

Comentarios de CCBE a la propuesta de Directiva relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (revisión).

29/03/2019

El Consejo de la Abogacía Europea (CCBE) representa las Abogacías de 45 países miembros, siendo más de un millón de abogados. CCBE responde regularmente al número de sus miembros de las consultas sobre las políticas que concierne a los ciudadanos y a los abogados europeos.

El 12 de septiembre de 2018, la Comisión publicó su propuesta de revisión de la Directiva 2008/115/CE relativa a las normas y procedimiento comunes aplicables a los Estados Miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. La presente propuesta forma parte de un conjunto de medidas propuestas por la Comisión tras el del Consejo Europeo de 28 de junio de 2018 y tiene por objetivo garantizar el retorno efectivo de los nacionales de terceros países que no tengan derecho a permanecer en la UE. Se trata de uno de los objetivos clave de la política migratoria de la Unión Europea.

Las modificaciones principales propuestas por la Comisión en el marco de esta revisión enfocada en la directiva de retorno son la determinación del riesgo de huida (artículo 6), obligación de cooperar con los nacionales extranjeros de terceros países (artículo 7), reducción del plazo para la salida voluntaria (artículo 9); posibilidad de los Estados miembros de pronunciarse sobre las prohibiciones de entrada en la verificación de las fronteras efectuadas a la salida sin tener que adoptar una decisión de retorno (artículo 14); vías de recurso (artículo 16); introducción de nuevos motivos de detención (artículo 18); introducción de un procedimiento simplificado aplicable a los inmigrantes de terceros países a los que se les deniega el asilo (artículo 22).

CCBE considera que algunos aspectos de las propuestas son problemáticos y deberían ser reexaminados con el fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales.

Parece, en efecto, que la reforma apunta completamente a facilitar la expulsión de los inmigrantes en situación irregular. En el marco de esta propuesta, los procedimientos judiciales se acelerarían, con plazos inferiores a las normas fijadas por el TJUE y la ayuda a la detención se facilitaría.

CCBE considera, como ha destacado Judith Sargentini, diputada europea, ponente de la comisión LIBE del Parlamento Europeo (de ahora en adelante “la ponente”), que toda revisión de las garantías sobre el derecho de retorno debe *“garantizar que las medidas tomadas en este sentido se acompañen de garantías no ambiguas y aplicables en materia de los derechos fundamentales”*.

1) LA AUSENCIA DE UNA EVALUACIÓN DE IMPACTO

CCBE siente que la propuesta de revisión de la Directiva de retorno no esté acompañada de una evaluación de impacto por parte de la Comisión.

Según la exposición de motivos de la Comisión, a la luz de esta revisión de la Directiva de retorno, era necesaria para plantar cara a los principales desafíos con el fin de garantizar, los retornos efectivos y especialmente para *“reducir la duración de los procedimientos de retorno, vincular mejor los procedimientos de asilo y los procedimientos de vuelta y de recurrir más eficazmente a las medidas destinadas a prevenir la huida”*. Esta afirmación se basa principalmente en el poco progreso realizado en términos de mejora en la efectividad de los retornos. De cualquier forma, para medir la efectividad de los mismos, la Comisión se ha basado especialmente en el número de decisiones de retorno ejecutadas por los Estados miembros. Otros tipos de datos, como el número de personas que han regresado forzosamente y personas voluntarias, así como los datos calificativos sobre la duración de los retornos suelen ser ignorados. En lo que concierne la necesidad de una evaluación de impacto, la Comisión ha concluido lo siguiente:

“Considerando que se ha llevado a cabo un análisis en profundidad de las cuestiones claves en el ámbito de retorno, la urgencia con la que las propuestas legislativas deben ser presentadas así como el reconocimiento de que la revisión de la directiva existente constituye la opción más apropiada, tanto desde el punto de vista de fondo como el del calendario, no se considera necesario una evaluación de impacto para la propuesta”

En este contexto, CCBE acoge con satisfacción la evaluación de impacto sustitutiva específica (disponible [aquí](#)) llevada a cabo por el Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (SEPE) a petición de la comisión LIBE.

En primer lugar, esta evaluación de impacto sustitutiva destaca precisamente por la falta de persuasión de la decisión de la Comisión de no proceder a realizar una evaluación de impacto. Pone en evidencia la necesidad de una evaluación de impacto cada vez que una iniciativa de la Comisión sea susceptible de tener incidencias económicas, medioambientales o sociales importantes y que ninguna disposición del reglamento interior haya previsto excepciones que afecten a la urgencia de esta reforma. CCBE considera, por tanto, que la Comisión debería haber procedido a realizar una evaluación de impacto ya que la propuesta de reforma de la directiva de retorno responde a estas exigencias y tiene importantes repercusiones en la salvaguardia de los derechos fundamentales tanto a nivel UE como a nivel nacional.

