

---

# Inmigración y Derechos Humanos en la UE. Análisis de la directiva 2008/115/CE

*Immigration and Human Rights in the EU.  
Analysis of the Directive 2008/115/CE*

RECIBIDO: 2013-01-17 / ACEPTADO: 2013-03-25

---

Alejandra SÁNCHEZ FERNÁNDEZ

Ministerio del Interior

[alexsanchezfdez@gmail.com](mailto:alexsanchezfdez@gmail.com)

**Resumen:** Artículo que repasa la evolución legislativa de la UE en materia migratoria para, finalmente, centrarse en los puntos más polémicos de la Directiva 2008/115/CE sobre el retorno de inmigrantes ilegales: el procedimiento de retorno y expulsión, el internamiento y el interés del menor.

En este análisis, la autora parte de la perspectiva del respeto a los derechos fundamentales como base que debe cumplir cualquier normativa. En opinión de la autora, la regulación de la migración debe realizarse de acuerdo a los requerimientos que el nuevo panorama mundial exige, es decir, desde una perspectiva mucho más amplia.

**Palabras clave:** derechos fundamentales; inmigración; Directiva Europea de retorno; globalización.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Evolución de la legislación europea en materia de extranjería. 3. Análisis de la Directiva 2008/115/ce desde una perspectiva de derechos fundamentales. 4. Conclusión. 5. Referencias.

**Abstract:** The article reviews the evolution of EU legislation on migration to finally focus on the most controversial points of 2008/115/CE Directive on the return of illegal immigrants: the procedure of return and expulsion, the detention and the child interest.

In this analysis, the author gives a fundamental rights perspective as the basic legislation to follow. In the author's point of view, the regulation of migration must be done according to the requirements that the new world situation demands, ie, from a much broader perspective.

**Key words:** fundamental rights; immigration; European Directive of return; globalization.

**Summary:** 1. Introduction. 2. Evolution of the European legislation of immigrants. 3. Analysis of the Directive 2008/115/ce from a fundamental rights perspective. 4. Conclusion. 5. References.

## 1. INTRODUCCIÓN

**N**os encontramos ante un nuevo escenario mundial en el que se ha producido un traspaso de poder desde los Estados-nación hacia otros entes de mayor amplitud, como internet o las multinacionales. Este orden de las cosas conlleva aspectos positivos y negativos. Por un lado, contamos con más recursos: información, medios tecnológicos, transportes... que permiten adoptar

decisiones entre un mayor número de personas, teniendo más variedad de puntos de vista y mayores probabilidades de acertar sobre cuál es la más conveniente; el conocimiento se multiplica. Sin embargo, esta mayor cantidad de recursos está desigualmente repartida, y aquí es donde aparece la parte negativa, estos recursos no son distribuidos ni usados de manera justa, sino que se concentran en unos pocos y además son utilizados para mantener este desigual reparto de medios.

Para evitar esta situación, se empezaron a adoptar Convenios, Tratados, Acuerdos a nivel Internacional que pudieran paliar esta desigualdad y garantizar que se respetará la esfera básica de las personas, los Derechos Humanos. A partir de aquí, la producción legislativa a nivel Internacional se amplió para proteger a grupos de personas que sufrían especialmente el efecto del nuevo orden mundial.

Esta realidad no puede ser obviada por los Estados a la hora de afrontar fenómenos Internacionales, uno de los cuales es el movimiento migratorio. ¿Cuál es la respuesta de la UE ante el mismo? ¿Qué dirección está tomando dicha respuesta? ¿Se está teniendo en cuenta esta nueva realidad? Estas preguntas serán analizadas a lo largo del texto.

## 2. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

Antes del Tratado de Amsterdam la política migratoria europea era regulada a través de acuerdos intergubernamentales<sup>1</sup>. El Convenio de Dublín y el Convenio de Aplicación, de 19 de junio de 1990, del Acuerdo de Schengen de 15 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, que entró en vigor el 26 de marzo de 1995 son el inicio de la comunitarización de la política migratoria<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Los artículos de BASCHERINI, G., “Las políticas migratorias e Europa: una visión comparada”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, n° 10 (julio-diciembre 2008), pp 49-100 y CARBALLO ARMAS, P., “Inmigración y derechos fundamentales en la UE: una aproximación a los instrumentos jurídico-políticos de integración de los extranjeros en España”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, n° 5 (enero-junio 2006), pp 279-293, ilustran muy bien los antecedentes de la política migratoria europea actual.

<sup>2</sup> Véase GONZALEZ ENRIQUEZ, C. y SORROZA BLANCO, A., “¿Hacia una política europea de inmigración? Un desafío para la presidencia española de 2010”, *Demografía, población y migraciones*, n° 57/2009 (2010) pp 1-24.

Con el Tratado de Amsterdam (que entró en vigor en 1999) se comunitariza finalmente parte del tercer pilar<sup>3</sup>, la relativa al control de fronteras, inmigración y asilo pertenecientes al llamado espacio de libertad, seguridad y justicia, de tal manera que la UE pasaba a tener competencias sobre las mismas<sup>4</sup>. Ese mismo año se celebró en Tampere el Consejo Europeo para establecer las líneas a seguir en ese espacio de libertad, seguridad y justicia. En materia de inmigración se centró en cuatro elementos: la asociación con los países de origen; un régimen de asilo europeo común; un tratamiento equitativo para los nacionales de terceros países y una gestión más eficaz de los flujos migratorios<sup>5</sup>. La UE apostó por un enfoque multilateral en el que se tendría en consideración a los Estados de origen, y por una política migratoria de integración.

