

GARANTÍAS PROCESALES EN LA DIRECTIVA DE RETORNO

Coral ARANGÜENA FANEGO

Catedrática de Derecho Procesal (acreditada). Universidad de Valladolid

SUMARIO:

1. Introducción. 2. El necesario establecimiento de unas Garantías procesales mínimas en la Directiva de retorno. 3. Garantías procesales enunciadas en el capítulo III de la Directiva: 3.1. Motivación de las decisiones de retorno, prohibición de entrada y expulsión; 3.2. Derecho a la traducción de las resoluciones de retorno, prohibición de entrada o expulsión. 3.3. Derecho a un recurso efectivo contra las decisiones de retorno/expulsión; 3.4. Garantías a la espera del retorno. 4. A modo de conclusión.

1. Introducción

La lucha contra la inmigración ilegal, establecida como uno de los objetivos del Programa de Tampere¹, reafirmada en el de La Haya² y, de nuevo, en el de Estocolmo que ha de regir los cinco años próximos³, hasta 2015, ha sido abordada desde diferentes frentes tratando de atajarla en sus orígenes teniendo muy presente que tanto la gestión apropiada de los flujos migratorios como la lucha contra la inmigración clandestina debe llevarse a cabo a partir de un enfoque global de los problemas migratorios que asegure la coherencia de las políticas interiores y exteriores de la Unión. La nueva Directiva de retorno, cuyo análisis constituye el objeto central de estos comentarios, constituye un significativo hito en este camino y se enmarca en el más amplio proceso de aproximación normativa material y procesal, civil y penal, y de cooperación judicial y policial.

El fenómeno de la inmigración se ha convertido en los últimos años en un tema central de la agenda política y electoral de los países desarrollados al que como es lógico, no ha permanecido al margen la Unión Europea que ha asistido a su evolución convirtiéndose – a decir de MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES- en uno de los epicentros del mismo, de manera que alguno de sus Estados se han tornado en verdaderos *immigration countries*, y otros, como España, han abandonado su condición tradicional de países de raíz inmigrante para convertirse en receptores de inmi-

¹ Programa de Tampere: Hacia una Unión de libertad, seguridad y justicia, Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999.

² Véase sobre su resultado la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Justicia, Libertad y Seguridad en Europa desde 2005: una evaluación del Programa de la Haya y del Plan de Acción*, COM(2009) 263 final, de 10.6.2009.

³ Recogido en el documento COM (2009) 262, que será aprobado en diciembre de 2009 para comenzar a aplicarse en 2010.

gración. Y en este contexto los Estados europeos han pasado de ser países abiertos y poco restrictivos en la acogida de emigrantes por motivos políticos o económicos a convertirse en auténticas murallas que frenan o dificultan notablemente la emigración⁴.

En realidad hasta no hace mucho el Derecho Comunitario había ignorado casi por completo este fenómeno. Aunque el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea instituyó en 1957 la libre circulación de personas como uno de los pilares sobre los que debía construirse el mercado común, bajo esa categoría se consideraba incluida solamente la emigración de los trabajadores que ostentasen la nacionalidad de alguno de los Estados miembros. Los extracomunitarios constituían un grupo ignorado del que sólo comienza a tomarse constancia en fecha relativamente reciente, cuando desaparecen las fronteras interiores en los Estados miembros para hacer real la libre circulación y se evidencia que dicha supresión no sólo permite la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, sino también la de los nacionales de terceros Estados aun cuando se encuentren ilegalmente en territorio de algún Estado miembro.

El aumento del hecho migratorio y el cambio de las condiciones socioeconómicas en las que se desarrolla el fenómeno de la inmigración ocasionó que se superaran sobradamente las viejas ideas de que todas las competencias en materia de inmigración debían corresponder exclusivamente a las instituciones centrales del Estado, dada su conexión con las cuestiones de soberanía. La Unión Europea trató de responder a las nuevas necesidades en esta materia a través de diferentes modelos de actuación siendo el último y más significativo⁵ el diseñado en el Tratado de Ámsterdam que amén de definir la nueva categoría de “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, incorporó al Pilar comunitario la política de inmigración merced a la inclusión de un nuevo título IV en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) referido a los Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas y en cuya virtud la Comunidad Europea vio atribuidas

⁴ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES J. “La inmigración en la Unión Europea: la difícil configuración de una política de inmigración”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 5-2º semestre de 2003 (monográfico *La Europa social. La Europa de la Solidaridad*), p.83.

⁵ La modificación operada en los Tratados constitutivos por virtud del posterior Tratado de Niza en vigor desde febrero de 2003 apenas introduce modificaciones en la materia que nos ocupa, razón por la cual ha de tenerse en cuenta que el régimen que introdujo el Tratado de Ámsterdam es el que está actualmente en vigor. El Tratado de Lisboa persevera en esta línea y profundiza en ella al asegurar que la Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas. A tales efectos el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en los ámbitos de la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal [Art.63 bis apartados 1 y 2 c) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que sustituirá al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en virtud de lo dispuesto en el Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (DO C 306, de 17 de diciembre de 2007)].

competencias muy amplias en relación con los regímenes de entrada, salida y permanencia de extranjeros en territorio de los Estados miembros.

En efecto, la reforma de Ámsterdam y el relevante Consejo Europeo de Tampere de 1999 dedicado en exclusiva a establecer las directrices políticas para la consolidación de un área de Justicia, Libertad y Seguridad durante los cinco años inmediatos⁶ abrieron una nueva e importante fase en el proceso de creciente integración comunitaria de la política de inmigración, en la que uno de sus componentes básicos lo constituyen las medidas de retorno o alejamiento. En este marco renovado de cooperación se aprobará un significativo y creciente número de disposiciones normativas que inaugura la Directiva del Consejo 2001/40/EC de 28 de mayo de 2001⁷ sobre reconocimiento mutuo de decisiones de expulsión de nacionales de países terceros⁸. Poco más tarde, el Informe de la Comisión Europea de 15 noviem-

⁶ Lo que hizo partiendo de un nuevo sistema de programación (*scoreboard*) y metodologías de trabajo (*open method of coordination*), que sin duda contribuyeron sustancialmente a la armonización de esta materia [*Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on an open method of coordination for the community immigration policy*, COM (2001) 387 final, 11/07/2001]. Como señala MOYA MALAPEIRA ("La nueva directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 5, núm. 10, julio-diciembre de 2008, p.115, nota 24), la nueva metodología de programación, "calendarización" y evaluación de los trabajos de la Comisión (*scoreboard*) ha permitido mantener en la agenda política el mandato del Consejo Europeo sobre la aproximación en materia de retorno (Apartados 3 y 23 Conclusiones), y el método abierto de coordinación al ser más abierto y participativo ha permitido consensuar una armonización flexible en un sector como éste, en el que existen importantes diferencias estructurales entre Estados. Con todo, no faltan críticas a este método, en el sentido de que los textos resultantes se obtienen a costa de rebajar la densidad armonizadora de los mismos en favor del acuerdo, crítica que bien puede aplicarse a la Directiva de Retorno. Vid. CAVIEDES, Alexander: "The open method of coordination in immigration policy: a tool for prying open Fortress Europe?" *Journal of European Public Policy*, Volume 11, Issue 2 April 2004, pp. 289 - 310.

