

LUIS CARLOS NIETO GARCÍA

# Derechos humanos e inmigración. Europa y la directiva de retorno

“El emigrante no hereda otra cosa que pobreza. Pero este es un término demasiado general para expresar lo dramático de la situación”.

JONH BERGER . “Un séptimo hombre”.

“tantos puentes rotos  
¿a dónde vamos?”

ALFONSO ARMADA. “Los temporales”.

*Si consideramos que los Derechos Humanos deben estar en la centralidad del debate sobre las migraciones, como se propone en este trabajo, la Unión Europea ha dado un paso atrás de gigante con la aprobación por su Parlamento, el 18 de junio pasado, de la denominada Directiva de Retorno<sup>1</sup> Esta norma, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 24 de diciembre pasado, además ha marcado una tendencia restrictiva en contra de los principios constitutivos de la Unión basados en el reconocimiento de la dignidad intrínseca de las personas y en el respeto a los derechos humanos. En líneas generales, con el pretexto de armonizar la regulación sobre el retorno de los extranjeros no comunitarios “que se encuentren ilegalmente en su territorio”, la Directiva amplía el plazo de internamiento por estancia irregular hasta 18 meses sin un plazo tasado para la intervención judicial, apuesta por la privación de libertad como eje central de su política, limita los derechos de los extranjeros en los procedimientos de retorno y permite la aplicación de esta norma restrictiva a los menores de edad. Esta regulación es el objeto de análisis de esta colaboración que se contextualiza en la situación de las actuales migraciones masivas.*

Luis Carlos Nieto García es magistrado, miembro investigador de la Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos y especialista en menores.

Las migraciones son un fenómeno muy complejo que no admite una visión única y sesgada en su análisis. Su abordaje tiene que partir de parámetros

---

<sup>1</sup> Concretamente la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

respetuosos con los derechos de las personas, con el Estado de Derecho y con el principio democrático, descartando planteamientos excluyentes, discriminatorios y autoritarios. El primer planteamiento apuesta por la compatibilidad de los valores democráticos con un desarrollo económico sostenible, mientras que el de la exclusión se basa en la vinculación de los derechos con la ciudadanía relativa a una idea de Estado/Nación, frente a la concepción universal de los derechos humanos. Europa, con la reciente Directiva de Retorno y España, con el incremento de legislación excepcional de extranjería y la reforma anunciada, parece que han optado por el segundo modelo, cuyos efectos negativos no tardarán en verse.

## **La huida de Europa hacia el derecho de extranjería**

Situar los derechos humanos en la centralidad del debate sobre las migraciones supone una opción de gran calado para las decisiones que se puedan promover en materia de inmigración. Supone colocar el respeto a los derechos y la dignidad de las personas en el centro de las decisiones que se tomen, evitando que la legislación excepcional de extranjería invada ámbitos propios de la regulación de los derechos humanos. Se trata de evitar que la regulación de extranjería, siempre excepcional pues su naturaleza parte de la discriminación por motivo del origen nacional, invada territorios propios de la regulación clásica de los derechos humanos, creando espacios ajenos al control de los derechos con el objetivo de establecer lugares (zonas francas de derechos) donde estos no estén vigentes. La creación de esos espacios en los que los límites de los derechos están difuminados es una de las alternativas por la que la optado la Directiva de Retorno, que supone un paso en dirección contraria al universalismo normativo e invierte la tendencia al reconocimiento de derechos universales que está siendo promovido por los tratados internacionales sobre la materia. Es la huida de Europa hacia el derecho de extranjería.

Antes de entrar en aspectos concretos de la Directiva hay que analizar, aunque sea sucintamente, cual es la realidad y el contexto en el que se están dando los actuales procesos migratorios y cómo se enfrenta, cómo se encara desde las sociedades de recepción la aproximación, la relación con el extranjero, con el "otro", especialmente en un momento en que esta relación se vive como problemática y en términos de rechazo, situación a la que no es ajena la regulación restrictiva en materia de extranjería.

## **El contexto actual de las migraciones. La huída de la pobreza y la aportación a las sociedades de recepción.**

En el presente momento más de 200 millones de personas están migrando en el planeta. Las actuales migraciones tienen características diferenciadas como son la aceleración,

feminización, mundialización y movilidad, pero la circunstancia fundamental es que se están produciendo en un contexto de violaciones masivas de los derechos humanos. La falta de respeto a la dignidad de la persona, incluso al derecho a la vida es moneda de cambio frecuente en las rutas migratorias y las condiciones en las que se están produciendo esos desplazamientos son impropias de seres humanos, como se puede apreciar diariamente en los medios de comunicación. Esta tendencia no puede continuar, y para ello es preciso que situemos los derechos humanos en la centralidad del debate. El propio concepto de civilización, de progreso ético y moral de la humanidad, ha dotado de contenido a unos derechos de los que todas las personas son titulares independientemente de su lugar de nacimiento.

Estamos, además, en un momento en el que la lucha contra el hambre y la pobreza en el mundo ha pasado a un segundo plano de las preocupaciones mundiales. El hecho de que en 1900 en más de 30 países –la mayoría africanos– se haya reducido la esperanza de vida (tasa de supervivencia), hace que se produzca un importante incremento de la demanda migratoria hacia Europa. Más de 1.000 millones de personas viven con menos de un dólar diario. Como dice Sami Nair esto no es una cifra, “es una vergüenza, un insulto para la dignidad del hombre”.