Sin embargo, este enfoque cambió con el Programa de la Haya de 2004. A raíz de los atentados ocurridos en Nueva York el 11 de Septiembre de 2001 y en Madrid el 11 de marzo de 2004, la UE se centró casi en exclusiva en la prevención y represión del terrorismo. La seguridad era ahora su objetivo principal. Ciertamente es que la seguridad es un tema importante, pero no puede ser enfocada desde un único punto de vista: el control y la restricción<sup>6</sup>. Éste fue el seguido por la UE, olvidando la perspectiva de integración y no discriminación señalada en Tampere. La lucha contra el terrorismo y la lucha contra la inmigración ilegal se unían bajo un mismo techo, con lo que se corría el riesgo de asociar ambos términos, criminalizando la inmigración ilegal.

Continuando con la línea marcada por el Programa de la Haya, la UE ha ido legislando centrándose principalmente en el control de las fronteras exteriores<sup>7</sup>. Algunos de los actos normativos resultantes son: el Reglamento del Consejo n° 539/2001 de 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales

<sup>3</sup> Véase ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2º ed., Civitas, Pamplona, 2010.

<sup>4</sup> Véase OLESTI RAYO, A., "Las políticas de la UE relativas al control de fronteras, asilo e inmigración", *Revista de Derecho constitucional europeo*, n° 10 (julio-diciembre 2008), pp 13-48.

<sup>5</sup> SN 200/99 Consejo Europeo de Tampere, conclusiones de la Presidencia, 15-16 de octubre de 1999.

<sup>6</sup> Véase BENDEL, P., "¿Blindando la fortaleza europea? Intereses, valores y cambios jurídicos en la política migratoria de la UE", *Revista Internacional de Migraciones y Desarrollo*, Zacatecas, Latinoamericanistas, n° 004 (2005), pp 54-64.

<sup>7</sup> Véase SOLANES CONELLA, Á., "La política de inmigración en la UE desde tres claves", *Revista Arbor*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, n° 713 (2005), pp. 81-100.

están exentos de esta obligación. Para establecer tal división se atendió a los criterios establecidos en la exposición de motivos del Reglamento: “... diversos criterios relativos, en particular, a la inmigración clandestina, al orden público y a la seguridad, así como a las relaciones exteriores de la Unión con terceros países, teniendo también en cuenta las implicaciones de la coherencia regional y de la reciprocidad”, dejando patente que la política migratoria de la UE era ahora unilateral, centrándose en la seguridad.

En 2004 se creó la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (FRONTEX), otro ejemplo de inversión europea en materia de seguridad. La UE ha ido dotándolo de medios económicos y tecnológicos para hacerlo más efectivo; no obstante, han sido varias las críticas vertidas contra FRONTEX por el incumplimiento de los derechos fundamentales. Éstas consiguieron modificar aspectos normativos de la agencia, de tal manera que a partir de Octubre de 2011 se estableció un puesto de agente de derechos y un foro para consultar a la sociedad civil. Sin embargo, como se señala en el informe mundial de 2012 de la organización Human Rights Watch: “no creó un mecanismo para hacer que Frontex tuviera que rendir cuentas por violaciones a los derechos humanos. Los guardias de Frontex en la frontera entre Grecia y Turquía fueron cómplices en el sometimiento de los inmigrantes a condiciones abusivas en los centros de detención griegos”. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha criticado las malas condiciones en que se encuentran detenidos los inmigrantes que entran en Grecia por la frontera con Turquía. Por todo ello, el Defensor del Pueblo europeo ha iniciado una investigación para comprobar el grado de cumplimiento de los derechos fundamentales por parte de FRONTEX.

En la misma línea se aprobó el Reglamento 863/2007 de 11 de julio de 2007, por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento 2007/2004 del Consejo. Más conocido por RABBIT, se trata de un auténtico cuerpo de seguridad para casos excepcionales de llegada a las fronteras de un Estado miembro de un gran número de inmigrantes. Dicho equipo en el ejercicio de sus funciones podrá llevar armas y usarlas (arts.6.5 y 6.6 del Reglamento), lo que prueba hasta qué punto la UE criminaliza la inmigración<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Es importante señalar también el Tratado de Prüm 2005 y sus consecuencias. BAR CENDÓN, A., “El Tratado de Prüm y la inmigración ilegal”, *Revista de Derecho constitucional europeo* (enero-junio 2007), pp 235-273.

Otros mecanismos migratorios, estos dirigidos más al control en el cruce de fronteras, son: el Reglamento 562/2006 de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), que establece requisitos a cumplir por los extranjeros que deseen cruzar las fronteras por un periodo no superior a tres meses; el Reglamento 1987/2006, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) y el Reglamento 767/2008, de 9 de julio de 2008, sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (Reglamento VIS) que tiene por objetivo la aplicación de la política común de visados recogida en el Reglamento 810/2009, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados).

Sustituyendo al Programa de la Haya pero con el mismo espíritu, se aprobó en 2010 el Programa de Estocolmo, hoja de ruta de la UE en materia de inmigración y asilo de 2010 a 2014. El Programa continúa con la vía abierta por el Programa de la Haya de legislar unilateralmente un fenómeno global, la migración, y desde un único punto de vista, la seguridad y el interés exclusivamente económico de la UE. Con este Programa la UE dice adiós a una política migratoria holística, multilateral y con base en los derechos fundamentales.

El enfoque multilateral y de integración en materia migratoria es más difícil de encontrar en la normativa europea, y la existente no alcanza un rango que le haga ser vinculante para los Estados miembros. Desde el punto de vista de la multilateralidad en la vertiente de colaboración con los países de origen, se destaca: la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre prioridades de actuación frente a los retos de la inmigración (primera etapa del proceso de seguimiento de Hampton Court, en COM (2005) 621 final de 30 de noviembre de 2005, en ella se opta por un enfoque global de la migración, teniendo en cuenta aspectos tanto de seguridad como de desarrollo. Siguiendo este enfoque, en el Consejo de la UE celebrado en Bruselas el 15 y 16 de diciembre de 2005 se subrayó: “la necesidad de contar con un enfoque equilibrado, global y coherente, que abarque medidas orientadas a luchar contra la inmigración ilegal y aproveche, en cooperación con terceros países, los beneficios de la migración legal”. Otros ejemplos en esta línea son: la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación del “Planteamiento global sobre la migración” a las regiones orientales y sudorientales de la Unión

Europea, en COM (2007) 247 final de 16 de mayo de 2007; la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre migración circular y asociaciones de movilidad entre la Unión Europea y terceros países, en COM (2007) 248 final de 16 de mayo de 2007 y las Comunicaciones de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo en sus informes anuales sobre inmigración y asilo. Ninguna de ellas pasa de ser una mera comunicación sin fuerza vinculante.