⁷ Publicada en el DOCE L 49, de 2.06.2001, cuyo objetivo es permitir una mejor cooperación entre los Estados miembros mediante el reconocimiento mutuo de las decisiones de expulsión tomadas por un Estado miembro -Estado miembro autor- contra un nacional de un tercer país que se encuentre en territorio de otro Estado miembro -Estado de ejecución- siempre que la decisión de expulsión esté fundada sobre una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacional (como una condena a causa de una infracción que sea punible con una pena privativa de libertad de al menos un año) o en el incumplimiento de las disposiciones nacionales relativas a la entrada y residencia de los extranjeros.

⁸ A la que le seguirán, como más relevantes, la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares - DOCE L 328 de 05.12.2002- en la cual se delimitan las conductas humanas sancionables, exigiendo a los Estados la adopción de medidas estatales disuasorias y proporcionales ante la comisión de cualquiera de las infracciones definidas en sus artículos 1 y 2: ayudar intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de otro Estado miembro o a transitar por él vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros así como, con ánimo de lucro, ayudarle a permanecer en el territorio vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros. Al mismo fin tiende la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril -DOUE L 261 de 06.08.2004-, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o que hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, si cooperan con las autoridades competentes con el fin de acabar con las mafias que trafican con personas y que favorecen la inmigración irregular, desde esta norma se hace frente a la inmigración ilegal en su origen buscando obtener la imprescindible cooperación de la víctima para la persecución de los delitos definidos en la Directiva 2002/90/CE. Asimismo la Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas -DOUE L 261 de 06.08.2004-, que determina las conductas empresariales sancio-

bre de 2001 “Una política común de inmigración ilegal”⁹ incidiendo en el hecho de que una parte integral de ella la constituía la política de retorno y el ulterior “Plan de Acción contra la inmigración ilegal”¹⁰, ofrecerán un marco conceptual de referencia en el planteamiento de las medidas contra la inmigración ilegal, en el que se inscribe el posterior “Libro Verde sobre una Política de Retorno”¹¹ elaborado por la Comisión Europea en octubre de 2002, antecedente inmediato de la posterior Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio presentada por la Comisión en septiembre de 2005¹² que tres años más tarde resultará aprobada dando lugar a la Directiva que ahora constituye el objeto de nuestro estudio¹³ y sobre cuyas vicisitudes en su elaboración y aprobación existen profundos y exhaustivos trabajos, a los que nos remitimos¹⁴.

Sí es nuestra intención, en cambio, detenernos sobre uno de sus aspectos concretos cual es el de las garantías procesales, a cuyo análisis dedicaremos estas páginas.

nables relacionadas con los transportistas aéreos, a los que se les obliga a solicitar a sus pasajeros la documentación prevista en el artículo 3 y, en caso de incumplimiento, el Estado deberá sancionar económicamente a la empresa incumplidora pudiendo llegar a acordar la inmovilización, la incautación o el decomiso del medio de transporte, la suspensión o retirada de la autorización de transporte, si así lo estableciera el Estado miembro. Estas tres piezas normativas que acaban de ser citadas constituyen, en palabras de GARCÍA MURCIA [“La Política comunitaria de inmigración en la Constitución Europea” en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm.57 (marzo de 2005)], el aparato represor de las prácticas ilegales ligadas a las migraciones y movimientos de personas, siempre con el fin de mejorar los controles fronterizos, de combatir la inmigración ilegal y, en particular, de lucha contra la trata de seres humanos. Su objetivo es el establecimiento de unas directrices mínimas para la aproximación y armonización de los ordenamientos nacionales, que encuentran su complemento, en el ámbito del Tercer Pilar, con la Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28.11.2002 - DOCE L 328, de 05.12.2002-, destinada a reforzar el marco penal a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, que establece las normas mínimas sobre las sanciones y responsabilidades que deben prever los Estados miembros (sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluida la expulsión) para dar efectividad a las exigencias de la Directiva 2002/90. Para un seguimiento detallado de la evolución normativa y jurisprudencial en este ámbito vid. PEERS & ROGERS (ed.), *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary*, Ed. Martines Nijhoff, 2006.

⁹ COM (2001) 672 final “Una política común de inmigración ilegal”, disponible en http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/immigration/illegal/doc_immigration_illegal_en.htm.

¹⁰ Propuesta de Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea, DOCE C 142 de 14 de junio de 2002.

¹¹ Libro Verde relativo a una política comunitaria en materia de retorno de los residentes ilegales [COM (2002) 175 final].

¹² COM (2005) 391 final, de 1.09.2005.

¹³ 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 (DOUE L 348 de 24.12.2008).

¹⁴ Vid. por ejemplo, el ya citado de MOYA MALAPEIRA, D., “La nueva directiva de retorno...”, op.cit. También VILACHÁ DOMÍNGUEZ, L. y PARDO GONZÁLEZ, L., “La evolución normativa en materia de expulsión. La nueva Directiva en materia de retorno”, en *Diario La Ley*, nº 7067, de 1 de diciembre de 2008.

2. El necesario establecimiento de unas Garantías procesales mínimas en la Directiva de retorno

Para abordar el tema de las garantías procesales conviene partir por tomar conciencia de la importancia que reviste la observancia de unas mínimas garantías procesales homogéneas en toda la Unión Europea a respetar en todo procedimiento en que pueda adoptarse una decisión de expulsión, procedimiento que pretende ser armonizado.

En efecto hay que advertir que la Directiva tiene una voluntad armonizadora pero sin llegar a la completa uniformidad de las medidas de alejamiento, en aras del respeto a las tradiciones de los Estados miembros. Para ello construye un concepto y estructura autónoma de la figura del retorno que permite a los Estados adaptar sus respectivas regulaciones de las medidas de alejamiento sin excesivas dificultades, hasta el punto de poder hablar, como se ha hecho, de una armonización a la carta o de armonización *soft*¹⁵.

Ahora bien, según advierte MOYA al que seguimos en estas páginas¹⁶, la opción abrazada por la Directiva de otorgar un amplio margen a los Estados para la acomodación de su normativa, no significa que la Directiva carezca de un *contenido mínimo que asegure una estructura y funcionamiento comunes del retorno* en los Estados miembros. Al contrario, el objetivo fundamental de la Directiva es lograr instaurar un sistema en el que tales decisiones puedan operar en un Estado u otro sin un control previo de aplicabilidad; es decir que las decisiones de retorno puedan "circular libremente" entre los Estado miembros sin trámites adicionales. Para ello, la Directiva parte de una configuración básica del procedimiento de retorno como un procedimiento de restitución del extranjero a un tercer Estado de origen, nacionalidad o residencia o cualquier otro por razón de su estancia irregular en un Estado miembro, y no como un procedimiento sancionador, al menos no automáticamente¹⁷.

En este contexto, y a efectos de ese reconocimiento mutuo y libre circulación, es evidente la importancia que reviste el cumplimiento de un estándar mínimo de garantías que lo posibilite, sin olvidar, además del cumplimiento de las exigencias dimanantes del adecuado respeto de los derechos humanos.

De ahí que el objetivo central de la Directiva lo constituya el establecimiento de las bases del procedimiento y, por lo tanto, aspectos procesales del mismo, sin perjuicio de que regule asimismo aspectos basilares como los relativos a los *criterios de adopción y aplicación de las medidas de retorno*,

¹⁵ Así MOYA MALAPEIRA, D., "La nueva directiva de retorno...", op.cit. pp.128 y 129.

¹⁶ MOYA MALAPEIRA, D., op.et locs.cits.