Aquí están algunas de las causas fundamentales del efecto huida, no llamada como algunos afirman, esa huida del hambre y de la miseria, de la falta de futuro en definitiva. Es ese “*viaje forzado por una de las viejas plagas que asolan a la humanidad: el hambre*”, como dice el escritor Andrés Sorel<sup>2</sup>, viaje que está provocado por la huida (del hambre, de la destrucción del medio ambiente, de las guerras y los conflictos sociales y religiosos). Sólo esta necesidad extrema en los desplazamientos de tantas personas explica que en el Congreso sobre migraciones de la Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos (FIDH) que se celebró en Lisboa en abril del año 2007, el entonces Presidente de la Federación, el senegalés Sidki Kaba, relatara cómo le estremecía la frase “ver Barcelona o morir”, con la que cientos de jóvenes senegaleses se echan al mar para llegar a Europa o morir en la travesía. Todavía impresiona más cuando se comprueba que una parte importante de ellos son menores de edad.

Este testimonio da cuenta de la desesperación que se está produciendo en grupos de jóvenes que huyen del empobrecimiento de las economías de sus países que avanza a una gran velocidad. La mayoría de las gentes no migra por placer, sino impulsados por el hambre, decimos en el Manifiesto de Motril sobre migraciones<sup>3</sup>, y también que cada inmigrante

<sup>2</sup> A. Sorel, “La literatura de las fronteras. Emigración y exilio”, ponencia presentada por el escritor Andrés Sorel en las *Terceras Jornadas sobre Derechos Humanos e Inmigración* celebradas en Motril (Granada), organizadas por la Asociación Jueces para la Democracia, el Centro Asociado de la UNED y el Ayuntamiento de Motril en abril de 2004.

<sup>3</sup> Manifiesto de Motril sobre migraciones, aprobado el día 9 de marzo de 2007 en las sextas jornadas sobre Derechos Humanos e inmigración.

es sujeto de derechos, entre ellos el derecho a una vida digna. El hecho de que una persona decida migrar puede suponer renunciaciones personales pero en ningún caso la renuncia a los derechos inherentes a su condición de persona.

El abordar el fenómeno de las migraciones desde un planteamiento respetuoso con los derechos necesariamente tiene que partir de reconocer que el inmigrante no puede tener sólo un valor económico. El profesor de Pedagogía Florentino Sanz<sup>4</sup>, que ha estudiado la aportación de la alteridad por los movimientos migratorios, afirma que “la figura del inmigrante no tiene solamente, para nuestra sociedad, un sentido económico sino también filosófico y antropológico”, pues además de fuerza productiva aporta también alteridad cultural y antropológica. En definitiva, el inmigrante va a aportar algo más que fuerza de trabajo lo que exige por parte de las sociedades de recepción acercarse al otro como algo positivo, la defensa del mestizaje, la convivencia pacífica y la interrelación entre culturas, lo que no siempre sucede pues el inmigrante actual tiene ese plus de “otredad” que es la “otredad” del pobre.

## **La legislación de extranjería frente a la concepción universal de los derechos humanos**

Tradicionalmente, la doctrina jurídica ha venido considerando que los derechos humanos son universales pues tienen su raíz en la consideración de la dignidad humana como fundamento de los mismos. Esta tendencia se ha ido asentando en la comunidad internacional debido a las Declaraciones y Tratados Internacionales que han creado un cuerpo de doctrina fundamentado desde el punto de vista teórico sobre la universalidad de los derechos humanos. No cabe por tanto, desde un planteamiento coherente, recurrir a una supuesta concepción nacional de los derechos humanos para limitar éstos a los extranjeros. O lo que es lo mismo, las normas excepcionales de extranjería no deben invadir parcelas propias de los derechos humanos. En estos momentos, la Unión Europea está recurriendo a una expansión de las normas de extranjería que puede tener efectos muy negativos. En Europa se ha ido configurando ese cuerpo de doctrina constitutivo que se fundamenta en el reconocimiento de los derechos y libertades en las normas internacionales y en las propias constituciones. Entre esos instrumentos se encuentran el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención de Derechos del Niño de 1989 y la Carta Europea de Derechos Fundamentales de 2000. El profesor de Derecho Internacional Carrillo Salcedo<sup>5</sup> afirma que estos principios

---

<sup>4</sup> F. Sanz (2004), “Identidad, alteridad y movimientos migratorios” en Terceras Jornadas Derechos Humanos e inmigración”. Op. Cit.

<sup>5</sup> J.A Carrillo, Prólogo, en “El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del derecho internacional público” en Antonio Marzal, El núcleo duro de los derechos humanos. J.M. Bosch Editor. ESADE, 2001.

se han ido introduciendo en el Derecho Internacional y que “aparecen formulados en numerosos instrumentos jurídicos, unos convencionales – universales y regionales – y otros no convencionales”. En definitiva, debe evitarse la interferencia de las normas excepcionales de extranjería en materias de derechos humanos que por definición tienen una concepción universal.

---

**No cabe desde un planteamiento coherente, recurrir a una supuesta concepción nacional de los derechos humanos para limitar estos a los extranjeros**

---

Y precisamente en la tensión que se está dando entre la concepción universal de los derechos humanos, y la local y excepcional del derecho de extranjería como repuesta a los flujos migratorios, es donde se está poniendo a prueba la vigencia y solidez de nuestra concepción del mundo y de los derechos. Estamos en un momento en el que la concepción de los derechos humanos como eje central de nuestras democracias occidentales está siendo puesta en cuestión. Y el derecho de extranjería es el lugar donde la pugna de valores aparece de forma más visible (entre esa discriminación por nacionalidad y esa concepción universal de los derechos). El profesor Sixto Sánchez Lorenzo<sup>6</sup>, catedrático de Derecho Internacional, sostiene que hoy en día el derecho de extranjería constituye el mejor barómetro para calcular el horizonte ético de una sociedad. Estamos por tanto ante un test de democracia fundamental que se puede hacer una sociedad a sí misma analizando la respuesta que se está dando desde las sociedades de recepción a los movimientos migratorios, precisamente en sociedades que han elaborado la teoría universal de los derechos humanos.

