esta deficiencia técnica se percibe a lo largo de toda la Directiva retorno y se refleja en los diversos fallos del TJUE. Aquí es importante señalar que ambas directivas son objeto de revisión por parte de la Comisión Europea, institución que a su vez puede iniciar procedimientos contra los Estados miembros por incumplimiento²⁸.

Esto resulta relevante dado que la Directiva retorno emplea términos muy amplios, la detención difiere de país a país y algunos de estos podrían emplear tales ambigüedades para convertir sus medidas en más estrictas. Hasta la fecha, muchas de las disposiciones de la directiva no han sido transpuestas por los Estados miembros en sus legislaciones nacionales, por ejemplo en lo que respecta a los criterios de imposición de la detención, las condiciones de la misma, y las prohibiciones de reentrada, por lo que la Jurisprudencia y la noción de efecto útil²⁹ tendrán capital importancia en esta fase para alcanzar el objetivo armonizador de la directiva.

²⁸ A. Baldaccini, "The EU directive on Return: Principles and Protests", *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 28, 2009, núm. 4, pp. 114-138.

²⁹ Véase, P. Craig, G. De Burca, *EU Law: Texts, Cases and Materials*, Oxford, 6ª ed., Oxford University Press, 2015, pp. 202-204.

IV. La criminalización de la migración irregular

Adicionalmente, ambos instrumentos, pese a sus buenas intenciones, son ejemplo de criminalización de la migración irregular, definiendo la irregularidad de una forma amplia y sesgada, lo cual incrementa la incertidumbre del emigrante que, sólo en parte, suele cumplir con los requisitos de residencia³⁰.

Estos aspectos se suman al conjunto de sistemas nacionales de extranjería que ya estaban influidos de una fuerte regulación penal represiva sustantiva del derecho penal, como *ius puniendi* del Estado soberano, que si bien queda fuera de las competencias europeas confluye con estas, a modo de competencias compartidas y la teoría de la *preemption*, (en su acepción conflictual) del derecho de la UE por encima de normas nacionales, siendo este terreno común donde el Tribunal de Luxemburgo se ha debido pronunciar en su papel de impulsor de la integración³¹, en lo que en EE UU la doctrina denominó *federalismo de la inmigración*, un ejemplo más de la excepcionalidad y novedad de este derecho³².

Relacionado a esta *criminalización*, la Directiva retorno tiene implicaciones en la *doble* criminalización de la migración ya que, para el nacional de un tercer Estado irregular³³ que ha sido expulsado por un Estado miembro de la UE, existe el riesgo de penalización en forma de sanción penal. Esta penalización puede ocurrir en forma de multas o penas privativas de libertad, casos en los que se ve forzado a regresar de forma expedita a su país de origen o de nacionalidad. Es por este motivo que la doble incriminación debe ser analizada en toda política relacionada al regreso³⁴, ya que muchos Estados contemplan penalizaciones para sus nacionales cuando estos retornan bajo estas condiciones de expulsión.

En cualquier caso, hay que tener siempre presente que la responsabilidad del Estado que expulsa no acaba en la expulsión. Por ejemplo, como lo afirmó el

³⁰ En particular, el art. 3(2) de la Directiva retorno entiende por *situación irregular* 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 art. 5 del Código de fronteras Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro.

³¹ A. Hinarejos, "Integration in criminal matters and the role of the Court of Justice", *European Law Review*, Vol. 36, 2011, pp.420-430.

³² Con la previsión de que la *preemption norteamericana* no es ni la primacía europea ni la prevalencia del Derecho Constitucional europeo, como afirma F. Velasco Caballero, "Un ejemplo de funcionamiento de la "preemption" norteamericana: la regulación de la inmigración", *REAF*, 2011, núm. 13, p. 47.

³³ En particular, el art. 3(2) de la Directiva retorno entiende por *situación irregular* 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 art. 5 del Código de fronteras *Schengen* u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro.

³⁴ En más detalle, vease, J. Alpes, "Airport Casualties: Non-Admission and Return risks at times of internalized /externalized border controls", *Soc. Sci.*, vol. 4, 2105, pp. 742-755.