Desde el punto de vista de la admisión e integración de inmigrantes se destaca: el intento de regular las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros Estados por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia, a través de una propuesta de Directiva presentada en 2001 y retirada en 2006; la Directiva 2004/114 relativa a la admisión de los nacionales de terceros Estados a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado; la Directiva del Consejo 2005/71 de 12 de octubre de 2005, que establece un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros Estados con fines científicos y la Directiva del Consejo 2003/109 de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración. Esta última se dirige a igualar el trato a este tipo de inmigrantes con el dado a los nacionales europeos, aun así los Estados cuentan con mayores posibilidades de adoptar una medida que restrinja el derecho de libre circulación y residencia de un extranjero residente de larga duración que a un nacional europeo. La polémica Directiva 2003/86 de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho de reagrupación familiar, cuyas restricciones hicieron presentar al Parlamento un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), por no garantizar los derechos fundamentales, en concreto los relativos a la vida familiar y a la no discriminación. El Tribunal lo desestimó en su sentencia de 27 de junio de 2006, asunto C-540/03; la Directiva 2009/50/CE de 25 de mayo de 2009 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado y la Directiva 2011/98/UE de 13 de diciembre de 2011 por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

En resumen, los únicos ejemplos de políticas migratorias con un enfoque global quedan reducidos a meras comunicaciones y conferencias no vinculan-

tes; los ejemplos de políticas de admisión e integración quedan reducidos a tres clases muy específicas de inmigrantes: los estudiantes, los científicos y los trabajadores altamente cualificados, es decir, aquellos que suponen una clara fuente de ingresos para la UE, ya que los otros dos ejemplos, en especial la Directiva de reagrupación familiar, presentan serias limitaciones; finalmente y en contraposición, encontramos un variado elenco normativo y vinculante en materia de protección y vigilancia de fronteras.

Por último, en lo relativo a la regulación europea en materia de inmigración ilegal (a medio camino entre la política de protección de fronteras y la de admisión de inmigrantes) cabe destacar: la Directiva 2002/90 de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, circulación y estancias irregulares; la Directiva 2001/51/CE de 28 de junio de 2001 por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, con el objetivo de establecer sanciones a los transportistas que no posean los documentos de viaje exigidos y transporten a nacionales de terceros Estados; 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; la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países; la Decisión 2004/573/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión y la Directiva 2003/110/CE de 25 de noviembre de 2003 sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea. Todas ellas dirigidas a la repatriación o a sancionar conductas que colaboren con la inmigración ilegal. La última normativa en esta materia es la Directiva 2008/115/CE de 16 de Diciembre de 2008, estudiada a continuación.

### 3. ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 2008/115/CE DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Tras el repaso de las políticas y normativas europeas en materia de migración, me centraré en la Directiva 2008/115/CE de 16 de Diciembre de 2008 (en adelante la Directiva Retorno), al representar con claridad el resultado de la

línea seguida por la UE en materia de migraciones en estos últimos años. Será analizada desde el punto de vista del cumplimiento de los derechos fundamentales.

Comenzando por un estudio de los considerandos de la Directiva Retorno, se intuye un interés especial de la UE por el respeto a los derechos fundamentales. Así, en los considerandos 6 y 11 se menciona que el procedimiento de expulsión ha de ser “*justo y transparente*” y “*respetuoso con las garantías jurídicas*”; el internamiento es tratado en los considerandos 16 y 17 al hablar del “*principio de proporcionalidad*” y “*trato digno y humano*”; y en el 22 se habla del “*interés superior del niño*”. Otros derechos mencionados son: el principio de “*no devolución*”, la prohibición de toda discriminación o la protección al refugiado. Todo ello bajo la obligación recogida en el artículo 1 de aplicar la Directiva de conformidad con los derechos fundamentales.

A continuación se estudiará cómo la Directiva Retorno articula el respeto a los derechos fundamentales en estas tres áreas mencionadas específicamente en los considerandos.

### 3.1. *Procedimiento de retorno y expulsión*

La UE opta por el procedimiento de expulsión para el trato a los inmigrantes sin papeles (nacionales de terceros países que no cumplen con el artículo 5 del Código de Fronteras Schengen). En una primera fase con la “*decisión de retorno*” (comunicación al inmigrante de la obligación de abandono del territorio de la UE), en segundo lugar con la ejecución de tal decisión mediante la “*salida voluntaria*” o la “*expulsión*” (la puesta en marcha de la primera fase) y finalmente, con la “*prohibición de entrada*” al territorio comunitario durante un tiempo determinado (la sanción por la estancia irregular del inmigrante). Por tanto, la regla general, legalizada (reconocida como obligatoria y comunitaria) por la UE en su Directiva Retorno, es la devolución obligatoria (en ocasiones forzosa) del inmigrante a su país.

El primer artículo a analizar es el 6.5 que legaliza la posibilidad de expulsión de un inmigrante con un procedimiento pendiente de resolución. Dicho procedimiento puede resolverse con una concesión de un permiso de residencia a la persona involucrada, afectando directamente a un derecho fundamental como es el derecho a la circulación y residencia contemplado en el artículo 45.2 de la Carta Europea de DDFP (en adelante Carta) y de forma transversal a derechos fundamentales como la vida familiar. Por tanto, la posibilidad con-

tenida en el artículo 6.5 de la Directiva Retorno contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta, puesto que el inmigrante puede ser expulsado antes de obtener una resolución judicial.