En este sentido, el jurista italiano Luigi Ferrajoli<sup>7</sup> afirma que los fenómenos migratorios y el hecho de la globalización nos advierten que caminamos hacia una nueva integración mundial y que ésta “se produzca bajo la enseña de la opresión o de la violencia o por el contrario de la democracia y de la igualdad va a depender también del derecho” por lo que ha de evitarse la quiebra de nuestro universalismo normativo negándolo precisamente en el momento en el que es puesto a prueba. Advierte el autor que en estos momentos la ciudadanía ya no es, como en los orígenes del Estado moderno, un factor de inclusión y de igualdad, sino el último factor de exclusión y discriminación que se contrapone con la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales, y propone tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía como pertenencia a una comunidad estatal determinada. Esta

---

<sup>6</sup> S. Sánchez, Prólogo, en *Comentario sistemático a la ley de extranjería*, Coor. Mercedes Moya. Ed. Comares, 2001.

<sup>7</sup> L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Ed. Trotta, 2002.

desvinculación de los derechos fundamentales de la ciudadanía significa, dice Ferrajoli, reconocer el carácter supra-estatal de los derechos “y por tanto tutelarlos no sólo dentro sino también fuera y frente a los Estados, poniendo fin a ese gran apartheid que excluye de su disfrute a la gran mayoría del género humano contradiciendo su proclamado universalismo”, insistiendo en el vínculo existente entre la efectiva universalización de los derechos fundamentales y la paz. Pone el ejemplo histórico de la elaboración por Francisco de Vitoria (año 1539) de la teoría de los “derechos naturales” entre los que incluía el derecho a emigrar, lo que ofreció legitimación jurídica para la ocupación colonial y la conquista de mundos nuevos en contraposición con el presente momento en el que la situación se ha invertido y son los pueblos del tercer mundo los que empujados por el hambre migran hacia nuestros países, poniendo de manifiesto que esos derechos solo pueden ser negados y transformados en derechos exclusivamente de la ciudadanía, al precio de una pérdida de credibilidad de los valores jurídicos y políticos en los que se basan nuestras democracias. Por tanto, para mantener la coherencia de nuestros sistemas es preciso el reconocimiento de los derechos fundamentales como integrantes de la democracia sustancial que se caracterizan por la universalidad, la igualdad y la indisponibilidad con parámetros de validez para su ejercicio y que se configuran como límite tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado.

La Directiva de Retorno apunta en sentido contrario al planteado hasta ahora pues no sólo restringe de forma desproporcionada los derechos de los extranjeros “en situación irregular” sino que tiene también aspectos netamente punitivos. Si la aseveración de Ferrajoli cuando vincula universalización de derechos fundamentales como alternativa a las guerras y a la violencia es cierta, el panorama que espera a la Unión Europea no es precisamente esperanzador. La Europa como “espacio privilegiado para la esperanza humana” que se afirma en el preámbulo del Tratado de Lisboa puede ser algo bien diferente.

La paradoja es que cuando las actuales constituciones europeas y las cartas internacionales de derechos han insistido en la universalización efectiva de los derechos están surgiendo desde la Unión Europea regulaciones específicas de temas muy sensibles relativos a extranjería o a derechos sociales que después son utilizados como mecanismos de legitimación por los gobiernos nacionales para poder fundamentar reformas legislativas que hubieran tenido de otra forma una mayor contestación interna. En esta tendencia hay que situar la aprobación de la Directiva de Retorno.

## **La aprobación de la Directiva de Retorno.**

El día 18 de junio de 2008 se aprobó por el Parlamento Europeo la denominada Directiva de Retorno, siendo publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 24 de diciembre pasado.

Es el final de una andadura que ha puesto en duda la credibilidad de nuestros sistemas jurídicos y políticos al introducir zonas de discriminación y de exclusión incompatibles con nuestros sistemas de derechos y libertades. Sus antecedentes están en el Consejo Europeo de Tampere que ya en el año 1999 expresó la voluntad de armonizar las políticas de inmigración y asilo, estableciendo un sistema común de asilo e inmigración y un plan de lucha contra la inmigración ilegal. Es después y en el marco de los programas de lucha contra la inmigración clandestina, en el año 2002 cuando la Comisión Europea elaboró un Libro Verde sobre la política comunitaria de retorno de ciudadanos de terceros países en situación de estancia irregular que se encuentren en la Unión Europea. Todavía en el punto 2.4 de este documento se dice que la política europea en materia de retorno debe ser respetuosa con los derechos humanos y las libertades fundamentales y cita como disposiciones aplicables en la política de retorno el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 y la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.

---

### La Directiva de Retorno no sólo restringe de forma desproporcionada los derechos de los extranjeros "en situación irregular" sino que tiene también aspectos netamente punitivos

---

Posteriormente, en el año 2005, la Comisión Europea presentó una propuesta de Directiva sobre procedimientos comunes para el retorno de los residentes en situación irregular con la idea de combinarlo con un fondo de retorno, propuesta que fue enviada al Consejo y al Parlamento Europeo para tramitarse conforme al procedimiento de codecisión.

La redacción final de la Directiva ha endurecido significativamente los documentos previos llegando a hacer incompatible su articulado con los convenios de protección de derechos humanos que ya se citaban como infranqueables en el Libro Verde del 2002. La regulación restrictiva de los derechos y las garantías, el recurso desproporcionado al internamiento y el tratamiento de los menores de edad, entre otros temas, han supuesto tanto un debate agrio en el propio Parlamento Europeo como un rechazo sin precedentes por parte de sectores sociales europeos muy activos y de Presidentes e Instituciones de países no comunitarios, entre los que cabe destacar la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>8</sup>, la carta pública del Presidente de Bolivia<sup>9</sup> o la declaración de la Asamblea Constituyente de Ecuador, documentos todos ellos en los que se muestra la preocupación por la ausencia de garantías que aseguren el respeto de los derechos de los

---

<sup>8</sup> Resolución de la Corte Interamericana 3/2008 en la que se critica la ausencia de garantías de la Directiva.

