

PRÓLOGO

SOMBRAS EN LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

*

No son los actuales buenos tiempos para los inmigrantes. Antes de que irrumpiera la crisis financiera en Europa, a finales de 2008, existían serias razones para la preocupación y, desde entonces, las señales de alarma no han hecho sino incrementarse.

Ejemplos sobresalientes de esas señales de alarma en 2009 han sido la huelga de trabajadores en el Reino Unido contra la contratación de extranjeros, la persecución de inmigrantes en Italia, denunciada por la senadora FINOCCHIARO, la persecución policial de los inmigrantes irregulares en Madrid, el nacionalismo laboral en Francia y otros tantos ejemplos que se siguen incrementando a comienzos de 2010. En definitiva, se está generalizando una atmósfera xenófoba en Europa que ha conducido en nuestro país a la enésima reforma de la legislación sobre la inmigración iniciada antes de que hubiera entrado en vigor la Directiva de retorno de inmigrantes en situación irregular de 16 de diciembre de 2008¹.

Los inmigrantes, que han sido decisivos para el espectacular crecimiento de la economía española en la última década, son ahora incómodos, razón o sinrazón por la que se han adoptado en nuestro país medidas legislativas para el retorno de los emigrantes que se han pretendido presentar a la opinión pública como medidas avanzadas; cuando son una muestra evidente de las ideas mezquinas y xenófobas que sobrevuelan Europa.

A los inmigrantes a los que se califica de «regulares» o «legales» se les facilita que vuelvan a sus países de origen², mientras que a los inmigrantes a los que se cali-

¹ Su denominación precisa es: 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, DO L 348/98, de 24-12-2008.

² Ver el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen (*BOE* núm. 228, de 20 de septiembre de 2008).

fica de modo infamante de «irregulares» o «ilegales» se pretende darles caza olvidando los principios éticos más elementales. ¿Está iniciando la Unión Europea un nuevo holocausto? Esperemos que no sea así, pero para que no culmine un proceso reprobable, que ya se ha iniciado, será necesario que los ciudadanos europeos pongan en práctica los principios éticos que han servido de fundamento a los Estados Europeos y a la Unión Europea.

El cambio de actitud con los inmigrantes no tiene solamente su origen en la crisis financiera global en que estamos inmersos. En efecto, ya en el Consejo Europeo de Tampere de 1999 se comenzó a producir una inflexión en el tratamiento de los inmigrantes. Y, esa inflexión tomará nuevo impulso en el Consejo Europeo de Bruselas de los días 4 y 5 de noviembre de 2004 que incluirá entre sus conclusiones la de: *«que se dicte una política eficaz de expulsión y repatriación basada en normas comunes para personas que vayan a ser repatriadas, sin trato cruel y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad»*. Esta conclusión, y en particular la mención al respeto pleno de los derechos humanos y la dignidad de los inmigrantes, encierra una gran hipocresía porque la expulsión de los inmigrantes denominados «irregulares» atenta irreparablemente contra su dignidad; pues su huida de sus lugares de procedencia (a los que no se les puede denominar, en general, ni naciones ni estados) tuvo y sigue teniendo como única finalidad encontrar entre nosotros la dignidad que allí les niegan, y que ahora nosotros les negamos.

Esta misma tendencia se observa en las «veinte directrices sobre el retorno forzoso» de 4 de mayo de 2005, acordadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, ¡quién iba a decirlo! Y, de nuevo, se reproducen esas ideas, entre otras, en la Decisión 2004/573/CE del Consejo, de 29 de abril, 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.

* *

La Directiva de retorno de 16 de diciembre de 2008 es el ejemplo más alarmante de los vientos xenófobos europeos. Dicha Directiva se ha presentado como una norma de coordinación en aplicación del apartado 3b) del artículo 63 del Tratado de la Comunidad Europea. Y, desde la perspectiva de la coordinación, esto es, desde una perspectiva técnica, la Directiva pondrá fin a tratamientos en exceso dispares de los distintos Estados miembros; siempre que se transponga correctamente y dentro de los márgenes de apreciación que se deducen del texto de la norma comunitaria. Pero, lo grave de la Directiva, más allá de lo que prescribe, es lo que subyace en la misma. Esto es, un aberrante nacionalismo laboral; la ausencia de generosidad; y, en definitiva, la ausencia de la grandeza que debiera suponerse a los Estados europeos.