En el artículo 12 de la Directiva Retorno se recogen las garantías en cuanto a la forma, tanto de una decisión de retorno, como de expulsión, como de prohibición de entrada. En él se establece que deberán ser escritas y fundamentadas. El apartado 3 genera dudas en cuanto al cumplimiento de textos internacionales sobre derechos fundamentales cuando permite la posibilidad de no aplicación del apartado 2 (donde se reconoce el derecho a ser informado en una lengua que entienda el sujeto afectado por una decisión) a determinadas personas. Dicho derecho se encuentra reconocido en el artículo 6.3.a) del Convenio Europeo de DDHH (en adelante el Convenio), se encuentra dentro del Título I, por lo que, siguiendo el artículo 1 del mismo Convenio, no se puede dejar de reconocer dicho derecho fundamental a una persona sometida a la jurisdicción de los Estados firmantes (las personas mencionadas en el apartado 3 de la Directiva están sometidas a dicha jurisdicción). Además de que la no traducción de la decisión podría vulnerar directamente el derecho a un recurso efectivo (art. 13 del Convenio) y a la legítima defensa (art. 6.3b) del Convenio y 48.2 de la Carta). La posibilidad que contempla la Directiva de excluir el reconocimiento de dicho derecho fundamental a los “nacionales de terceros países que hayan entrado ilegalmente en el territorio de un Estado miembro y que no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en él”, conculca el derecho fundamental a la no discriminación recogido en el artículo 14 del Convenio y artículo 20 de la Carta. De la necesidad de contar con traducción en el procedimiento habló el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH). 2012. Sentencia de 5 de Mayo, *Conka v. Bélgica*.

En tercer lugar, el que una decisión que puede afectar directamente a los derechos fundamentales (vida familiar<sup>9</sup>, trabajo, educación...), como es la de retorno o la de expulsión, pueda ser confirmada en vía de recurso por otro órgano que no sea judicial (art. 13.1 de la Directiva Retorno), quebranta derechos fundamentales reconocidos expresamente en numerosos textos internacionales: el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

---

<sup>9</sup> Véase CERIANI CERNADAS, P., “La Directiva de retorno de la UE: apuntes críticos desde una perspectiva de Derechos Humanos”, *Anuario Centro de Derechos Humanos*, Chile, n° 5 (2009), pp 85-94.

(DUDDHH) que reconoce el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales, el artículo 6.1 del Convenio (derecho a un proceso equitativo) y el artículo 47 de la Carta (derecho a la tutela judicial efectiva). Pero más controvertido resulta el hecho de que tal decisión pueda ejecutarse sin necesidad de que sea resuelto el recurso contra la misma (art. 13.2 Directiva Retorno). Respecto a este último punto ya se pronunció el TEDH en la ya mencionada sentencia *Conka v. Bélgica*.

La Directiva Retorno tampoco garantiza el derecho a la asistencia jurídica gratuita (el artículo 13.4 habla de que los Estados “*velarán*” pero no es obligatorio), incumpliendo lo dispuesto en el artículo 47 de la Carta y el artículo 6.3.c) del Convenio.

Por último, es necesario tener en cuenta lo que implica el artículo 11 de la Directiva Retorno, que establece como obligatoria la imposición de la prohibición de entrada en dos casos, siendo opcional en el resto y estableciendo excepciones en los apartados siguientes. Este artículo significa, que “la imposición de una prohibición de entrada convierte definitivamente el retorno de extranjeros en una medida sancionadora, cuando de evitarse tal previsión cabía considerar las medidas de alejamiento como actos administrativos restitutivos de una legalidad conculcada, fuera por la entrada ilegal o por la permanencia más allá del período autorizado por un permiso de residencia o autorización de estancia. Ello es así porque la prohibición de entrada constituye un ‘plus’ de castigo en manos del Estado que se añade a las acciones dirigidas a volver a la situación previa a la infracción, acción que comprendería fundamentalmente el alejamiento del extranjero”<sup>10</sup>. Este cambio de naturaleza exige un plus en el cumplimiento de las garantías jurídicas y los derechos fundamentales. Teniendo en cuenta que la norma general es la imposición de una prohibición de entrada conjuntamente a la decisión de retorno y que, las tres fases (decisión de retorno, expulsión y prohibición) pueden resolverse en un único acto administrativo o judicial (art. 6.6 de la Directiva Retorno), se exige el respeto a los derechos fundamentales y las garantías jurídicas de forma minuciosa en cualquiera de las tres. Sin embargo, la enumeración de garantías hecha por la Directiva en relación con estas decisiones es escasa,

---

<sup>10</sup> Véase MOYA, D., “La nueva Directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros”, *Revista de Derechos constitucional europeo*, nº 10 (julio-diciembre, 2008), pp 101-164.

llegando en ocasiones a incumplir las obligaciones derivadas de los derechos fundamentales reconocidos en los textos europeos, e interpretadas por la jurisprudencia del TEDH<sup>11</sup>.

### 3.2. *La medida de internamiento*

Se trata de una medida cautelar de naturaleza administrativa recogida en los artículos 15 a 17 de la Directiva Retorno. En el ordenamiento español es la única medida privativa de libertad de esta naturaleza<sup>12</sup>, habiendo sólo otra medida de naturaleza equivalente pero en el ordenamiento penal, la prisión provisional. Genera ciertas dudas de proporcionalidad el hecho de que para asegurar una posible sanción administrativa se utilice el mecanismo más gravoso del procedimiento penal, ya que este último es usado por la posible comisión de un delito y el primero por la estancia ilegal en el territorio<sup>13</sup>. Resulta además contradictorio como, en el ordenamiento penal se tiende cada vez más a la sustitución de la privación de la libertad por medidas menos lesivas para los derechos fundamentales y menos costosas económicamente, mientras que, al mismo tiempo, en el ordenamiento administrativo se recoge tal privación, por vez primera a nivel europeo, ratificándola como posible medida a adoptar<sup>14</sup>.