¹⁷ Este dato se deduce de la regulación de la prohibición de entrada en el art. 11.1 de la Directiva, que sólo la impone obligatoriamente cuando se haya incumplido la obligación de salida o no se haya ofrecido la posibilidad de ejecución voluntaria.

Evidentemente, la existencia de un procedimiento legalmente establecido de expulsión con garantías mínimas es un requisito imprescindible del Estado de Derecho en aras de evitar la arbitrariedad. En este sentido el TEDH ha declarado que la exigencia misma de un procedimiento legalmente establecido con unas mínimas garantías es un requisito esencial impuesto por el art. 1 del Protocolo adicional número 7 al CEDH que no puede desconocerse mediante decisiones “de facto”, exigiéndose como *condictio sine qua non* para que ese requisito sea respetado el que la decisión de expulsión se adopte conforme a aquél (STEDH caso *Bolat contra Rusia* de 5 de octubre de 2006, §§ 81-83).

Una primera lectura de las garantías que establece la Directiva nos revela que las que acoge son muy básicas y pueden tildarse de cicateras e insuficientes, algo por otra parte lógico a consecuencia de los métodos de trabajo seguidos desde Tampere en que los textos resultantes se obtienen a costa de rebajar la densidad armonizadora de los mismos en favor del acuerdo. Sin embargo y como veremos, constituye un primer paso importante para armonizar una serie de garantías que hoy brillan por ausencia en muchos Estados miembros y que serán aplicables a los ciudadanos de terceros países que se encuentren involucrados en un procedimiento de este tipo.

La necesidad de armonizar unas mínimas garantías procesales en el territorio de la Unión Europea es algo que ya hizo notar la Comisión en relación con el proceso penal con ocasión de la presentación en 2004 de la Propuesta de Decisión marco sobre Garantías procesales de sospechosos e inculpados en los procesos penales en la Unión Europea¹⁸. Advirtió entonces que aunque todos los Estados miembros son parte del CEDH, el nivel de cumplimiento y la forma de hacer efectivas estas garantías en cada Estado no son homogéneas (de ahí su necesidad); así, por ejemplo, en algunos de ellos la asistencia jurídica en determinadas fases era (y es) prestada por estudiantes en prácticas.

Pese a la citada Propuesta de la Comisión de 2004 al respecto y por más que todos los Estados miembros sean signatarios del CEDH y compartan derechos y tradiciones comunes, las negociaciones han fracasado. De ahí la relevancia que reviste el que al menos dentro del Primer Pilar (comunitario) sí hayan sido capaces de alcanzar un acuerdo sobre este punto en esta Directiva de retorno.

Con todo, aunque esta Directiva contempla garantías, no establece un umbral mínimo homogéneo para su cumplimiento y deja demasiadas cuestiones abiertas a implementar por las legislaciones internas de los Estados miembros cuando no remite directamente a ellas. De ahí que el nivel de protección o de garantías pueda diferir sensiblemente.

Realmente, como hemos adelantado y tendremos ocasión de comprobar a continuación, las mínimas garantías recogidas en la Directiva y que deben ser introducidas en las legislaciones de los Estados miembros son muy básicas. Demasiado

¹⁸ COM (2004) 328 final. Para un análisis detallado de su contenido, permítaseme remitir a ARANGÜENA FANEGO, C., (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea/ Procedural Safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, Valladolid, 2007.

quizás; al punto de que por ejemplo en España la legislación actual no sólo respeta ya ese mínimo sino que es incluso más garantista algo que, naturalmente, está permitido como expresamente admite el art.4.3 de la Directiva.

Desde el punto de vista sistemático, la Directiva encuadra las garantías procesales en su capítulo III (artículos 12 a 14). No obstante existen otras que aparecen dispersas o ubicadas en otros preceptos que deben ser tomados igualmente en consideración como el art.7 (medidas cautelares no privativas de libertad en relación con el retorno) 15 (exigencias de proporcionalidad en los internamientos); 16.2 (derechos del internado a contactar con su representante legal, familia, Consulado), 16.3 (especial atención a personas vulnerables, aunque apenas concreta nada al respecto).

Por cuestiones de espacio y, especialmente, habida cuenta de que en esta misma obra se incluye un estudio de QUERALT JIMÉNEZ¹⁹ donde precisamente se aborda todo lo relativo a las garantías que rigen en los internamientos, me centraré únicamente en las que la Directiva denomina como *Garantías procedimentales* y que, según hemos adelantado, ubica sistemáticamente en su capítulo III, remitiendo en lo demás a la lectura del trabajo citado.

3. Garantías procesales enunciadas en el capítulo III de la Directiva.

Respecto del inicial texto presentado por la Comisión en septiembre de 2005²⁰ y el final adoptado en codecisión por el Parlamento Europeo y por el Consejo con fecha 13 de octubre de 2008²¹ en general y en una primera aproximación podría decirse que desde un punto de vista técnico ha mejorado las iniciales previsiones o, al menos, las ha precisado algo más: no obstante, desde el punto de vista de las garantías, se ha producido un significativo retroceso al haber limitado aún más las que en términos bastante sobrios se recogían inicialmente.

En el Preámbulo o *Considerandos* de la Directiva se explica (11) que "Debe establecerse un conjunto mínimo de garantías jurídicas respecto de las decisiones relativas al retorno para garantizar una protección eficaz de los intereses de las personas de que se trate".

Además y consciente de que el derecho a la asistencia jurídica se configura como garantía principal de las que deben dispensarse y sin cuya concurrencia muchas otras no llegarían a desplegar su plena efectividad, hace una mención específica al mismo añadiendo que "Debe facilitarse la asistencia jurídica necesaria a aquellas personas que no dispongan de recursos suficientes. Los Estados miembros deben prever en su legislación nacional los casos en que se considera necesaria la asistencia jurídica".

También se menciona un poco más adelante (13) la necesidad de que el uso de medidas coercitivas se supedite expresamente a los principios de proporcionali-

¹⁹ QUERALT JIMÉNEZ, A., "El internamiento a efectos de expulsión en la nueva Directiva de Retorno de inmigrantes", en este mismo ejemplar de la Revista.

²⁰ COM (2005) 391 final

²¹ PE-CONS 3653/08 cuyo texto definitivo de fecha 16 de diciembre de 2008 fue publicado en el DO L 348 de 24.12.2008.

dad y eficacia por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos previstos.

Finalmente, y como es tradicional se contiene la cláusula de respeto de los derechos fundamentales indicando que “La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y tiene en cuenta los principios consagrados, en particular, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

Como es bien sabido, la Directiva de retorno articula un procedimiento complejo destinado a lograr el retorno de los nacionales de terceros Estados inmigrantes en situación irregular en el territorio de un Estado miembro que pasa por una decisión de retorno con posible prohibición de entrada (arts. 6 y 11) y en la que se fija, por regla general, un plazo para la salida voluntaria del país (art.7)²² y, de ser necesario, se acuerda la expulsión mediante una decisión al respecto (art.8). En este sentido, la *estructura del procedimiento de retorno* resultante consta de dos actos administrativos diferentes, la orden de salida (*return decision*) y la orden ejecutiva de retorno (*removal*). Ello es así, al menos teóricamente puesto que como puntualiza MOYA, con ser cierto que la Directiva opta como regla general por la orden salida obligatoria (pero de ejecución voluntaria), mientras convierte la ejecución forzosa directa en la excepción, no lo es menos que define tal excepción en unos términos tan amplios que su desarrollo y apreciación por parte de los Estados permitirá mantener en la mayor parte de casos la práctica existente anterior a la Directiva, al menos seguramente así será en el caso español²³.