TEDH en el *asunto TI c. Reino Unido*, el Estado que expulsa a una persona debe asegurarse que el Estado receptor no la remitirá a un tercer Estado si hay riesgo para su vida o integridad física, algo que es necesario tomar muy en serio en el momento actual con numerosos países en conflictos civiles³⁵.

Igualmente, las *prohibiciones de reentrada* tienen que adecuarse a los estándares de derechos humanos y a la proporcionalidad para evitar caer en una práctica de *neo-refoulement*³⁶ a fin de que el regreso sea duradero y efectivo. También resulta necesario un grado de cooperación con terceros países (por ejemplo, la marginalización y recriminación en los Estados de regreso) dado que estas acciones son producto de la política exterior y de la aplicación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE, estas cuestiones que no pueden escapar a su consideración y calificación política como lo apunta el profesor Javier Roldán Barbero³⁷.

V. La respuesta judicial desde el ensamblaje de la Unión Europea. Luces y sombras

El TJUE se ha visto obligado a realizar actos de *funambulismo jurídico* a fin de equilibrar los derechos humanos de los emigrantes irregulares con el objetivo de expulsar a estos en forma expeditiva, y el resultado es dispar³⁸. A esta dualista función se refiere Valsamis Mitsilegas cuando alude a la función protectora del derecho de la UE³⁹. He aquí algunas luces y sombras de estos fallos.

³⁵ Por ejemplo, en *Hirsi Jamaa y otros, c. Italia* (GS), núm. 27765/09, TEDH 2012, el Tribunal condeno a Italia por infringir varios artículos del Convenio de Roma al deportar ciudadanos somalíes y eritreos a Libia, país desde el que habían salido. El Tribunal comprobó la misma violación del art. 19 de un texto comunitario: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, referido al principio consuetudinario internacional del non-refoulement, y no estimó como exoneración los acuerdos bilaterales firmados por Libia e Italia ni las obligaciones internacionales contraídas por el país norteafricano, sino su práctica efectiva respecto al trato de extranjeros. Sobre la responsabilidad de los Estados miembros de la Unión Europea por violación del CEDH imputable al funcionamiento del derecho comunitario, véase, A. Bultrini, “La responsabilité des Etats membres de l’Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l’homme imputables au système communautaire”, *Revue Trimestrelle des Droits de l’homme*, 2002, núm. 49, pp. 5–43.

³⁶ Sobre este término, véase, C. Gortázar Rotaèche, “Building the CEAS: ad intra & ad extra: How to avoid non-refoulement and neo-non refoulement”, en P. Xuereb, (ed.), C. Gortázar Rotaèche, *Migration and Asylum in Malta and the European Union: Rights and Realities 2002–2011*, Malta, Malta University Press, 2012, pp. 15–32.

³⁷ J. Roldán Barbero, “La aplicabilidad territorial del derecho de la Unión Europea y el derecho internacional”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, 2015, núm. 52, p. 466.

³⁸ Como en otras instancias. Véase por ejemplo, H. Labayle, “Droits de l’homme et sécurité intérieure de l’Union européenne, l’équation impossible”, *Revue des affaires européennes*, 2006, pp. 93–109.

³⁹ V. Mitsilegas, “The Changing Landscape of the Criminalization of Migration in Europe: the protective function of European Union law”, en M. Joao Guia, M. Van Der Woude, J. Van Der Leun,

El Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado sobre los plazos de detención. Si bien no hay un plazo máximo a partir del cual tiene que desistirse de ejecutar la expulsión⁴⁰, los plazos de la Directiva retorno en lo relativo a la retención del inmigrante si lo son y el principio de proporcionalidad exige que la detención sea por el plazo mínimo necesario sin prolongarse indefinidamente.