<sup>9</sup> Carta pública del Presidente de Bolivia de 14 de junio de 2008 en la que afirma que la Directiva es la negación de los fundamentos de la libertad y de los derechos democráticos.

migrantes que llegan al continente europeo.<sup>10</sup> También en Europa las críticas a la Directiva han sido muy importantes especialmente durante el debate parlamentario y en fechas posteriores a la aprobación y se han publicado numerosos artículos de opinión criticando el contenido de la Directiva.<sup>11</sup>

Globalmente todos ellos coinciden en que se está produciendo una deriva punitiva en el tratamiento de la extranjería que puede marcar tendencias legislativas y sociales muy peligrosas. La coincidencia en el tiempo de la aprobación de la Directiva en el Parlamento Europeo con la detención masiva de inmigrantes en países de la Unión Europea, los incendios de campamentos gitanos en Italia o la pretensión del Gobierno de este país de convertir la inmigración ilegal en delito son motivos para la preocupación.

En todo este debate merece una mención especial el documento emitido por el Grupo de Estudios de Política Criminal<sup>12</sup> a propósito de la política europea en materia de inmigración en el que se afirma que “la actual deriva de la política criminal europea en materia de inmigración se asienta en criterios y objetivos que reflejan su raíz xenófoba y su abierta contradicción con los principios propios de sistemas penales democráticos” y denuncia la lectura simplificadora y parcial del fenómeno migratorio que termina por identificar los conceptos de inmigrante y delincuente legitimando así políticas de exclusión que finalmente terminan en violencia, desconociendo los orígenes, la naturaleza y los efectos de los fenómenos migratorios. En este contexto la aprobación de la Directiva es un paso más en la política de criminalizar las migraciones, “en un panorama de expansión de modelos político criminales de emergencia, que arrancan de Schengen”, dice el documento.

La opción por la criminalización de la inmigración y la consideración de los extranjeros sin papeles como infrasujetos (sujetos sin derechos) que viven en una sociedad paralela a la de los ciudadanos (titulares de los derechos) no es sostenible y no respeta parámetros mínimos de democracia. La persecución, la expulsión, la privación de las garantías, el encierro de quienes están trabajando sin derechos en nuestras sociedades es la peor forma y la más violenta de intentar intervenir en las migraciones. En definitiva, es lo que en el ámbito de la doctrina penalista se denomina “derecho penal del enemigo” y que se fundamenta

---

<sup>10</sup> Para ampliar información véase el apartado Periscopio de este mismo número.

<sup>11</sup> Entre otros muchos se pueden destacar “Los límites de la confusión” y “Razonada explicación” de Soledad Gallego Díaz (El País, 20 de junio de 2008), “La Comisión hará historia” y “Europa cambia de signo” de José María Ridaio (El País, 5 y 16 de junio de 2008), “Europa se blindo ante los inmigrantes” de Sami Nair (El País, 18 de junio de 2008), “Una Directiva contra Europa” de Alfonso Egea (El Público, 19 de junio de 2008). “Contra la Directiva de Retorno” de Javier de Lucas (Le Monde Diplomatique de agosto de 2008), “De la Europa de las luces a la del apagón” de Juan Goytisolo (El País, 29 de junio de 2008).

<sup>12</sup> Comunicado del Grupo de Estudios de Política Criminal de 11 de junio de 2008 sobre política criminal europea en materia de inmigración. <http://www.gepc.es/>. El GEPC es un colectivo de estudio de las diferentes reformas penales que agrupa a más de cien profesores de derecho penal, jueces y fiscales.



en la consideración de “no personas” de determinados grupos a los que se ha seleccionado previamente (aquí, los extranjeros). En el ámbito del derecho penal esto supone establecer una diferenciación entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo. Este último tendría como cometido garantizar la seguridad y mantener la vigencia del ordenamiento jurídico. Incluso el criminalizar al extranjero en situación irregular va más lejos de las argumentaciones del propio Günther Jacobs<sup>13</sup> (principal penalista difusor de esta teoría), que considera que “el enemigo en derecho penal es un delincuente de aquellos que cabe suponer que son permanentemente peligrosos”, no es el concepto de Carl Schmitt que se refiere al extraño, al extranjero, al “otro”. En fin, por estas sendas se está adentrando la Unión Europea cuando a través de legislaciones restrictivas está identificando a los colectivos de inmigrantes como “grupo enemigo”. Frente a estas tesis antidemocráticas del derecho penal el profesor Muñoz Conde<sup>14</sup> se plantea una serie de preguntas claves desde la perspectiva de Estado de derecho y los valores democráticos: ¿Se puede defender la democracia con medios inadmisibles en el Estado de Derecho e incompatibles con sus principios fundamentales? ¿Puede utilizar el Estado de Derecho, sin perder su nombre, los medios de represión punitiva que caracterizan un Estado dictatorial o autoritario? ¿Es posible dentro del Estado de Derecho la coexistencia de dos modelos diferentes de derecho penal, uno respetuoso con las garantías y derechos fundamentales y otro puramente policial, para “enemigos” que haga tabla rasa de los principios y garantías característicos del Estado de Derecho? Estas preguntas se pueden extrapolar en estos momentos a la situación en la que queda Europa con su opción de criminalizar la inmigración en la Directiva de Retorno: ¿Puede Europa vivir con dos sociedades paralelas en las que unos “ciudadanos” sean titulares de derechos y garantías y otros “infrasujetos” no? ¿Se puede permitir Europa sin perder la esencia de sus valores constitutivos deportar a más de ocho millones de personas que se calcula residen sin permiso de residencia? ¿Se puede internar hasta dieciocho meses en centros de internamiento a personas cuyo “delito” ha sido carecer de papeles? ¿Se pueden utilizar los centros de internamiento para hacer presión psicológica sobre los detenidos sin que se resientan los cimientos del sistema democrático? ¿Se puede retornar e internar a menores de edad por una legislación excepcional en contra de lo previsto en la Convención de Derechos del Niño? Trataré de analizar esto con dos ejemplos particularmente significativos de la Directiva, el internamiento en centros de extranjeros y el tratamiento de los menores de edad.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> G. Jakobs, “Derecho penal del enemigo. Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en *Derecho Penal del enemigo. El discurso de la exclusión*. Ed. Edisofer, . Coord. Cancio Meliá, Gómez Jara Díez, 2006.