La disposición pone de relieve también una serie de cuestiones fundamentales que no se han tenido en cuenta y que deberían haberse examinado más detalladamente en la propuesta de la Comisión, como por ejemplo; la falta de pruebas claras que apoyen la afirmación de la Comisión- según la cual su propuesta permitiría un retorno más efectivo de los inmigrantes irregulares-, la falta de conformidad de su propuesta con el principio de proporcionalidad, los efectos de la propuesta de la Comisión sobre una serie de derechos sociales y humanos de los inmigrantes en situación irregular incluidas las posibles violaciones de los derechos fundamentales garantizados por el Derecho internacional y europeo, en particular la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como los costes suplementarios que supondrá para los Estados miembros y la UE.

2. EL ACCESO A LA JUSTICIA: LAS GARANTÍAS PROCESALES ADECUADAS DEBERÍAN ESTAR ASEGURADAS

El acceso a la justicia es esencial para prevenir una política de retorno durable y humana y recubierta de una importancia capital en el contexto de una Unión Europea regida por el Estado de Derecho. En consecuencia, los inmigrantes de terceros países tienen que tener acceso a la ayuda jurisdiccional y a

la interpretación en todas las fases del procedimiento. Además se tienen que proporcionar recursos efectivos mediante apelación o revisión judicial.

Acceso a la ayuda judicial

En lo que concierne al artículo 7 de la propuesta de la Comisión, CCBE apoya la propuesta de la ponente de proveer a los inmigrantes *“acceso a la información pertinente, fiable y oportuna que permita a los inmigrantes tomar decisiones con conocimiento de causa y promueva la preparación de retorno y la sensación de formar parte de este proceso, facilitando las perspectivas de reintegración sostenible”* en lugar de imponerles la obligación de cooperar con las autoridades competentes, que podría no ser eficaz en la práctica.

Vías de recurso

En lo que concierne al artículo 16, CCBE considera que:

- Los recursos no deberían estar limitados a un solo nivel de jurisdicción, lo que permitiría a los Estados miembros aplicar niveles de protección más elevados en virtud de su constitución;
- El recurso contra una decisión de retorno debería tener siempre un efecto suspensivo, de lo contrario, el demandante no dispondría de un recurso efectivo;
- El plazo máximo de cinco días para introducir un recurso, cuando la decisión de retorno es la consecuencia de una decisión de negación de una demanda de asilo, debería ser suprimida dado que un plazo tan corto tan corto comprometería en práctica la efectividad del recurso, especialmente en el cuadro de las demandas de asilo múltiple. Esta medida no tiene en cuenta las decisiones positivas del contexto de demandas de asilo múltiple. Por otro lado, este plazo es demasiado corto para que los practicantes puedan proveerse de una representación jurídica y de consejos adecuados.

3. EL RECURSO A LA DETENCIÓN TENDRÍA QUE ESTAR ESTRICTAMENTE LIMITADO

La propuesta de la Comisión prevé la detención por un periodo mínimo de tres meses y un periodo máximo de seis meses en los siguientes casos: a) cuando existe riesgo de fuga, b) cuando el inmigrante del tercer país afectado evite u obstaculice la preparación de retorno y c) cuando constituya un peligro para el orden público o la seguridad nacional.

Este periodo mínimo de detención no es compatible con el requisito de aplicar solo la detención por el periodo más breve posible.

Como ha señalado la ponente en su informe, la información disponible muestra que no existe una relación clara entre la duración de la detención y la efectividad de retorno. Las detenciones prolongadas pueden ser incluso contraproducentes y no motivar los retornos voluntarios.

CCBE considera que las disposiciones siguientes de la Comisión son igualmente problemáticas y tendrían que ser revisadas:

Amenaza para el orden público o para la seguridad nacional (artículo 18)

No existe una definición exacta de estos riesgos, lo que puede conducir a decisiones arbitrarias. Es importante que los límites se establezcan claramente.

Riesgo de fuga (artículo 6)

El artículo 6 prevé una larga lista no exhaustiva de criterios para evaluar el riesgo de fuga que puede afectar a casi todos los inmigrantes de terceros países en situación irregular. Esta definición facilitará la negación de la perspectiva de una salida voluntaria y facilitará la justificación de la detención.

- (b) y (c) Ausencia de residencia, de domicilio fijo o de dirección fiable y falta de recursos financieros: este criterio es muy vago.
- (d) entrada irregular sobre el territorio de los Estados miembros: este criterio afectaría sin justificación a casi todos los antiguos demandantes de asilo.
- (i) No respeto a la obligación enunciada en el artículo 8, párrafo 2, de quedarse inmediatamente en el territorio de otro Estado miembro estando acordado un permiso de residencia válido o de otra autorización dando un derecho de residencia: este criterio es demasiado largo e incluiría a demasiadas personas.