En este sentido, se ha privilegiado la posición del juez, quien debe tener amplios poderes decisorios. Así, en *Mahdi*⁴¹ el TJUE indicó que una autoridad judicial que decida sobre una solicitud de prórroga de internamiento debe poder pronunciarse sobre cualquier elemento de hecho y de derecho pertinente para determinar si la prórroga del internamiento está justificada, pudiendo investigar cualquier otro elemento pertinente para su decisión en el supuesto de que lo considere necesario. Así pues, las facultades de las que goza la autoridad judicial para llevar a cabo ese control no pueden circunscribirse únicamente, en ningún caso, a los elementos presentados por la autoridad administrativa⁴². Además, en este fallo se recalca la importancia de las garantías procesales y en tal sentido, la detención –por ejemplo– debe ser ordenada por escrito con motivaciones en hechos y derecho, requisitos aplicables también cuando se prolonga el plazo de detención.

El TJUE en algunos momentos ha privilegiado la eficacia sobre criterios de humanidad. En *Zaizoune*⁴³, aceptó que los Estados miembros tengan competencias para establecer condiciones más favorables que las existentes en la Directiva retorno siempre que sean compatibles con ésta. No obstante, el mismo fallo negó al Reino de España la práctica de *tolerar* a los inmigrantes irregulares en vez de expulsarlos, por considerarla contraria al derecho europeo y a la obligación que tienen los Estados miembros de emitir una orden de expulsión y llevarla a cabo, lo que contribuye al debilitamiento de los estándares comunes, demorando el *regreso* y quebrando el principio de solidaridad.

El TJUE también se ha referido a la criminalización de la inmigración irregular. Si la migración irregular es un crimen penado por una pena privativa de libertad, esto implicaría que las garantías que se establecen en la Directiva retorno sobre motivos de la detención, así como las condiciones dejarían de aplicarse y carecerían de sentido. Se podría pensar que la detención administrativa pudiera fijarse junto a la condena penal (antes o después), lo que acarrea el problema de

Social Control and Justice: Crimmigration in the age of fear, The Netherlands, 1ª ed., Eleven International Publishing, 2012, pp. 87–113.

⁴⁰ Según la Directiva 2008/115/CE, DO L núm. 348, de 24 de diciembre de 2008, en su art. 15. 4, cuando parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión, dejará de estar justificado el internamiento y la persona de que se trate será puesta en libertad inmediatamente. Sin embargo, no existe mecanismo obligatorio alguno para hacer cumplir esta disposición.

⁴¹ As. C–146/14 PPU, ECLI: UE:C:2014:1320

⁴² As. C–146/14 PPU, ECLI: UE:C:2014:1320, párr. 62.

⁴³ As. C–38/14, ECLI: EU:C:2015:260

prorrogar el tiempo global de detención. Así, ofreciendo algo de humanidad a un proceso que es de extrema gravedad, el TJUE ha limitado de forma sustancial el *ius puniendi* de los Estados miembros de imponer penas restrictivas de libertad a aquellos que cometen delitos migratorios, basándose no sólo en la letra de las directivas sino en el principio de la efectividad del derecho comunitario.

Si bien es cierto que, en principio, la legislación penal y las normas de procedimiento penal son de la competencia exclusiva de los Estados miembros, de ello no puede deducirse que el derecho de la UE no pueda afectar a dicha rama del derecho⁴⁴.

En 2011⁴⁵, indicó que la orden de expulsión emitida al inmigrante irregular no tenía correlación con el acto penalmente ilícito de la entrada irregular y por tanto la excepción prevista en el art. 2. 2 de la Directiva retorno no era de aplicación⁴⁶.

En *Achughbabian*⁴⁷, el TJUE fue inclusive más lejos al indicar que la exclusión del derecho penal contemplada en el art. 2.2 de la Directiva retorno no era aplicable en los supuestos en que la sanción penal se imponía exclusivamente por el hecho de la entrada irregular. De forma lógica, hay que entender la extensión de este razonamiento a aquellas sanciones penales que se imponen por permanencia irregular o incumplimiento de una orden de no ingreso.