Las únicas condiciones que establece la Directiva Retorno para que un Estado pueda ordenar el internamiento de un inmigrante sujeto a la medida de retorno son: la ausencia de medidas menos lesivas, que el internamiento cumpla la finalidad de preparar o ejecutar el retorno y, sólo podrá mantenerse cuando siga existiendo la posibilidad de ejecutar la expulsión. Respecto a la primera condición “*medidas menos lesivas*” es difícil encontrar en el ordenamiento europeo dichas medidas, a pesar de las propuestas de organizaciones, académicos y demás expertos en migraciones acerca de fomentar la coopera-

<sup>11</sup> Otro ejemplo polémico es la posible vulneración al principio de “non refoulement”. SCUTO, F., “Derechos de los inmigrantes en situación irregular”, *Revista de Derechos constitucional europeo*, nº 16 (julio-diciembre 2011).

<sup>12</sup> Véase TARDÍO PATO, J., “Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo”, *Revista jurídica de Navarra*, nº 38 (julio-diciembre 2004), pp 113-130.

<sup>13</sup> Véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº LXII (2009), pp. 1-25.

<sup>14</sup> Véase GONZALEZ SAQUERO, P., “La Directiva de retorno y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros”, *Papeles de Derecho Europeo e integración regional*, nº 6 (2011), pp 1-16.

ción y el diálogo sobre la base de los derechos fundamentales, el interés de la UE en las mismas parece nulo. En cuanto a la segunda condición baste recordar las estadísticas españolas (en 2011, 13.241 extranjeros fueron internados en los centros de internamiento de extranjeros (CIE) españoles. De ellos, solo 6.825 (el 51,5 %) llegaron a ser finalmente expulsados, según datos ofrecidos el 17 de Abril de 2012 por el portavoz del grupo popular en la comisión de Interior del Congreso de los Diputados).

Estas condiciones, obligatorias para ordenar el internamiento, han de complementarse con una serie de garantías jurídicas. La primera de ellas se recoge en el artículo 15.2 donde se establece que el internamiento deberá ser ordenado por una autoridad administrativa o judicial. Contemplar la posibilidad de que una autoridad administrativa ordene una privación de libertad indica que el internamiento de la Directiva no está concebida como última ratio.<sup>15</sup> Por otro lado, resulta sorprendente como, en el caso de la prisión preventiva de naturaleza penal, se garantiza que sólo un juez podrá ordenar la privación de libertad (debido al carácter lesivo de la misma) y sin embargo, no siendo así en el caso del internamiento para la ejecución de una orden administrativa. En España el artículo 25.3 de la Constitución (CE) establece que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen una privación de libertad”, debido a las dudas constitucionales que el internamiento de extranjeros como medida cautelar administrativa generaba, el TC en la sentencia 115/1987 declaró que la decisión de internamiento es una decisión judicial y por tanto, no vulneraría el artículo 25.3 CE, es decir, en España el internamiento no podría ser ordenado por una autoridad administrativa pues se considera que no otorgaría las garantías suficientes para la puesta en marcha de una medida tan delicada como es la privación de libertad.

El control judicial es una garantía fundamental para comprobar el cumplimiento de las condiciones del internamiento, por ello es necesario determinar temporalmente cuando es necesario proceder a este control y así evitar perjuicios irreparables al derecho a la libertad. Es por ello que, la indeterminación con la que regula la Directiva este control, con expresiones tales como “control judicial... lo más rápidamente posible”, “intervalos razonables” o “control

---

<sup>15</sup> Véase NIETO GARCÍA, L., “Derechos humanos e inmigración. Europa y la Directiva de retorno”, *Biblioteca Hegoa, papeles de cuestiones Internacionales*, n° 104 (2008), pp 39-56.

*rápido*”, no permite un cumplimiento estricto de las garantías que ponen en práctica el derecho a la libertad.

Por tanto, la Directiva Retorno no recoge estas dos primeras garantías de forma que pueda darse por cumplidos los artículos 9 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y 5 del Convenio.

La tercera garantía recogida es la duración máxima del internamiento. El artículo 15.5 fija un plazo máximo de 6 meses, prorrogable por 12 meses más. Teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH en sentencias como caso “Samy v Netherlands”, “Saadi v. Reino Unido” o “Chahal v. Reino Unido”<sup>16</sup>; el Informe del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, el Sr. Tommas Hammar que consideró un plazo de detención de 8 semanas excesivo a estos efectos; así como la contradicción que supone que el Parlamento Europeo hubiera considerado, meses antes de aprobar la Directiva, la duración máxima de 18 meses como excesiva para este tipo de internamiento (De Lucas, J., 2009), el periodo máximo establecido en la Directiva Retorno parece excesivo.

Esta desproporcionalidad queda aún más patente cuando se compara con la duración máxima que el ordenamiento español prevé para la prisión provisional por la posible comisión de un delito. La Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 504.2 establece como período máximo para la prisión preventiva con finalidad de evitar una posible fuga del imputado, el de 1 año para delitos con penas de privación de libertad de hasta 3 años, y de 2 años para delitos penados con más de 3 años.

De dudosa concordancia con los derechos fundamentales y garantías jurídicas son las causas que el artículo 15.6 de la Directiva Retorno reconoce para prolongar el plazo de internamiento hasta 12 meses más. La primera de ellas “*la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate*” es muy ambigua, dejando abierta la posibilidad de aplicarla a un extranjero por el hecho de estar indocumentado. La segunda de ellas “*demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria*” es aún más injusta pues permite ampliar el plazo en el que el inmigrante estará privado de un derecho fundamental (la libertad), por razón de la mala gestión o la demora de un Estado. Es injustificable la demora de un Estado cuando de su actividad depende la

---

<sup>16</sup> MOYA, D., “La nueva Directiva...”, *op. cit.*, pp. 141-142, ofrece una mayor información de este aspecto.

libertad de un individuo, pero aún más injustificable recogerlo en una Directiva y descargar la mala actuación del Estado en el afectado, perjudicándole por partida doble.