<sup>14</sup> F. M Conde, “La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: Entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo”, en *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas. Estudios de Derecho General*, Consejo General del Poder Judicial. Nº 128/2007.

<sup>15</sup> Una parte de los argumentos que se van a exponer se basan en los defendidos en la ponencia “Los centros de internamiento de extranjeros: la regulación en la Directiva de Retorno”, presentada por quien suscribe este trabajo en el Seminario “El racismo y la xenofobia en las sociedades democráticas” que se celebró en Barcelona el pasado 22 de octubre de 2008, organizado por la asociación SOS Racismo.

## Los centros de internamiento de extranjeros. Regulación actual: el asunto de la naturaleza jurídica

Los Centros de Internamiento de Extranjeros, lugares en los que se priva de libertad por infracciones administrativas (no penales), son difíciles de compatibilizar con los principios básicos del Estado de Derecho. Por eso siempre es polémica la situación de los derechos de las personas en su interior.

En nuestra legislación el internamiento preventivo de extranjeros está regulado como medida cautelar en el artículo 61.1.e) de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (L.O.Ex.) y el procedimiento y plazo en el art.62. A partir de la modificación introducida por la L.O. 11/2003 las causas de internamiento pueden ser tanto por los supuestos de devolución (art. 58.5 L.O.Ex.) y retorno (art.60 L.O.Ex.) como por los de de expulsión (art.62 L.O.Ex.). Por tanto, en estos tres supuestos se puede acordar el internamiento judicial por resolución motivada como medida cautelar, que estará orientada a “garantizar la presencia del extranjero durante la sustanciación del expediente administrativo y la ejecución de la medida de expulsión” tal y como se establece en el art. 1.2 de la Orden de 22 de febrero de 1999 sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros.

Estos Centros donde se ingresa a los extranjeros originarios de países no pertenecientes a la Unión Europea que se encuentran en situación irregular no pueden tener carácter penitenciario y su finalidad es servir de espacio para la detención y custodia mientras se sustancia el expediente y se ejecuta la expulsión. Son “alojamientos” que no son propiamente centros penitenciarios, ni centros de acogida, ni centros de protección de personas vulnerables y de los que siempre se discute sobre su naturaleza jurídica. Precisamente por esa indefinición y falta de regulación son lugares propicios para prácticas contrarias a los derechos humanos. Su propia existencia refleja el recurso a una especie de limbos jurídicos (tan frecuentes en materia de extranjería) que difuminan la claridad de los derechos. Son lugares vallados y vigilados por las fuerzas de seguridad donde se lleva a cabo una privación de libertad en los que existe una gran dificultad de control jurisdiccional y donde impera una ambigüedad calculada. Además la propia causa del internamiento (una infracción administrativa) y el carácter cautelar de la medida, y por tanto su excepcionalidad, hacen que la indefinición aumente por la propia contradicción que pueda existir en el hecho de privar a una persona de libertad por la comisión de una falta administrativa y no un delito. La situación se agrava cuando el recurso al internamiento deja de ser algo excepcional y se convierte en la medida habitual para aquellos extranjeros que se encuentran en situación irregular y cuando se ve que las condiciones de estos Centros son similares, peores en algunas ocasiones, a las de los Centros Penitenciarios.

Según un trabajo de investigación de la organización Migreurop<sup>16</sup>, que ha elaborado una “Carta de Campos de la U.E.” hay no menos de 300 establecimientos de este tipo en la Unión Europea. La tendencia desde algunos sectores a “criminalizar la inmigración” está suponiendo que estos espacios resistentes al reconocimiento de los derechos estén aumentando en número y finalmente sean uno de los principales instrumentos de control de las políticas migratorias. La generalización de los Centros de Internamiento y la ampliación de los periodos de estancia (hasta dieciocho meses en determinados supuestos y aplicables a los menores de edad) convierten a estos espacios en uno de los ejes centrales de las políticas migratorias de la Unión Europea.

En principio los centros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario para la detención y custodia de extranjeros que se encuentran en territorio europeo en situación irregular, pero su concepción y funcionamiento hace que funcionen con parámetros similares a los centros penitenciarios, incluso con una regulación más deficiente. Esa indefinición de no ser centros penitenciarios, ni centros de acogida ni algo definido, hace que sean, como ya se ha adelantado, espacios propicios para crear limbos jurídicos en los que los derechos no están claros. La Directiva mantiene esa indefinición y da un paso más al permitir recurrir a los centros penitenciarios cuando un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado.

Con este planteamiento se deja en evidencia el carácter penitenciario y punitivo encubierto que van a tener estos centros de internamiento. Pero además este carácter se manifestó de forma concluyente en el debate sobre la Directiva en el que el propio ponente de la misma, el alemán Manfred Webber, definió estos centros como “instrumentos para hacer presión psicológica sobre los detenidos”. La periodista Soledad Gallego Díaz<sup>17</sup> criticó esta postura con la afirmación de que la frase del ponente tenía el buen gusto de no disfrazar las cosas y que la idea es muy simple: “O te vas o te meto en la cárcel, nada menos que 18 meses”.