Pues bien, los artículos 12 a 14 pretenden establecer una serie de garantías para que el inmigrante irregular pueda defenderse y hacerse escuchar en el procedimiento abierto contra él. Veamos con algo más de detalle su contenido, siguiendo, para ello, la propia estructura sistemática de la Directiva.

3.1. Motivación de las decisiones de retorno, prohibición de entrada y expulsión.

La Directiva fija como punto de partida la necesidad de que estas decisiones se adopten en resolución motivada, de modo que el afectado por ellas pueda controlar la corrección de la resolución, conocer las razones por las que se le impide permanecer en el país y pueda estar en condiciones de hacerles frente de manera eficaz

22 En efecto, la Directiva incorpora los dos modelos básicos de régimen de ejecución existente en los Estados Miembros, aunque se decanta por *priorizar la ejecución voluntaria* en un plazo que por regla general y a salvo las excepciones previstas en los apartados 2 y 4 del art.7 no podrá ser inferior a 7 días ni superior a 30 (art.7.1), si bien el Estado puede optar directamente por la ejecución forzosa en los casos excepcionales contemplados expresamente por la Directiva en el apartado 4 del citado art.7 (riesgo de fuga concurrente, solicitudes de residencia manifiestamente infundadas o fraudulentas o cuando el extranjero represente una amenaza para el orden público o la seguridad pública o nacional).

23 La puntualización obedece al hecho de que la Directiva permite una desviación de esta estructura en aras de la máxima inclusión de los distintos modelos de alejamiento, mediante la adopción de ambas decisiones en el mismo momento si bien manteniendo su consideración de actos formalmente distintos, tal y como se deduce de la lectura combinada de los arts. 6.6 (*Return*), 7.4 (*Voluntary departure*) y 8 (*Removal*), en aquellos casos en los que no se conceda la posibilidad de ejecución voluntaria de la orden de salida. Vid. MOYA MALAPEIRA, D., “La nueva Directiva de retorno...”, op.cit., p.130).

haciendo uso del recurso que a tal fin aparezca previsto en la legislación del Estado miembro, según veremos a continuación.

En efecto, una lectura del art.12 de la Directiva permite comprobar esta exigencia toda vez que estas decisiones deberán adoptarse por escrito consignando los fundamentos de hecho y de derecho e informando de las vías de recurso de que se dispone.

No obstante la redacción final del texto de la Directiva se ha endurecido con respecto a lo inicialmente previsto en la Propuesta de la Comisión toda vez que ha introducido un buen número de limitaciones o excepciones a esa regla en consonancia con las existentes en algunos Estados miembros, al permitir que la información sobre los fundamentos de hecho pueda estar sujeta a limitaciones si el derecho interno admite restricciones al derecho a la información, en particular con objeto de proteger la seguridad o defensa nacionales o la seguridad pública y para la prevención, investigación, detección y persecución de los delitos.

Estas excepciones, en cualquier caso, y toda vez que limitan un derecho fundamental como es el del derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales deben respetar el principio de proporcionalidad debiendo mediar la adecuada proporción entre el grado de restricción impuesto y los fines de seguridad y/o fines del proceso penal prevenidos.

3.2. Derecho a la traducción de las resoluciones de retorno, prohibición de entrada o expulsión.

Exige también la Directiva en su art.12.2 que los Estados parte proporcionen, *previa petición*, una traducción escrita u oral de los principales elementos de las decisiones de retorno en una lengua que comprenda (*o pueda suponerse que comprende razonablemente*) el afectado por ellas.

La garantía, como se ve, es bastante limitada toda vez que una correcta y generosa intelección del derecho de defensa pasaría por que se garantizara el derecho a la traducción íntegra de la resolución.

Ni que decir tiene que condicionar la traducción a la exigencia de petición previa no resulta acorde con la seguridad jurídica especialmente si tenemos en cuenta, como luego veremos, los términos excesivamente vagos con que se regula la asistencia jurídica y lingüística que pueden condicionar decisivamente la efectividad del derecho de defensa y, en lo que aquí respecta, la petición misma para obtener la resolución fundada y traducida.

Y la seguridad jurídica - se ha dicho- puede verse seriamente comprometida cuando la traducción de las resoluciones de retorno o expulsión se puede comunicar oralmente y en una lengua *que pueda suponerse razonablemente que comprende*. En realidad la situación pretendida o escenario deseado acaso sea precisamente el contrario; esto es tratar de evitar la inseguridad jurídica que se puede ocasionar en el

caso de que el interesado no manifieste cuál es su nacionalidad²⁴. Sólo un uso mesurado y ajustado a este fin justifica la excepción señalada y excluye las críticas indicadas.

Además y con respecto al texto inicial de la Comisión se ha limitado este derecho permitiendo (apartado 3) que los Estados miembros no lo apliquen en los términos indicados a las personas que hayan entrado ilegalmente en un Estado miembro y no hayan obtenido autorización para continuar en él siendo suficiente entonces el empleo de un formulario normalizado previsto por el derecho interno y que contenga las indicaciones básicas anteriores al que se acompañarán folletos informativos generales en los que se expliquen los principales elementos del formulario normalizado en al menos cinco lenguas que con mayor frecuencia comprendan tales inmigrantes ilegales.

Como advierte MOYA²⁵, esta restricción quizá pudiera tener sentido respecto de las personas rechazadas en frontera o localizadas en las inmediaciones de la misma intentando entrar, pero su ampliación a las personas que “han entrado ilegalmente” y que por tanto “no han obtenido con posterioridad una autorización o permiso de estancia” reduce el derecho a una adecuada información sobre el retorno y por tanto a su defensa. Las razones son fundamentalmente presupuestarias, por los costes que supondría la traducción íntegra de todas las resoluciones de retorno a las lenguas de origen de los inmigrantes; de esta manera la trascripción completa se asegura para aquellos que hubieran sido admitidos o autorizados a entrar y/o residir en el territorio, y al resto, una información más sucinta y formularia, mediante documentos y folletos pre-redactados en sólo cinco lenguas.

Evidentemente con esta solución surgen dudas en orden a su suficiencia para respetar las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuyo art.6.3.c) garantiza el derecho a la traducción e interpretación con los límites fijados por el Tribunal de Estrasburgo en reiterada jurisprudencia²⁶.

Recuérdese que el concepto de *criminal offence* manejado en ese precepto es entendido en sentido amplio en distintos puntos del Convenio y comprende también actuaciones que conllevan sanciones por debajo del umbral de la pena privativa de libertad –*offences of minor* carácter o faltas- y a procedimientos administrativos. Resulta determinante en este punto una concepción o consideración funcional del proceso; es decir, si la sanción con que puede finalizar el proceso considerada objetivamente es justamente el fin primordial de la reacción estatal²⁷; de este modo el

²⁴ Así lo entienden VILACHÁ DOMÍNGUEZ, L. y PARDO GONZÁLEZ, L., “La evolución normativa en materia de expulsión. La nueva Directiva en materia de retorno”, en *Diario La Ley*, n° 7067, de 1 de diciembre de 2008.

²⁵ MOYA MALAPEIRA, D., “La nueva directiva de retorno...”, op.cit., p.157..

²⁶ Véanse, entre las más significativas, SSTEDH dictadas en los casos *Luedicke, Belkacem y Koc contra Alemania*, de 28.11.1978; *Kamasinski contra Austria*, de 19.12.1989; *Oztürk contra Alemania*, de 21.02.1984; *Cuscani contra Reino Unido*, de 24.09.2004; *Lagerblom contra Suecia*, de 14.01.2003.