Si bien es cierto que esta duración máxima en principio sólo afectará a los Estados que carecían de ella, como Dinamarca, Finlandia, Reino Unido, Estonia, Lituania, Países Bajos y Suecia, a la larga puede ser un aliciente para que Estados como el español amplíen la duración de su internamiento, sin mencionar el hecho de que la UE recoja en su legislación una norma claramente desproporcionada.

A estas garantías hay que añadir las que la Directiva Retorno reconoce durante el internamiento. Éstas se recogen en el artículo 16 a lo largo de 5 apartados que abarcan los siguientes temas: en primer lugar que el internamiento se haga en centros especializados. Esta norma resulta muy poco precisa pues no establece las normas mínimas que deben cumplir dichos establecimientos. En segundo lugar, se reconoce la posibilidad de que los inmigrantes entren en contacto con *“sus representantes legales, los miembros de su familia y las autoridades consulares competentes”* en *“el momento oportuno”*, de nuevo cae en la indeterminación de plazos necesarios para garantizar los derechos fundamentales. En tercer lugar, se reconoce *“la atención sanitaria de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades”*, un derecho que ya tenían reconocido antes del internamiento y que por tanto no debe en ningún caso quedar afectado. En cuarto lugar, se reconocen las visitas de organismo y ONGs a los centros de internamiento *“pudiendo estar sujetas a autorización previa”*, de nuevo la Directiva deja sin concretar las condiciones de cumplimiento de dicho derecho. Por último, se recoge el derecho a la información con una frase totalmente abierta a interpretaciones *“recibirán de forma sistemática información”*. Por tanto, el artículo 16 no desarrolla aspectos básicos de las garantías que pretende reconocer, como son los plazos o, alguna mención a normas mínimas de salubridad o alimentación de los establecimientos donde van a ser internados, facilitando el incumplimiento de los derechos fundamentales, muchos de los cuales se olvida de reconocer, como son el derecho a la intimidad, el derecho a la educación, el derecho al trabajo o el derecho de queja. Basta echar un rápido vistazo a las Normas Mínimas de Tratamiento de los Reclusos a nivel internacional, y a nivel europeo a las Recomendaciones del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas de 2006, para concluir que los derechos reconocidos a personas internadas por la comisión de un delito, están mucho más desarrollados y garantizados que los reconocidos a personas

que no han cometido un delito, sino que han sido internados por el hecho de encontrarse sin papeles en la UE.

Esta escasez en el desarrollo de las garantías del internamiento ha facilitado casos como el español y sus controvertidos CIES (Centros de Internamiento de Extranjeros). Baste recordar los numerosos informes y denuncias dirigidas a estos centros por el incumplimiento de derechos fundamentales, como el Informe del Defensor del Pueblo de 2005 y los subsiguientes de carácter anual, así como el Dictamen de la Asociación Española de Derechos Internacionales de los Derechos Humanos (AEDIDH) de 2011 ante el Comité de Naciones Unidas para la eliminación de toda forma de discriminación racial<sup>17</sup>.

Los centros de internamiento para extranjeros europeos también han sido criticados por su carácter marcadamente penitenciario, “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”<sup>18</sup>. Si a estas críticas unimos el hecho de que la Directiva reconozca en su artículo 16.1 la posibilidad de internar a los inmigrantes ilegales a la espera de un posible retorno (recordemos que sin haber cometido delito alguno), en Centros Penitenciarios, entonces el marcado carácter criminógeno queda patente.

### 3.3. *Interés superior del menor*

La Directiva Retorno reconoce la posibilidad de expulsar a menores no acompañados (art. 10). En el primer apartado de este artículo se recoge la posibilidad de que antes de la misma, el menor sea asistido por los “*servicios pertinentes*” diferentes a las autoridades encargadas de ejecutar la orden de retorno,

<sup>17</sup> Es de destacar al respecto el *Informe sobre los Centros de internamiento de extranjeros en España: régimen vigente y propuestas de futuro*, Abril 2012, elaborado por la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española.

<sup>18</sup> NIETO GARCÍA, L.C., “Derechos humanos...”, *op. cit.*, p. 49.

“*teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño*”, la ambigüedad de ambas expresiones hacen difícil saber el grado en el que este artículo vincula.

La segunda parte del artículo adolece de la misma ambigüedad, cuando establece que las autoridades de un Estado se “*cerciorarán*”, sin indicación de cómo y hasta qué punto, de que el menor sea entregado a “*un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno*”, qué se puede entender por unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.

La Directiva Retorno también reconoce la posibilidad de internar a un menor no acompañado (art. 17.1). Las escasas garantías con las que estaba recogido el internamiento en la Directiva también son aplicables a los menores no acompañados y, aún más, cuando la Directiva, siguiendo lo recogido en su artículo 5 y en su artículo 17.5 “*respeto al interés superior del menor*”, trata de hacer efectivas algunas garantías específicas para los menores por lo delicado del tema, las hace depender de expresiones como “*dependiendo de la duración de su estancia*” (art. 17.3) para referirse al derecho a la educación de los menores de edad o, “*en la medida de lo posible*” (art. 17.4) para referirse al derecho a contar con establecimientos aptos para menores, quedando el repetido “*interés superior del menor*” en un segundo término.

Esta parte de la Directiva Retorno dedicada a los menores podría vulnerar disposiciones de obligado cumplimiento como la Convención de Derechos del Niño, artículos: 2, en el que se reconoce el interés superior del menor independientemente de su nacionalidad, el 28, que recoge el derecho a la educación del menor y 37 donde se establecen las condiciones de internamiento de un menor. Es por ello que, no sólo ONGs y demás asociaciones dedicadas a salvaguardar los derechos fundamentales, sino también el propio Parlamento Europeo<sup>19</sup> han criticado esta parte de la Directiva. También hay un informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes, E/CN.4/2003/85, párr. 75.a. en el que se expresa que la detención de los menores debería estar prohibida.