Y este carácter penitenciario ha sido puesto de manifiesto por algunos informes de órganos institucionales como el de este año del Defensor del Pueblo<sup>18</sup> en el que se observa el “carácter penitenciario” de estos centros y las condiciones que afectan a la dignidad de los internos. Según dicho informe, el centro de Algeciras insiste en “la falta de idoneidad para una estancia digna de los internos, debido a su marcado carácter carcelario” (su ubicación está en la antigua prisión provincial). En el centro de la Isla de las Palomas de Tarifa “su

---

<sup>16</sup> Ver <http://www.migreurop.org>.

<sup>17</sup> S. Gallego, “El toque de la izquierda” (El País, 9 de junio de 2008).

<sup>18</sup> Informe de Defensor del Pueblo, 2007. En pag. 500 y ss.  
[http://www.defensordelpueblo.es/herramientas/admin\\_eventos/uploads/Informe2007.pdf](http://www.defensordelpueblo.es/herramientas/admin_eventos/uploads/Informe2007.pdf).

aspecto no parecía reunir en absoluto condiciones para su posible uso como centro de internamiento”. En el de Madrid se sigue reclamando subsanar el déficit de personal existente tanto en lo que respecta a la seguridad como en relación a la atención asistencial que se presta a los internos y en el de Valencia, con estructura e instalaciones adecuadas, según el informe, es preciso y urgente nombrar un trabajador social y reforzar los cursos de formación de los funcionarios policiales. En el Centro de Internamiento de El Matorral de Fuerteventura los dormitorios “son tipo brigada y cuentan con gran número de camas” con una “total falta de intimidad, por lo que se ha reiterado la necesidad de que se reformen y establezcan dormitorios de dimensiones más reducidas”. El informe muestra su preocupación por el estado del módulo de aislamiento “que en el momento de la visita se encontraba en condiciones higiénicas y de habitabilidad lamentables”. El de Murcia “estructuralmente carece de las condiciones exigidas en la normativa” y “las instalaciones resultan absolutamente inadecuadas para la función que vienen desempeñando” y por ello el Defensor del Pueblo pide la suspensión del funcionamiento del centro hasta tanto finalicen las obras de construcción que se están llevando a cabo en el mismo. En Hoya Fría (Santa Cruz de Tenerife), aunque las instalaciones merecen una consideración positiva, se critica que se haya instalado una gran carpa en el patio central para poder acoger a las personas que llegan en cayucos y pateras en épocas de mayor afluencia lo que convierte el ambiente en irrespirable dado el sofocante calor por lo que “resulta prioritario que se habiliten otras instalaciones”. En el mismo sentido se ha pronunciado la Memoria del año 2008 de la Fiscalía General del Estado,<sup>19</sup> constatando diversas irregularidades en las instalaciones en varios centros de internamiento de la Comunidad Canaria.

En definitiva, este es el panorama de los eufemísticamente denominados Centros de Internamiento que en ningún caso podrán tener carácter penitenciario, según el balance de instituciones oficiales como el Defensor del Pueblo y la Fiscalía General del Estado.

## **El tratamiento de los centros de internamiento en la Directiva de Retorno.**

La Directiva se refiere al internamiento en su artículo 15 con una fórmula amplia que puede generalizar y hacer expansiva su aplicación. Si bien es cierto que el precepto reserva esta medida cautelar para aquellos casos en los no es posible “aplicar con eficacia” una medida menos coercitiva, y que será “lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión”, también lo es que uno de los dos parámetros para valorar esta medida es que el “afectado evite o dificulte la preparación del proceso de retorno o expulsión”, circunstancia de contenido ambiguo y

---

<sup>19</sup> Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2008.

amplio que puede permitir la aplicación indiscriminada de la medida de internamiento. Esta regulación relacionada con la previsión que permite que la interpretación y la decisión sobre el internamiento pueda hacerse por autoridades administrativas o judiciales (art. 15.2) y la ampliación del plazo en algunos supuestos hasta 18 meses (art.15.5 y 6), indica que el internamiento en la Directiva no está concebido como “última ratio” y “por el menor tiempo posible” a pesar de su declaración inicial, sino como un instrumento primario y contundente para “controlar la inmigración ilegal”.

En efecto, la Directiva amplía el tiempo de internamiento hasta 18 meses, sin un plazo tasado que regule la intervención judicial, sino con una cláusula genérica que garantiza ese control jurisdiccional “lo más rápidamente posible”. Mayor indefinición no cabe en una garantía del derecho a la libertad como es el control del juez de la actuación administrativa. El que fuera presidente de la Comisión Europea, el francés Jacques Delors<sup>20</sup>, criticaba la duración del plazo de detención autorizada por ser “totalmente desproporcionado en relación con el tiempo realmente necesario para organizar el retorno de un extranjero (que en Francia ronda una decena de días)”.

La redacción final establece como periodo máximo de internamiento nada menos que 6 meses, que podrá prorrogarse por otro no superior a 12 meses cuando exista falta de cooperación del nacional del tercer país o por demoras en la obtención de la documentación necesaria que deban expedir las autoridades de terceros países (art. 15.5 y 6). En total 18 meses de internamiento.

En definitiva, no se establecen plazos máximos para la revisión judicial del internamiento administrativo, sino que todo queda referido a la indeterminación con la que se pueda interpretar el concepto de control judicial rápido. Los plazos como garantía del derecho a la libertad son fundamentales y su omisión tradicionalmente encubre la posibilidad de hacer vulnerables los derechos. La misma indefinición se reserva para los casos de internamientos prolongados para los que se prevé “la supervisión de una autoridad judicial” que se realizará a “intervalos razonables” (art.15.3). Una vez más se da el desequilibrio entre el reconocimiento del derecho y sus garantías.