²⁷ Así MANSDÖRFER, M., “El derecho a intérprete en el ordenamiento alemán y en la Decisión marco del Consejo relativa a determinados derechos en los procesos penales celebrados en la Unión Europea” en ARANGÚENA FANEGO, C. (coord.) *Garantías procesales...* op.cit., p..242.

derecho a la traducción e interpretación rige no sólo en el proceso penal sino también en el procedimiento administrativo sancionador.

La jurisprudencia del TEDH sobre este punto puede resumirse considerando que si bien reconoce el derecho a la traducción no lo hace en términos absolutos toda vez que se contrae a los documentos que el sujeto "necesita comprender para tener un juicio justo" (*Kamasinski contra Austria*, de 19.12.1989 § 74.II) admitiéndose la variación entre el material y documentos susceptibles de traducción en cada uno de los Estados miembros así como en función del tipo de procedimiento y orden jurisdiccional. Desde esta perspectiva, nada habría que objetar en cuanto a la limitación en abstracto del número de documentos a traducir o, en nuestro caso, número de aspectos de la resolución; el problema es si con esta limitación realmente se cumple con la garantía de que el sujeto esté en condiciones reales de comprender las actuaciones que se siguen contra él y, de este modo, tener un juicio justo.

El TEDH no se ha limitado a aplicar la necesidad de traducción únicamente respecto de la documentación del proceso, exigiendo la asistencia de traductor en el procedimiento cuando éste fuera necesario, incluyendo asimismo las comunicaciones abogado-cliente si se quería hacer realmente efectivo el derecho de defensa (*STEDH Čonka contra Bélgica*²⁸ de 5 de febrero de 2002). Y a este tenor, las dudas que manifestamos anteriormente se incrementan, toda vez que el derecho a la asistencia de intérprete no parece exigirse por el legislador comunitario a lo largo del procedimiento administrativo que dé lugar a la decisión de retorno sino tan sólo en el posterior y eventual procedimiento en que se ventile el recurso que debe necesariamente garantizarse frente a aquella resolución, como veremos a continuación.

3.3. Derecho a un recurso efectivo contra las decisiones de retorno/expulsión.

El derecho de acceso a los tribunales o a un recurso adecuado y efectivo contra las decisiones adoptadas durante el procedimiento de retorno ha sido configurado en la Directiva de retorno de manera que permita encajar con las diferentes tradiciones procesales de los distintos Estados miembros, bastando para entenderse cumplido el que permita el acceso a un órgano dotado de imparcialidad e independencia.

Ciertamente la inicial Propuesta de la Comisión preveía que los Estados miembros garantizaran el derecho a un recurso ante un órgano jurisdiccional con efectos suspensivos o, al menos, con la posibilidad de instar la suspensión, citándose a tal efecto el de apelación o el de revisión, de claro carácter devolutivo a resolver

²⁸ En el caso analizado por esta STEDH sólo se ofreció un único traductor de la lengua eslovaca para todo un grupo de familias sujetas a retorno, traductor que sólo estuvo en comisaría y durante los primeros momentos del traslado al Centro de Internamiento, pero en ningún momento posterior, lo que vulneraría el derecho a un intérprete durante la detención. El abogado de los detenidos pudo asistirlos únicamente en el Centro de Detención, cuando el traductor ya se había marchado. Más todavía, el abogado, avisado a última hora del viernes no pudo interponer un recurso jurisdiccional realmente efectivo contra la expulsión, pues ésta resultó ejecutable tras el transcurso de cinco días naturales (martes), y por muy pronto que el abogado interpuso el recurso (el lunes), el Tribunal sólo pudo reunirse a discutir el recurso con posterioridad a la ejecución de la misma. El Tribunal Europeo consideró además, que en este caso, las circunstancias de la expulsión evidenciaban que la expulsión de varias familias gitanas, aunque tramitada cada expulsión de forma aparentemente individualizada, en realidad había sido una expulsión colectiva, prohibida por el Convenio.

por un órgano judicial jerárquicamente superior al que acordó la inicial decisión de retorno o expulsión. Pero el texto finalmente aprobado es sensiblemente menos garantista, como se puede deducir de dos significativos extremos.

En primer lugar, en cuanto no se exige que el recurso previsto sea de carácter jurisdiccional, (en armonía con lo dispuesto por el art.3.5 que permite que la decisión de retorno o expulsión sea adoptada por una autoridad administrativa). En efecto, una lectura del art.13.1 evidencia que el derecho que se garantiza no lo es para acceder a los *Tribunales* (o sea, a órganos investidos de potestad jurisdiccional) sino para acudir también a órganos administrativos superiores u otras autoridades, siempre que sus miembros de ese órgano gocen de suficientes garantías de independencia, en una aproximación similar a la seguida por el TEDH al interpretar el concepto de órgano judicial independiente e imparcial del art. 6 CEDH²⁹ con un criterio eminentemente funcional en el que lo importante es el ejercicio de una función judicial resolviendo, sobre la base de normas de derecho y a través de un procedimiento organizado, toda cuestión relevante de su competencia mediante una decisión jurídicamente vinculante³⁰.

Se admite que el recurso se sustancie ante un órgano judicial, una autoridad administrativa u otro órgano competente compuesto, eso sí, por miembros imparciales y con garantías de independencia. En este sentido, y si acudimos al derecho español, es evidente que estas últimas garantías sólo las cumple hoy por hoy el Poder judicial; en otros ordenamientos en cambio, es factible otra solución.

En segundo lugar, la regla inicial que se sentaba en orden a los efectos suspensivos del recurso se atenúa claramente puesto que la lectura del apartado segundo da a entender que la posibilidad de suspender temporalmente la ejecución de la decisión es una prerrogativa de la autoridad que conoce del recurso salvo cuando la suspensión temporal sea de aplicación en virtud de la legislación doméstica aplicable.

Por último, ha de tenerse en cuenta que la efectividad del recurso depende en gran manera del asesoramiento y representación de que pueda disponer el afectado por la resolución de retorno. Y a estos efectos, las previsiones del apartado tercero del precepto que examinamos no parece que cumplan mínimamente con las exigencias que una correcta intelección del derecho al recurso demanda, al emplear unos términos excesivamente vagos y abiertos a la hora de reconocer el derecho a la representación, asesoramiento jurídico, en su caso gratuito, y asistencia lingüística.

Nuevamente se experimenta aquí un sensible retroceso con respecto a las iniciales previsiones del texto presentado por la Comisión que con claridad imponía a los Estados *garantizar* que el afectado tuviera estos derechos.

²⁹ Así lo advierte MOYA MALAPEIRA, D., "La nueva Directiva...", op.cit. p.158.

³⁰ Así se señaló en la sentencia de 30 de noviembre de 1987, *caso H. contra Bélgica* y, poco después, en la sentencia de 29 de abril de 1988, *caso Belilos contra Suiza*. Sobre el particular consúltese el estudio de GARCÍA ROCA, J. y VIDAL ZAPATERO, J.M., "El derecho a un Tribunal independiente e imparcial: una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia", en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2005, pp.327-365.