---

<sup>19</sup> Para ampliar información consultar el estudio encargado por este órgano con el nombre de “Steps Consulting Social. The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states”. Bruselas, 12/2007, p. 21. Así como el informe de opinión aprobado por la Eurocámara el 14 de Enero de 2009 sobre la situación de los derechos fundamentales en Europa.

### 3.4. Conclusiones

La firma de Tratados Internacionales sobre la protección de derechos fundamentales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta Europea de DDHH, el Convenio Europeo de DDHH, la Convención de Derechos del Niño y tantos otros, exige que las legislaciones de los Estados que firmaron dichos Tratados no sólo respeten los derechos fundamentales, sino que también ofrezcan posibilidades a los destinatarios de tales normativas para hacer valer sus derechos, es decir, son necesarias garantías para ejercitarlos.

La Directiva Retorno, como se observa en los considerandos, recoge literalmente el respeto a los derechos fundamentales pero no da el segundo paso, el de garantizarlos para dotarles de eficacia. Si bien es cierto que una Directiva debe otorgar cierta discrecionalidad a los Estados a la hora de legislar, puesto que ofrece un marco general a desarrollar por los mismos, no debe perderse en ambigüedades y términos opacos en cuanto a garantías de derechos fundamentales se refiere. No debe generar dudas de interpretación de preceptos directamente relacionados con derechos fundamentales, debiendo establecer unos mínimos a cumplir por los Estados. Esta laxitud se repite en numerosas ocasiones a lo largo del texto, como por ejemplo en lo referido a la tutela judicial efectiva (arts. 6.5, 8.3, 13.2, 15.2 y 15.3), en la asistencia jurídica gratuita (art. 13.3), o directamente en los derechos fundamentales (art. 14.1). Sin embargo, no ocurre así cuando se trata de legislar los aspectos de mayor dureza hacia el inmigrante, como sucede en el artículo 6 con la obligación de retorno, el artículo 8.6 insistiendo en crear un sistema eficaz de control de retorno forzoso o el artículo 11.1 al recoger la obligada imposición de la prohibición de retorno, en estos casos es nula la flexibilidad de la Directiva.

En otras ocasiones, la Directiva Retorno genera una clara desigualdad de trato, así sucede en los artículos 4.4.a), limitando las garantías a los inmigrantes en frontera, y 6.2 limitando la libre circulación a los inmigrantes ya legales.

Por último, la Directiva Retorno hace depender el cumplimiento de los derechos fundamentales de las condiciones económicas de los Estados miembros, dejado bien claro en qué posición quedan éstos. Los artículos 16.2, 17.3 y 18.1 son ejemplos de esto. Por desgracia, esta práctica de legislar antes de comprobar el presupuesto disponible para garantizar la eficacia de la misma, es habitual.

Por estos motivos, el respeto a los derechos fundamentales se hace depender de la jurisprudencia europea y las legislaciones nacionales, cuando es la normativa europea quien, en este aspecto, ha de servir de ejemplo.

Quizá por estas deficiencias, la Directiva Retorno ha sido criticada tanto desde el punto de vista humano, como desde el económico (supone un costo demasiado alto para la escasa eficacia que tiene)<sup>20</sup>, por instituciones muy variadas: desde organismos Internacionales como la Corte Interamericana de DDHH en Resolución 3/2008, la ONU a través de un comunicado de prensa de 11/07/08 de diez expertos independientes de derechos humanos que forman parte de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos, Mercosur en su XXXV Cumbre celebrada en Tucumán, ACNUR o ECRE (Consejo Europeo para Refugiado y Exiliados) y por ONGs y colectivos como: la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH), la asociación Jueces para la Democracia, juristas Grupo Inmigración y Sistema Penal, Amnistía Internacional o Médicos del Mundo Madrid.

#### 4. CONCLUSIÓN

La manera en que la UE aborda el fenómeno migratorio es doblemente contradictorio.

Por un lado, a pesar de haber firmado textos vinculantes como la Carta Europea de Derechos Fundamentales o el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como la vinculación a la que ella misma se ha comprometido en numerosas ocasiones a textos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo cierto es que todo parece quedar en el papel cuando llega el momento de ponerlos en práctica. La UE no garantiza el nivel de protección que la normativa exige, tampoco la que ella misma dice garantizar, en este sentido se ha producido un paso atrás. La UE no parece estar a la altura del nuevo panorama mundial. Este relajo tiene víctimas<sup>21</sup>, recordemos algunos ejemplos recientes<sup>22</sup>: unas 1400 personas perdieron la vida a principios de 2011 tratando de cruzar el Mediterráneo en su intento de huir de Libia, la

<sup>20</sup> Véase SORROZA BLANCO, A., “Crónica de una controversia anunciada: la Directiva europea de retorno de inmigrantes en situación irregular”, *Revista de Estudios Jurídicos*, Jaén, n° 8 (2008), pp 1-10.

<sup>21</sup> Quisiera aclarar que en estos ejemplos no sólo la UE tiene responsabilidades.

<sup>22</sup> Algunos de estos ejemplos están explicados en el Informe 2012: la UE, de la organización Human Rights Watch; ÖZDEM, M., “Por el respeto de los derechos de todos los trabajadores migrantes”, *Cuaderno crítico, CETIM*, Ginebra, n° 9 (octubre 2011), p. 7, también hace una buena enumeración de los mismos.

multitud de romaníes (ciudadanos de la UE) expulsados indiscriminadamente de Francia e Italia, las malas condiciones de detención de inmigrantes en Grecia, los inmigrantes (especialmente mujeres y niñas) víctimas de la trata de seres humanos por redes mafiosas, los inmigrantes africanos sometidos a pésimas condiciones laborales como atestiguan los sucesos ocurridos en Salento (Italia) o las críticas a Alemania desde el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, por las malas prestaciones a los solicitantes de asilo. Todo ello unido al auge de partidos extremistas populistas en varios Estados de la UE.