Pero aún de mayor gravedad es que el art. 16 establezca como norma general que el internamiento se realice en centros específicos, pero que excepcionalmente se pueda llevar a cabo en centros penitenciarios, simplemente cuando el Estado miembro “no pueda proporcionar alojamiento en un Centro de internamiento especializado”, con la única condición de que estén separados de los presos ordinarios. El recurso a las prisiones para internar a extranjeros indocumentados da cuenta del calado de esta Directiva.

---

<sup>20</sup> J. Delors y M. Rocard. Europa debe respetar los derechos esenciales de los “sin papeles”, El País, 18 de junio de 2008.

Todo lo anterior evidencia que se ha optado por el recurso al internamiento con garantías limitadas como eje de la política migratoria de la Unión Europea y con una regulación que marca una tendencia contraria a la de los tratados internacionales que estaban configurando un cuerpo de doctrina sobre derechos y garantías como ya se ha explicado y de muchas legislaciones nacionales obviamente más garantistas.

Hagamos una rápida comparación con la regulación en nuestro país. El Art. 62 de la LO4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social establece que el instructor del expediente que pueda proponer una sanción de expulsión podrá solicitar del Juez de Instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se tramita el expediente sancionador y que el Juez decidirá sobre el internamiento mediante auto motivado y previa audiencia del interesado. En todo caso el tiempo de internamiento será el imprescindible para los fines del expediente sin que en ningún caso pueda exceder de 40 días. El Art. 17 de la Constitución Española establece que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. La STC 115/87 solo entiende el internamiento de extranjeros en situación irregular por espacio superior a 72 horas (periodo límite de la detención policial) si tal internamiento es sometido a control judicial (FJ 2º de la sentencia). Por tanto, la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, pues es la decisión del juez la que decide la situación personal del extranjero, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma.

En todo caso, el internamiento ha de ser en centros “que no tengan carácter penitenciario”, como garantía para evitar que el extranjero indocumentado sea sometido al tratamiento propio de las prisiones. Se excluye que pueda ser en un Centro Penitenciario aunque como ya hemos visto con frecuencia las condiciones de los Centros de Internamiento de hecho tienen ese carácter.

En consecuencia, la Directiva de Retorno supone un paso atrás para los derechos fundamentales en cuanto permite que puedan ser las autoridades administrativas las que decidan sobre la privación de libertad de un individuo, sin garantía de un control judicial inmediato y autoriza la prórroga del internamiento hasta los 18 meses, al tiempo que prevé que pueda realizarse en un centro penitenciario, colisionando con toda la normativa internacional. Veamos sucintamente la regulación en los Tratados Internacionales. El art. 9 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966 después de declarar el derecho a la libertad y seguridad personales sin que nadie pueda ser sometido a detención o prisión arbitraria, establece que “toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal”, y que el plazo deberá ser proporcionado.

En el mismo sentido el art. 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio de Roma de 1.950) establece que toda persona detenida preventivamente o internada deberá ser conducida a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales. La interpretación que de estos preceptos ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido garantista y siempre considerando que la libertad sea la regla y su privación la excepción.

Esta tendencia a ir avanzando en la protección de los Derechos Fundamentales a partir de los tratados internacionales y de las propias Constituciones Europeas ha sido afectada por la Directiva de retorno en lo que se refiere a los derechos de las personas migrantes. En cuanto al marco jurídico constitucional español la Directiva es contraria a la interpretación que el Tribunal Constitucional ha establecido para considerar constitucional la figura del internamiento, que debe estar sometido a control judicial, sujeto a un plazo máximo de 40 días, y que en todo caso se llevará a cabo en centros de carácter no penitenciario.

## Tratamiento de los menores extranjeros

Especialmente preocupante es el tratamiento que la Directiva hace de los menores de edad. Tanto la posibilidad de expulsión de los menores que prevé el art. 10, como la posibilidad de internamiento recogida en el art.17, contradicen toda la normativa nacional e internacional de protección a la infancia. El art. 10 autoriza el retorno de los menores no acompañados, que pueden ser expulsados a países de tránsito con acuerdos de readmisión, al referirse el art. 10.2 al Estado “de retorno” y no al de origen. El art. 17 contempla la posibilidad de que los menores no acompañados y las familias con menores puedan ser internados, sin que el párrafo 4º impida que puedan ser internados en centro penitenciarios.

Toda esta regulación colisiona con la Convención de Derechos del Niño de 1989 y con el Art. 39 de la Constitución Española que previene que los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Es la preferencia del estatuto de protección de los menores sin perjuicio de su nacionalidad o de la forma en la que hayan entrado al país de recepción; la primacía de su condición de menor sobre la del origen nacional. En este sentido los art. 35 de la Ley de Extranjería (L.O.4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España) y 92 del Reglamento de Extranjería ( R.D. 2393/2004) impiden la posibilidad de expulsión de los menores y obligan a que la repatriación se haga siempre en interés superior del menor. Igualmente el art. 2 de la Convención de Derechos del Niño (reconoce los derechos de los menores independientemente del origen nacional) y el art. 1 de la Ley Orgánica 1/1.996 de Protección Jurídica del Menor (primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir) articulan los principios básicos de ese estatuto de protección que impide tanto el internamiento como la expulsión de los menores.