El TJUE ha señalado que no se puede imponer una pena por incumplir las normas de migración ya que debilita la efectividad de dicha directiva en lo relativo a la demora de la expulsión y amenaza la armonización de las políticas de expulsión. La propia Directiva retorno cuenta con un sistema gradual de sanciones que discurre entre la salida voluntaria y que puede llegar a la detención administrativa en último término. No obstante, se deja un estrecho margen al derecho penal interno pudiéndose imponer sanciones privativas de libertad siempre por períodos breves (interrogatorios policiales), o en aquellos supuestos en los que la expulsión no resulta operativa. En *Sagor*⁴⁸, el TJUE se repite al declarar que las sanciones penales deberán ser de carácter pecuniario, pero a diferencia de los fallos anteriores, precisa que los arrestos domiciliarios estarán permitidos siempre que no retrasen la ejecutoriedad de la remoción o cuando esta no se pueda efectuar.

⁴⁴ Véase As. C-203/80, ECLI: EU:C:1981:261

⁴⁵ As. C- 61/11, PPU, ECLI: UE: C: 2011: 268

⁴⁶ Concluyendo que la Directiva retorno en particular sus arts. 15 y 16, debe ser interpretada en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado.

⁴⁷ As. C-329/11, ECLI:EU:C:2011:807

⁴⁸ As. C-430/11, ECLI:EU:C:2012:777

Basado en el principio de la eficacia de la norma y la protección del derecho europeo, en *Filev y Osmani*⁴⁹, el TJUE razonó que cierta disposición de la Directiva retorno se opone a que una infracción de una prohibición de entrada y estancia en el territorio de un Estado miembro, dé lugar a una sanción penal. Para ello, dicha prohibición debería ser dictada desde más de cinco años antes de la fecha de la nueva entrada en ese territorio del nacional de un tercer país interesado o desde la entrada en vigor de la normativa nacional que transpone dicha Directiva, salvo que dicho nacional represente una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

El TJUE también ha recalcado la relevancia del principio de proporcionalidad y la valoración individual de la necesidad de la medida, lo que contrasta con la aproximación que respecto al tema ha efectuado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Este último de forma consistente ha sostenido⁵⁰ que la detención administrativa –bajo el art. 5 del CEDH y en el contexto de los procedimientos de inmigración– no requiere ser una medida necesaria y en consecuencia no existe la obligación de adoptar medidas menos coercitivas⁵¹.

Pero también se han producido retrocesos y se ha abandonado el principio pro homine en su vertiente de emigrantes. En *MG y NR v. Staatssecretaris von Veligheid en Justitie*⁵², el TJUE afirmó que cuando en el marco de un procedimiento administrativo se ha decidido la prórroga de una medida de internamiento con vulneración del derecho a ser oído, el juez nacional competente para apreciar la legalidad de esa decisión sólo puede ordenar el levantamiento de la medida de internamiento si estima, a la vista de todas las circunstancias de hecho y de derecho de cada caso concreto, que esa vulneración ha privado efectivamente a quien la invoca de la posibilidad de ejercer mejor su defensa en tal grado que ese procedimiento administrativo hubiera podido llevar a un resultado diferente⁵³; fallo mal acomodado con la teoría del debido proceso que recalca la necesidad de un proceso imparcial y respetuoso con los derechos fundamentales, específicamente, el derecho de audiencia⁵⁴.

Así, el TJUE justificando sus conclusiones en la interpretación clásica del *efecto útil*, ignoró el hecho de que cuánto más extendida sea la detención más exhaustivos deben ser los controles y que las garantías procedimentales son una

⁴⁹ As. C-297/12, ECLI: EU: C: 2013: 569

⁵⁰ *Saadi c. Reino Unido (GS)*, núm. 13229/03, TEDH 2008.

⁵¹ Sin embargo, en *Mikolenko c. Estonia*, núm. 10664/05, TEDH 2009, falló que las autoridades podrían haber adoptado diversas medidas en lugar de detener al demandante por un largo periodo de tiempo cuando no existían perspectivas de deportación.

⁵² As. C-383/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:533

⁵³ As. C-383/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:533, párr. 38.

⁵⁴ El propio art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOCE 2000/C 364, de 18 de diciembre de 2000, que recoge este derecho.

parte fundamental de la legalidad, por lo que no debe hacerse distinción con simpleza entre reglas formales y sustanciales.