Compárense los términos empleados en el art.12.3 de la inicial Propuesta con los del correlativo art.13 apartados 3 y 4 del texto adoptado (el nacional del tercer país *tendrá la posibilidad de obtener...*: los Estados miembros *velarán por...*) y se comprobará cómo el nivel de exigencia brilla por su ausencia y los derechos a la asistencia jurídica y de intérprete y a la representación procesal aparecen difuminados. De ahí que autores como AGUELO y CHUECA se pregunten entonces por el modo en que se defenderá un extranjero si carece de asesoramiento jurídico, representación y asistencia lingüística y si las vías de recurso no se convierten entonces en pura falacia³¹.

En esta misma línea de indefinición se sitúa el pretendido reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita que el apartado 4 de este art.13 enuncia señalando que los Estados miembros *velarán por* que se conceda asistencia jurídica gratuita previa solicitud y de conformidad con la legislación interna al respecto *puediendo disponer* que ésta se atenga a las condiciones establecidas en el art.15.3 y 6 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (DO L 326, de 13.12.2005) la cual no viene sino a establecer una serie de limitaciones al campo de actuación de este derecho³².

También aquí hay una diferencia esencial con la Propuesta de la Comisión donde reiterando ese carácter imperativo y en términos bastante similares a los recogidos en el art.6.3.c) del CEDH decía con más claridad que "se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes carezcan de recursos económicos suficientes en la medida en que dicha asistencia sea necesaria para garantizar un acceso efectivo a la justicia", es decir, siguiendo los términos marcados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art.6) y jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre este punto³³. Ahora, como vemos, los términos aprobados –art.13.4– son mucho más ambiguos (*velarán por que se conceda...*) y parece admitir sin más lo que sobre este extremo recojan las legislaciones internas. Y aquí la disparidad es enorme, como se puso de manifiesto por la Comisión en el estudio previo a la presentación de la ya citada Decisión Marco sobre Garantías Procesales, a que aludimos anteriormente,

³¹ AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO, A., "Directiva de retorno. Directiva de expulsión. (Nota crítica a vuelapluma desde los derechos humanos)", Revista de derecho migratorio y extranjería, nº 18, 2008, p.149

³² El art.15.3 prevé que la asistencia jurídica gratuita se limite: a) a los procedimientos ante un órgano jurisdiccional; b) a quienes carezcan de medios suficientes o c) sólo a quienes sean designados específicamente por el derecho nacional para asistir o representar y d) sólo si el recurso tiene posibilidad de prosperar. Por su parte el art.15.6 dice que los Estados miembros podrán exigir reembolso de gastos si viene a mejor fortuna o se concedió la asistencia jurídica gratuita sobre la base de información falsa suministrada por el solicitante.

³³ Sobre este derecho y la interpretación que de él ha efectuado el TEDH, permítaseme remitir a ARANGÜENA FANEGO, C., "Exigencias en relación con el derecho de defensa: el derecho a la autodefensa, a la defensa técnica y a la asistencia jurídica gratuita (artículo 6.3.c/ CEDH)", en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P., *La Europa de los Derechos...* op.cit., pp. 389-405; ARANGÜENA FANEGO, C., "La efectividad del acceso a la justicia: autodefensa, defensa técnica y asistencia jurídica gratuita. Art.47 II in fine y III CDFUE", en CALDERÓN CUADRADO, M.P. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L. (coord.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Cizur Menor, 2009.

siendo precisamente éste uno de los puntos principales de desencuentro y de los que más influyó para frenar su aprobación³⁴.

Nótese, por cierto, que en el caso de la Directiva de retorno se aplaza hasta 36 meses la entrada en vigor del art.13.4 que regula la asistencia jurídica gratuita³⁵. Y es que el coste para los Estados miembros en implementar debidamente esta garantía es, desde luego, muy elevado. Sirva de muestra, por ejemplo, el caso español (ciertamente de los más garantistas en orden al reconocimiento y extensión de este derecho a los extranjeros³⁶) en el que en términos económicos, la extranjería -vía previa administrativa y recursos contencioso-administrativos- ha dado lugar a unas certificaciones por justicia gratuita que representan casi una cuarta parte del total de justicia gratuita. A modo de ejemplo sólo en el primer semestre de 2009 la justicia gratuita madrileña ha realizado algo más de dieciséis mil asistencias en territorio por expedientes de expulsión, lo que supone un 21,7 por ciento más que en el mismo periodo de 2008.

Por lo demás, resulta descorazonador que este derecho a la asistencia jurídica (en su caso, gratuita) al igual que el derecho a la representación y asistencia lingüística según vimos, aparezcan ubicados sistemáticamente dentro del art.13, esto es, en el precepto dedicado a la regulación de las vías de recurso contra la resolución de retorno, lo que da a entender que su exigencia para con los Estados miembros se limita a que se le dé cumplimiento en el procedimiento que habiliten para recurrir la decisión de retorno, pero sin que esta exigencia alcance de modo necesario al procedimiento previo en el cual esta orden haya sido adoptada.

Nuevamente nos encontramos aquí ante un supuesto en que la legislación española rebasa ya el nivel de exigencia comunitario, toda vez que el art.63.2 de la vigente Ley de Extranjería reconoce expresamente el derecho del extranjero a la asistencia letrada de oficio y a ser asistido por un intérprete, proporcionadas de forma gratuita si careciere de medios económicos, desde el momento en que la Administración le presenta la propuesta de resolución para que formule alegaciones³⁷.

³⁴ De nuevo, permítaseme remitir a ARANGÜENA FANEGO, C., "Garantías procesales de los sospechosos e inculpados"/ Procedural guarantees of suspects and defendants" en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.): *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales/ Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, Valladolid, 2008, pp.131-162.

³⁵ Véase el art.20.1 de la Directiva.

³⁶ Especialmente tras la STC (Pleno) núm.236/2007, de 7 de noviembre que declaró inconstitucional la exigencia de la residencia recogida en el art.22.2 de la L.O. 4/2000 para hacerse acreedor del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Recuérdese, asimismo, la STC (Pleno) núm.95/2003, de 22 de mayo que ya declaró inconstitucional la exigencia de residencia legal para disfrutar de este derecho, añadiendo que la "residencia" en nuestro país "habrá de entenderse referida a la situación puramente fáctica de los que se hallen en territorio español, sin que quepa atribuir a la referida expresión un significado técnicamente acuñado de residencia autorizada administrativamente al que se refería el artículo 13.1.b) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, vigente al tiempo de la impugnación.

³⁷ En tal sentido, por ejemplo, puede consultarse, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso administrativo) de 19 de julio de 2007 (RJ2007/4885), declarando la nulidad del procedimiento de expulsión por deficiente información de derechos al interesado y falta de información sobre la posibilidad de recabar la asistencia letrada de oficio.

Adolece, en cambio, nuestra legislación interna de la suficiente claridad en orden a la regulación de la representación procesal en el acceso a la tutela judicial ante los tribunales ordinarios. El hecho de que la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (art.23.1) no exija para pleitear ante los órganos unipersonales la presencia de Procurador, resultando posible que el Abogado asuma junto con la asistencia jurídica la representación de la parte, y el que esté atribuida la materia de extranjería a Juzgados de ese tipo³⁸, dio lugar en un primer momento a que fuera habitual y aceptado comúnmente en la generalidad de los órganos judiciales que la designa efectuada por el Turno de Oficio del Colegio de Abogados al Letrado era suficiente para acreditar la representación del justiciable, no siendo necesario apoderamiento posterior alguno. Sin embargo, el incremento considerable de recursos en materia de extranjería motivados por el proceso de normalización³⁹ y el elevado número de intervenciones por denegación de entrada, la judicialización de esta materia, la complejidad de la misma y el aumento de la población inmigrante en España, provocaron que algunos órganos jurisdiccionales dictaran una serie de resoluciones considerando imprescindible, para admitir a trámite el recurso, la exigencia de acreditación de la representación mediante poder notarial o apoderamiento *apud acta*, algo que en la mayoría de las ocasiones resulta enormemente dificultoso cuando no imposible dado que el extranjero o bien ya ha sido retornado a su país de origen o bien se encuentra en paradero desconocido, lo que provoca el archivo del recurso interpuesto.