La Directiva de Retorno invierte todo este planteamiento (primacía de la condición de menor sobre la del origen nacional) y pasa a tratar a los menores como inmigrantes irregulares, priorizando su condición de extranjeros frente a la minoría de edad. Con este planteamiento se va a permitir la expulsión de los menores, incluso a un país de tránsito y la posibilidad de internamiento invirtiendo las reglas generales, precisamente en un momento en el que los menores de edad se han convertido en “protagonistas de las nuevas migraciones”,<sup>21</sup> fenómeno percibido por la sociedad de forma inquietante y “vinculado a la pobreza y exclusión de estos menores en el sistema socioeconómico y cultural dominante”<sup>22</sup>. Con la expulsión y el internamiento se pretende dar solución a este complejísimo fenómeno de las migraciones de menores que se resuelve con una regulación que se enmarca en la “perplejidad, el desconocimiento y la ambigüedad legal, por la doble condición de estos jóvenes de menores e inmigrantes” como afirma la profesora M<sup>a</sup> Begoña Fernández González.<sup>23</sup>

---

**La actual deriva de la política europea en materia de inmigración se asienta en criterios y objetivos que están en abierta contradicción con los principios propios de sistemas penales democráticos e identifica los conceptos de inmigrante y delincuente**

---

Es cierto que el art. 17 de la Directiva hace referencia a que el interés superior del menor debe ser una consideración de primer orden para valorar el internamiento y posterior expulsión de los menores y que el internamiento sólo será como último recurso y por el menor tiempo posible pero esto lo hace después de permitir la posibilidad de expulsión e internamiento que excluyen la Convención de Derechos del Niño y las legislaciones internas de los países que la han suscrito. Precisamente la fuerza de obligar a los Estados Parte fue una de las características más destacadas tras la aprobación de esta Convención hasta el punto de que el entonces Presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Joseph Gorbe, dijo que “los derechos del niño han dejado de ser una declaración de intenciones para llegar a ser una norma de obligado cumplimiento en la legislación internacional”. Frente a esto la Directiva autoriza el internamiento de los menores, incluso en establecimientos no específicos (prisiones). La habilitación general que hace la Directiva para internar a menores de edad rompe una tradición jurídica que tiene su fundamento en el propio concepto de civilización, que ha hecho que la protección de los derechos de la infancia sea universal y que los menores deban ser protegidos en cualquier país del mundo independientemente de su nacionalidad.

---

<sup>21</sup> M. Jiménez, “Menores inmigrantes o los vulnerables de la globalización” en *Menores tras la frontera*. F. Checa y Olmos, A. Arjona y J.C. Checa Olmos (eds.). ICARIA Ed., 2006.

<sup>22</sup> L. Suárez, “Un nuevo actor migratorio: jóvenes, rutas y ritos juveniles transnacionales”. *Ibidem*.

<sup>23</sup> M<sup>a</sup> B Fernández. *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*. Ed. THOMSON-ARANZADI, 2007.



El tratamiento de la minoría de edad ha provocado una contestación importante en Europa y en el propio Parlamento que aprobó la Directiva, hasta el punto de que el pasado 14 de enero de 2009 la Eurocámara ha aprobado un informe de opinión sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (401 diputados votaron a favor frente a 220 en contra y 67 abstenciones) en el que se pide que se preste atención especial a los menores no acompañados que llegan al territorio de la U.E. como inmigrantes irregulares, recordando la obligación de los Estados de prestarles asistencia y facilitarles una protección especial. En este informe se dice que la “detención administrativa de los niños no debería existir” y que los menores acompañados de su familia “no deberían estar detenidos más que en circunstancias excepcionales, por el plazo más limitado posible y solamente si la detención redunde en su interés”. Es decir, el Parlamento Europeo aprueba un informe de opinión apenas medio año después de la aprobación de la Directiva que exhorta a los países miembros a lo contrario del contenido de esta: que se preste protección a los menores de edad y se evite su detención e internamiento.

## A modo de conclusiones

La Directiva de Retorno supone un grave retroceso en materia de derechos fundamentales y libertades públicas de los inmigrantes (y en consecuencia de todos) al crear espacios donde los derechos están difuminados (zonas francas de derechos) en los que la indefinición va a permitir su vulneración. El método supone apostar por regulaciones excepcionales de extranjería invadiendo parcelas propias del universalismo de los derechos humanos.

El contenido de la Directiva apuesta por mecanismos excluyentes y punitivos en el tratamiento de las migraciones masivas (criminalización de las migraciones) que se están produciendo hacia los países ricos como consecuencia de la huida del hambre, de la destrucción del medio ambiente, de las guerras y de los conflictos sociales y religiosos, y pone en duda la credibilidad de nuestros sistemas jurídicos y políticos al introducir parcelas de discriminación en materia de derechos humanos incompatibles con nuestros sistemas de derechos y libertades.

La actual deriva de la política europea en materia de inmigración se asienta en criterios y objetivos que están en abierta contradicción con los principios propios de sistemas penales democráticos e identifica los conceptos de inmigrante y delincuente. La Directiva legitima así esta política de exclusión desconociendo la fuerte relación que existe entre paz y ausencia de violencia con el universalismo de los derechos humanos.

La regulación que se hace en la Directiva de los Centros de Internamiento puede provocar graves problemas humanitarios. La posibilidad de internamiento hasta los 18 meses

por estancia irregular, sin un plazo tasado para la intervención judicial, que podría ser ejecutado en un centro penitenciario y con posibilidad de ser aplicado a los menores de edad supone un paso atrás en el proceso de creación de un marco europeo respetuoso con los derechos y entra en colisión con los Tratados Internacionales que los protegen.

El Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Thomas Hammarberg ha criticado con firmeza el tratamiento que la Directiva hace sobre el internamiento y la minoría de edad y ha manifestado su oposición al recurso al internamiento para los inmigrantes en situación irregular afirmando que “la detención sólo debe usarse con los criminales y los inmigrantes no lo son”. Afirma, y esta podría ser la conclusión de este trabajo, que la armonización de las normas comunitarias debe hacerse tomando como referencia el nivel más alto de respeto a los derechos humanos. Cuando se trata de armonizar legislaciones el referente siempre debe de ser la legislación que contenga cotas más altas de promoción de los derechos, siendo siempre indeseables las armonizaciones a la baja.

En definitiva, se puede afirmar que en esta Directiva ha primado la cultura de la frontera y la exclusión sobre la cultura de los derechos humanos.