VI. Conclusiones

A pesar de la incipiente jurisprudencia arriba explanada, su estudio permite arribar a algunas conclusiones importantes.

Primero, respecto de *las instalaciones destinadas a la detención de migrantes* que en todo el mundo han sido cuestionadas por su inadecuado equipamiento, masificación y falta de estándares higiénicos básicos, por su opacidad, por el déficit en la prestación de servicios médicos, y/o la confiscación de objetos personales, donde la UE no es una excepción; se propone la adhesión de todos Estados miembros UE al *Protocolo Facultativo del Convenio de Naciones Unidas para la prevención y sanción de la tortura* dado que esta figura y sus afines son más proclives de acontecer en los denominados lugares de detención, medio que permitiría una colaboración con el resto de organismos internacionales para diseñar unas prácticas de detención con apego a los derechos humanos, siendo la oportunidad manifiesta pues se corresponde con el discurso garantista de las distintas Instituciones europeas aunado a la necesidad de pensar en otras alternativas para garantizar un espacio verdaderamente constitucional en Europa. Dicha propuesta surge de disparidad descrita entre el contenido normativo de ambas directivas y lo propugnado en sus preámbulos, a fin de evitar que las loables aspiraciones de últimos resulten en *letra muerta*.

Segundo, una lectura detallada de la *Directiva Retorno*, pese a la jurisprudencia que intenta corregir las distorsiones en su aplicación, plantea inquietantes interrogantes que son inherentes a la complejidad del sistema de normas que conviven en Europa, y que pone de relieve la necesidad de un plan de armonización en lo relativo a la figura de la presencia irregular. En este sentido, el problema al que la jurisprudencia europea debe responder es a la redacción de la Directiva retorno en lo relativo al ámbito de sus destinatarios, al albergar una grave confusión técnica respecto de este asunto, cuyos estándares mínimos no están necesariamente referidos al proceso de adopción de la decisión que determina la legalidad de la presencia. Todo pareciera indicar que esta directiva se refiere a los nacionales de terceros países en situación irregular, quedando excluidos los otros procesos para determinar la ilegalidad de la residencia. Lo que si resulta evidente de la jurisprudencia comentada es que los Estados miembros deben aplicar este procedimiento de forma previa a la expulsión del nacional del tercer Estado.

Tercero, esta jurisprudencia no responde a la situación que deviene después de la expulsión, al olvidarse del inmigrante irregular una vez que está fuera de las

fronteras europeas, quien además de ser doblemente criminalizado queda desprotegido ya que la UE no se ocupa de su destino, lo que no disminuye su responsabilidad, entendiendo que la responsabilidad del estado no acaba con la expulsión, por lo que toda política de expulsión debe ser evaluada desde esta perspectiva para evitar el fenómeno de la doble criminalización de la migración.

Cuarto, quizás la falla técnica en la redacción de la Directiva retorno es la que da paso a una variada jurisprudencia del TJUE que se mueve entre luces y sombras a fin de equilibrar los derechos humanos de los emigrantes irregulares con el objetivo de expulsar a estos en forma expeditiva. En sus luces encomiables, esta jurisprudencia ha reforzado la aplicación de criterios de proporcionalidad, exigiendo que la detención sea por el plazo mínimo necesario y que nunca sea prolongada indefinidamente. Además, ha limitado el *ius puniendi* del Estado para evitar la doble criminalización del inmigrante, prohibiendo la imposición de penas por incumplimiento de las normas migratorias y oponiéndose a que la infracción de una prohibición de entrada y estancia en el territorio de un Estado miembro, dé lugar a una sanción penal.

Finalmente, queda claro que, debido a la ambigüedad en los términos empleados por la Directiva retorno, la jurisprudencia europea viene a jugar un rol preponderante en la armonización y que debiera ser más agresivo y esclarecedor en el establecimiento de estándares mínimos en cuanto al manejo de la figura de la detención. Estas luces serán de significativo aporte para los Estados miembros a fin de conformar un modelo de buenas prácticas que permita una mejor gestión de los flujos migratorios en relación a la figura de la detención.