En efecto, como decimos, algunos Juzgados y Tribunales no consideran suficiente la designa efectuada al letrado por el Turno de Oficio para acreditar la representación en procedimientos de extranjería, exigiendo la presentación de un poder notarial o un apoderamiento *apud acta* específico con la indeseable consecuencia de que resulten relativamente frecuentes los casos en que los tribunales ordinarios archivan los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra órdenes de expulsión al no venir acompañado el escrito de interposición del poder confiriendo la representación procesal⁴⁰, impidiendo de este modo en la práctica que muchas resoluciones de expulsión de extranjeros sean sometidas a revisión judicial. Frente a esta postura la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española ha elaborado un Informe y Recomendación en el que estima que la designación de Abogado por turno de oficio confiere al Letrado en aquellos supuestos en que el nombramiento de Procurador no resulta preceptivo, la doble cualidad de Defensor y Representación Procesal⁴¹, justificándolo en el principio *pro actione* que

³⁸ Los Juzgados de lo contencioso-administrativo que conocen de esta materia por los trámites del proceso abreviado (arts. 8 y 78.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativo).

³⁹ Vid. Disposición transitoria 3ª del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

⁴⁰ Vid., por ejemplo, SSTSJ Cataluña, de 21.03.2007, 26.03.2007, 04.04.2007, 17.04.2007. Sobre este problema y la diversidad de posturas existente en nuestros Tribunales, véase, por ejemplo, el trabajo de AGUELO NAVARRO, P., *Dilemas actuales del derecho de defensa en el ámbito de la extranjería*, disponible en www.micap.es.

⁴¹ Vid. *Informe sobre Representación del Letrado designado de oficio en el proceso contencioso administrativo en materia de extranjería* y Recomendación aprobado por la Subcomisión de Extranjería del CGAE en septiembre de 2007, disponible en www.integmigra.info/extranjeria

debe regir la interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva y en el principio antiformalista que informa la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa.

Sin perjuicio de que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional encontremos manifestaciones de una visión mucho más generosa sobre el particular, como por ejemplo la de admitir la subsistencia del inicial apoderamiento tácito del Abogado de oficio para instar el Habeas Corpus para recurrir posteriormente en amparo la decisión de inadmisión en interés de ese extranjero que resulta expulsado del territorio español⁴², lo cierto es que el problema subsiste en la jurisdicción ordinaria y debe dársele una solución que evite la inseguridad jurídica actual derivada de la disparidad de criterios en la práctica de nuestros Tribunales⁴³.

La adecuada transposición en nuestro Derecho de la exigencia de garantizar la representación a que alude el art.13.3 de la Directiva requeriría clarificar este problema y precisamente puede estar en la base de la modificación que en este punto se vislumbra en el proyecto de reforma de la Ley de Extranjería que se tramita en el Parlamento. En el texto proyectado⁴⁴ y en lo relativo a esta cuestión se ha dado un avance significativo pues si bien se sigue exigiendo la constancia expresa de la voluntad del extranjero no se condiciona a que lo sea por vía notarial o mediante la presentación personal ante el Secretario Judicial, sino en la forma y ante el Funcionario público que reglamentariamente se determinen, de manera que se garantice la facultad de ejercer su derecho a la asistencia jurídica gratuita también cuando, según las causas legalmente previstas, el extranjero pudiera hallarse privado de libertad⁴⁵. Más cuestionable es la solución que se proyecta para cuando el extranjero se halle fuera del territorio español al preverse que estas dos actuaciones se realicen ante la

⁴² STC (Pleno) núm.172/2008, de 18 de diciembre.

⁴³ Véase, sobre esta problemática, los trabajos de TOLOSA TRIVIÑO, C., "Algunas cuestiones actuales en la jurisprudencia en materia de extranjería", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm.14, 2007, pp.25 a 45 y, con el mismo título, el trabajo publicado igualmente en el núm.19 de 2008 de la citada Revista, pp.219-246.

⁴⁴ Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la L.O.4/2000, publicado en el BOCG serie A de 1 de julio de 2009, núm.31, conforme al cual en el art.22.3 de la Ley de extranjería se establecerá que "3. En los procesos contencioso-administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá una nueva solicitud y la constancia expresa de la voluntad del extranjero de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente. La manifestación de la voluntad de recurrir la resolución administrativa deberá realizarse en la forma y ante el Funcionario público que reglamentariamente se determinen, de manera que se garantice la facultad de ejercer su derecho a la asistencia jurídica gratuita también cuando, según las causas legalmente previstas, el extranjero pudiera hallarse privado de libertad".

⁴⁵ Téngase en cuenta, como advierte MOYA, que la actual exigencia de que la representación se confiera vía notarial o apud acta mediante comparecencia ante el Secretario Judicial en el ámbito de Extranjería puede resultar relativamente complicado de obtener pues en los procedimientos de expulsión el extranjero suele encontrarse internado en un Centro de Internamiento y ni el notario ni el Secretario Judicial se desplazan habitualmente a estos lugares y menos en un plazo breve de tiempo, que es el que suelen disponer los extranjeros internados una vez finaliza el procedimiento administrativo y es decretada la expulsión. En tales casos, la presentación del recurso contencioso debe realizarse muy rápidamente pues prácticamente se estará a punto de ejecutar la expulsión, y es entonces cuando debe recogerse la declaración de representación (MOYA MALAPEIRA, D., "La reforma de la ley de extranjería", publicado en *Real Instituto Elcano*, en *Documento de Trabajo 20/2009*, disponible en www.realinstitutoelcano.org).

misión diplomática o representación consular correspondiente, método poco viable en la práctica, pues -advierte MOYA- aunque se encuentre prevista tal posibilidad en el art. 38 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, para poder ser efectiva requeriría una modificación del funcionamiento del aparato consular sin olvidar que la articulación de la representación consular es además compleja, pues el cónsul o embajador debería contactar con el Colegio de Abogados en nombre y representación del extranjero para que le nombraran un abogado de oficio y le puedan otorgar la justicia gratuita, canalizando todas las comunicaciones con el extranjero. Se opta en este punto por una fórmula poco ajustada a la realidad de Extranjería actual que sólo crea nuevos filtros para reducir recursos sin dar un solución adecuada a la cuestión. Reflexión ésta, sigue diciendo este autor⁴⁶, que no oculta la necesidad de buscar fórmulas adecuadas para contrarrestar las prácticas abusivas de una pequeña minoría de abogados⁴⁷ -contra los cuales se dirige este precepto- que colapsan los tribunales con sus recursos.

3. 4. Garantías a la espera del retorno

Por último, el art.14 de la Directiva recoge una serie de garantías finales de difícil ubicación en los preceptos anteriores y que viene a completar o cerrar el núcleo de derechos básicos hasta entonces enunciados.