Por otro lado, la UE parece no prestar atención a las víctimas y sí a los intereses económicos, cayendo en la segunda contradicción<sup>23</sup>. La UE legisla en atención a sus intereses económicos, de tal manera que aquellos inmigrantes que no sean trabajadores altamente cualificados, estudiantes o científicos, lo tendrán muy difícil para cruzar las fronteras europeas. De igual modo, el inmigrante que no genere beneficio económico alguno, es una lacra a la que hay que expulsar. Es lícito que la UE se preocupe por mantenerse como potencia económica relevante, en este sentido es lógico que quiera atraer a mano de obra cualificada, sin embargo, este objetivo no puede ser realizado a costa de otros países. De tal manera que la UE debería preocuparse no sólo por lo que considera una amenaza exterior en el terreno económico, sino también por sus propias actuaciones que resultan amenazas a las economías de terceros Estados y que, en muchos casos, están detrás de algunas de las causas de la migración. El sistema económico actual, con unas reglas del juego de dominación-dependencia en función de intercambios comerciales desiguales entre las distintas regiones del mundo, es mantenido por una serie de potencias a las que beneficia esta desigualdad, entre ellas la UE. Ella y otras potencias mundiales, como EEUU o China, se aprovechan de este sistema mantenido por varias instituciones, como el FMI o el BM, a través de programas como los de ajuste estructural que imponen un modelo único de desarrollo, fomentando el dumping, la desregularización de los mercados o la privatización, para que las empresas de estas grandes potencias económicas puedan establecerse en otros países sin trabas. Países que permiten que estas multinacionales produzcan

---

<sup>23</sup> Véase MARTÍNEZ PIZARRO, J.; REBOIRAS FINARDI, L. y SOFFIA CONSTRUCCI, M., “Los derechos concedidos: crisis económica mundial y migraciones internacionales”, *CEPAL, Serie población y desarrollo*, Chile, n° 89 (2009), pp 1-40.

más barato a costa de un relajo en el cumplimiento de unas normas mínimas, tanto laborales como ecológicas. Ciertamente es que los Estados tienen cada vez menos poder en este sistema, siendo las empresas las que marcan las reglas del juego (recordemos que de las 100 economías más boyantes, 51 son empresas); sin embargo está en manos de los Estados y Organismos Internacionales el no fomentarlo, el controlarlo acabando con los efectos perjudiciales de este sistema. La UE elabora normativas para controlar la inmigración porque puede perjudicar la economía europea pero, ¿por qué no se preocupa de controlar a sus multinacionales o sus intercambios comerciales internacionales de manera que no atenten contra los derechos fundamentales? No se habla de ayuda al desarrollo sino de justicia, de no ocasionar perjuicios. Estas medidas, entre otras, ayudarían a evitar las migraciones forzadas.

Ante esta doble contradicción hay que recordar la universalidad de los derechos fundamentales y su obligatoriedad. No se trata de una concesión por parte de los Estados sino de algo que corresponde a todas las personas. Por ello, la base de toda normativa, incluida la migratoria, es el respeto y garantía de los derechos fundamentales<sup>24</sup>. Su cumplimiento no puede depender de las condiciones económicas, es más, tampoco deben depender de los Tribunales, y no porque los Tribunales no los garanticen, baste recordar la buena labor del TEDH o el TJCE en este sentido, sino porque es la normativa la que debe anticiparse garantizándolos. La normativa es un reflejo de nuestra sociedad.

Por otro lado, hay que tener en cuenta dos perspectivas: la primera referida al necesario enfoque multilateral. La política migratoria no puede ser unilateral. En Europa se comprendió cómo los Estados no podían dar respuesta por ellos mismos al fenómeno migratorio, por ello la UE tomó cartas en el asunto; de igual manera, se está comprobando como la UE no tiene capacidad para regular ella sola algo tan amplio como los movimientos migratorios. Esto hace que no pueda tenerse en cuenta solamente los intereses de un Estado o grupo de Estados, ya que son muchos los actores implicados en este fenómeno: países y sociedades emisoras, receptoras o de tránsito de la migración y, por supuesto, el propio inmigrante. Esto es así porque el nuevo escenario

---

<sup>24</sup> Véase DE LUCAS, J., “El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los Derechos Humanos de los inmigrantes. Acerca del Derecho a ser inmigrante”, en MARINO MENÉNDEZ, F., *Un mundo sin desarraigo: El Derecho internacional de las migraciones*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2006, p. 29.

mundial hace que los intereses y las acciones estén interconectados y además vayan variando; por tanto, los objetivos sólo pueden conseguirse entre todos. La segunda perspectiva entiende la migración desde un punto de vista holístico. Las causas migratorias son muy variadas, por tanto, no se puede continuar con políticas de parches centradas exclusivamente en la legislación migratoria, sino que deben estudiarse las causas con profundidad y desde todas las perspectivas, lo que hará tomar decisiones que impliquen otras normativas, como la educacional, la económica, la sanitaria, la ecológica...<sup>25</sup>.

Como se decía en la introducción hay una nueva visión de la realidad, una realidad en continuo cambio y expansión; la legislación no puede ser ajena a este hecho. Hay fenómenos sobre los que ya no puede legislarse localmente sino globalmente, tanto desde el punto de vista de las partes involucradas como desde los ámbitos afectados. Se puede seguir regulando los fenómenos internacionales desde los resultados locales, o se puede empezar a regular sus causas globales.

---

<sup>25</sup> En este sentido es muy interesante el artículo de FANJUL, G., “La era de la escasez: población y retos globales”, *Razón y fe* (marzo 2012), pp 235-243.