Como lo explica específicamente la ponente en su informe, esta forma de evaluar el riesgo de fuga *“puede por tanto, conllevar un solución prolongada y automática de la detención o privar a un gran número de inmigrantes de terceros países a un plazo para una salida voluntaria, socavando así los principios fundamentales de proporcionalidad y de necesidad. Al mismo tiempo, el carácter no exhaustivo de la lista permite a los Estados miembros adoptar criterios objetivos suplementarios y así, ampliar el concepto de riesgo de fuga, en contra del objetivo de definir y armonizar la definición del riesgo de fuga”*.

Proceso en la frontera (artículo 22)

La propuesta de la Comisión prevé reglas específicas simplificadas aplicables a los inmigrantes de terceros países que han sido sometidos al proceso de asilo en la frontera: adopción de una decisión a través de un formulario simplificado; por regla general, no se concede plazo de retorno voluntario (salvo si el inmigrante del tercer país es titular de un documento de viaje válido y coopera con las autoridades nacionales), plazo de recurso más breve y motivo específico de detención.

Un inmigrante de un tercer país que ya haya sido detenido durante el examen de su solicitud y protección internacional durante el procedimiento de asilo en la frontera puede seguir detenido durante un tiempo máximo de 4 meses en el procedimiento de retorno a la frontera. Si la decisión de retorno no se ejecuta durante este periodo, los inmigrantes del tercer país pueden ser aún detenido nuevamente si se cumple una de las condiciones establecidas de en las disposiciones relativas a las normas generales de detención para el periodo de detención establecido en el artículo 18.

Como consecuencia, la duración máxima de 6 meses puede excederse.

CCBE está de acuerdo con la evaluación sustitutiva de impacto específica que subraya que *“la falta de claridad en cuanto a las garantías procesales, que estarán disponibles en virtud de la propuesta del reglamento en el procedimiento de asilo, hace difícil prever el impacto potencial del procedimiento en la frontera (artículo 22) propuesto sobre los derechos fundamentales, aunque algunas disposiciones pertinentes son, a primera vista, problemáticas”* como el periodo de detención superior a seis meses o la reducción de las garantías procesales limitadas que perjudican un acceso efectivo a la justicia.

Detención de los menores (artículo 20)

El Artículo 20 prevé la posibilidad de detener a los menores con la familia. Esta disposición parece contraria al artículo 37 de la CIDE (derecho a la libertad), leída junto con el artículo 3 (principio de interés superior del niño) y no es conforme a la Observación general Conjunta nº4 (2017)¹ que precisa que *“cada niño tenga, en todo momento, el derecho fundamental a la libertad y el derecho a no estar detenido por motivos ligados a la inmigración. El Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que la detención de un niño con motivo del estatus migratorio de sus padres constituye una violación de sus derechos y es contrario al principio de interés superior del niño. En este contexto, los dos Comités (el Comité por la protección de los derechos de todos los trabajadores inmigrantes y de miembros de su familia y el Comité de los derechos del niño) han afirmado de manera repetida que los niños nunca deberían ser detenidos por razones ligados al estatus migratorio de sus padres y los Estados deberían poner fin inmediatamente y sin demora a la detención de los niños por motivos de inmigración y erradicar esta práctica. Todo tipo de detención de niños vinculada con la inmigración debería estar prohibido por ley y esta prohibición debería estar plenamente puesta en marcha en la práctica.”* La detención por motivos vinculados a la inmigración no es nunca de interés superior al niño. La posición del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) es que los niños nunca deberían ser detenidos en los procesos de inmigración, sea cual sea su estatuto jurídico/migratorio o el de sus padres y que la detención nunca es del interés superior del niño².

Aquella es igualmente contraria a la [Resolución 2020 \(2014\)](#) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa que considera que los menores no acompañados nunca deberían ser arrestados y que el emplazamiento de los niños detenidos de acuerdo con su situación o la de sus padres de acuerdo con las normas sobre la inmigración es contraria al interés superior del niño y constituye una violación de sus derechos. PACE ha llamado a los Estados Miembros a *“introducir en la legislación la prohibición de detención de los niños por razones relativas a la inmigración mientras aquella no se haya hecho, y a velar por la plena aplicación de la legislación en estas circunstancias”*.

En efecto, según el artículo 3, leído junto con el artículo 22 de la CIDE, el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en todas las acciones relativas a los niños, incluyendo los niños solicitantes de asilo y refugiados. En este caso, la ponente resalta que la detención de los menores nunca es en su interés superior y que la unidad familiar no debería ser utilizada nunca para justificar la decisión de detener a un menor acompañado. Por otro lado, no debería hacerse una distinción entre los niños no acompañados y separados y los niños acompañados de su familia.

¹ Observación general conjunta Nº 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Nº 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados en relación con los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno*.

² Posición del ACNUR con respecto a la detención de niños refugiados y inmigrantes en el contexto de la migración. Enero de 2017