Por una parte en su primer apartado, de nuevo en unos términos extraordinariamente vagos, se establece el compromiso de los Estados miembros durante el plazo de salida voluntaria o periodos de aplazamiento de la sanción de expulsión de *velar por que se tengan en cuenta en la medida de lo posible un grupo de principios muy diversos que tienen en común un marcado componente de tipo humanitario*; en efecto, el mantenimiento de la unidad familiar, la prestación de atención sanitaria, el acceso para los menores al sistema de enseñanza básica y la atención específica a personas vulnerables, carecen con claridad de naturaleza procesal, por más que se encuentren sistemáticamente ubicados dentro del capítulo III.

En el apartado segundo, en cambio, se recogen adicionales exigencias en relación con el derecho de audiencia del inmigrante irregular y el derecho a la motiva-

⁴⁶ MOYA MALAPEIRA, D., "La reforma de la ley de extranjería", op.et locs. cit.

⁴⁷ Quizás no tan pequeña como considera este autor, puesto que la propia Subcomisión de extranjería del CGAE en sus Conclusiones del *Informe sobre Representación del Letrado designado de oficio en el proceso contencioso administrativo en materia de extranjería* de 2007 expresamente señaló lo siguiente: "Compartimos sin embargo la preocupación por la escasa fundamentación de los recursos planteados en procedimientos de denegación de entrada (en tan solo un 1 por 100 se estimo la pretensión) y la consiguiente falta de eficacia de la intervención letrada de oficio más allá de garantizar el derecho de audiencia del expedientado, lo que nos exige realizar un claro esfuerzo por diferenciar de la forma más objetivable que posible los asuntos que contienen criterios de sostenibilidad de aquellos otros (un 99 por 100) que están abocados irremisiblemente a la denegación jurisdiccional. El planteamiento indiscriminado de recursos ha desembocado en las posturas impeditivas que hemos reseñado en el informe y que pueden llevar en última instancia a negar el acceso a la jurisdicción a los extranjeros pobres inmersos en cualquier procedimiento administrativo de expulsión, devolución o denegación de autorización.

ción de las resoluciones de retorno, dado que impone a los Estados la obligación de proporcionar confirmación escrita, de conformidad con la legislación, de la eventual prórroga del plazo de salida voluntaria o de que la decisión de retorno no se ejecutará temporalmente. En tales casos, y en atención a lo previsto en el art.7 de la Directiva, cabe la posibilidad de adoptar medidas cautelares para evitar el riesgo de fuga, tales como la presentación periódica ante las autoridades, el depósito de una fianza adecuada, la entrega de documentos o la obligación de permanecer en un lugar determinado.

5. A modo de conclusión

La lectura de los artículos dedicados a las garantías procesales en la Directiva de retorno, nos sitúa, en nuestra opinión, en un panorama de luces y sombras.

Como fundamental aspecto positivo hay que destacar el reconocimiento de un conjunto de derechos procesales básicos a los extranjeros en situación irregular que deberán ser garantizados en todos los países miembros de la Unión Europea, muchos de los cuales en la actualidad brillan por su ausencia o aparecen regulados de manera insuficiente.

Desde esta perspectiva, la Directiva contribuiría a elevar los estándares procesales de protección de los extranjeros en los Estados miembros. Sin embargo, con ser esto cierto, no lo es menos el hecho de que algunos de los Estados más restrictivos en este terreno no son parte en principio de la Directiva (Reino Unido, Irlanda, Dinamarca⁴⁸). Y en cambio en otros Estados en que sí pueden tener reconocidas ya estas garantías la Directiva más bien puede constituir un incentivo para ajustar "a la baja" sus estándares actuales⁴⁹, como seguramente será el caso de España, según se vislumbra en el Proyecto de Reforma de la Ley de Extranjería en el que, por poner un ejemplo, la regulación de los internamientos se endurecerá al menos en la medida en que se baraja elevar su plazo de duración de los 40 días actuales, a los 60 proyectados⁵⁰ sin que, en cualquier caso, se apure el tan criticado plazo máximo permitido por la Directiva que, como es bien sabido, se fija en seis meses prorrogable por nada menos que otros doce más⁵¹, extremo éste último difícilmente compatible con el art.5 CEDH y la interpretación proporcionada por el Tribunal de Estrasburgo.

De ahí que la lectura de estos preceptos deje un sabor agrídulce pues si bien es cierto que derechos como la asistencia letrada, en su caso gratuita, el derecho a la asistencia de intérprete o el acceso a la jurisdicción a través de un recurso efectivo, aparecen enunciados, lo hacen de manera poco acabada, hasta el punto de que se ha llegado a decir que la Directiva crea espacios donde los derechos están difuminados;

⁴⁸ Véanse los *Considerandos* 25, 26 y 27 de la Directiva.

⁴⁹ Así lo advierte MOYA MALAPEIRA, D., "La nueva Directiva...", op.cit.pp.161 y 162.

⁵⁰ Cfr. la redacción que se da al nuevo art.62.2 donde se eleva el plazo a 60 días.

⁵¹ Vid. art.15 apartados 5 y 6 de la Directiva.

una especie de zonas francas de derechos, en los que la indefinición va a permitir su vulneración⁵².

La razón de este ambiguo texto reside, como ya apuntamos, en el significativo endurecimiento que la redacción final del texto ha experimentado respecto del documento inicial presentado por la Comisión a consecuencia del complejo procedimiento de tramitación (*triálogo* incluido⁵³) llegando a hacer difícilmente conciliable su articulado con los convenios de protección de derechos humanos que se citaban como infranqueables en el Libro Verde de 2002.

Con todo, es posible concluir con una visión positiva, insistiendo en el hecho de que la aprobación de la Directiva supone el establecimiento de un mínimo estándar de garantías procesales exigibles en todo proceso seguido en un Estado miembro en el que se pueda adoptar una medida de alejamiento con relación a extranjeros en situación irregular, estándar del que hoy se carece. Y en última instancia, como advierte MOYA, van a ser las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva las que acabarán por perfilar el puzzle actual en materia de alejamiento de extranjeros y las que permitirán comprobar si ésta va a incidir realmente en una reestructuración y racionalización del sistema de control migratorio, en aras de un mecanismo de retorno más integrado, más selectivo, más garantista y, en definitiva, más eficiente⁵⁴.

Desde el punto de vista de España, y en atención al proyecto de ley que se tramita en las Cámaras, la necesaria adaptación al Derecho europeo no debiera servir de pretexto para elaborar una regulación contradictoria con el régimen jurídico desarrollado por el Derecho judicial de extranjería en los últimos años. Por el contrario, debiera aprovecharse el *iter* legislativo para profundizar en el camino trazado por esa notable jurisprudencia de nuestros tribunales como se ha advertido desde el Consejo General de la Abogacía. Debe imperar aquí el sentido común y aunar esfuerzos para construir un derecho de extranjería sólido, jurídicamente razonable, basado en criterios y principios garantistas, firmes y coherentes y siempre respetuoso con los derechos humanos⁵⁵.

⁵² NIETO GARCÍA, L.C., "Derechos humanos e inmigración: Europa y la directiva de retorno", en *Papeles de relaciones económico-sociales y cambio global*, 2008-2009, p.55

⁵³ Véase sobre la tramitación de la Directiva, MOYA MALAPEIRA, D., "La nueva Directiva...", op.cit., pp.119-123.

⁵⁴ MOYA MALAPEIRA, D., "La nueva Directiva...", op.cit., pp.162 y 163.

⁵⁵ Véase el Informe de la Subcomisión de Extranjería del CGAE de 23.02.2009.