Sirva de ejemplo el tratamiento que se le da al que eufemísticamente se denomina «internamiento», en la referida Directiva, pues se trata de un evidente supuesto de privación de libertad, es decir un ataque a un derecho fundamental de las personas consagrado en el artículo 17 del texto constitucional.

Por otra parte el internamiento no es una medida que derive automáticamente ni de la iniciación de un procedimiento de retorno o de una resolución de retorno. Así,

la Directiva califica al internamiento como una facultad de los poderes públicos cuando no puedan aplicarse con eficacia otras medidas de carácter coercitivo.

Pues bien, si se trata de una privación de libertad como consecuencia de un procedimiento administrativo, estaríamos ante un supuesto de detención preventiva, previsto en el apartado 2 del artículo 17 de la Constitución, que prevé un plazo máximo de 72 horas tras el cual deberá ponerse a la persona en cuestión a disposición judicial. Esta previsión no consta en la Directiva que, por tanto, parece respaldar la privación de libertad ordenada por la Administración, al establecer en el apartado 2 del artículo 15 que el internamiento será ordenado por las autoridades administrativas o judiciales. Y, en el caso de que la orden sea administrativa ésta se someterá a control judicial, en los términos que referiremos.

¿Acaso es posible la operatividad de la doble cláusula en el caso español, teniendo en cuenta que el apartado 3 del artículo 25 CE prohíbe la imposición de sanciones por la Administración civil que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad?

El Tribunal Constitucional trató este tema, entre otras sentencias en la 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, que tiene en cuenta las sentencias 115/1987 y 303/2005. Pero el TC no afronta la cuestión fundamental relativa a la naturaleza de la orden de internamiento. La sentencia tendrá carácter interpretativo en un triple sentido que aquí interesa destacar. Por un lado, el juez puede decidir sobre la situación personal del extranjero, no limitándose a determinar el lugar del internamiento, en segundo lugar, la autoridad gubernativa queda sometida al control de los tribunales, y en tercer lugar más allá de las 72 horas la privación de libertad, esto es, la decisión sobre el mantenimiento o no de la privación de libertad, corresponde al órgano judicial. Pero, en caso alguno afronta la cuestión capital relativa a otorgar a la Administración una potestad, la de privar la libertad a las personas, prohibida por el artículo 25.2 CE, que el TC, precepto que ni siquiera menciona.

Bien es cierto que la Directiva establece la disyuntiva consistente en prever que el internamiento sea acordado por la autoridad judicial o administrativa, lo que pone de manifiesto que en algún ordenamiento jurídico comunitario está permitido que las autoridades administrativas puedan adoptar órdenes de internamiento. Pero ése no es el caso español en que la autoridad administrativa no puede dictar resoluciones que conlleven la privación de libertad, al margen de las detenciones cautelares previstas en la Constitución. Esto es, en nuestro sistema la atribución de la facultad de privar de la libertad sólo es disponible para el constituyente y no para el poder constituido.

La Directiva comunitaria, por otra parte, no es competente para modificar los sistemas jurídicos constitucionales de los Estados miembros determinantes en lo relativo a establecer a quién corresponde la potestad de acordar la privación de libertad, aunque ésta tenga carácter cautelar. En nuestro sistema es bien claro: la autoridad gubernativa sólo puede disponer de la libertad de las personas durante 72 horas, más allá corresponde al juez.

De manera que si concluimos que el internamiento es una modalidad de privación de libertad, la autoridad administrativa en nuestro sistema jurídico no puede acordar el internamiento, tan solo puede proponer la adopción de esta medida al juez

que es el que debe adoptar la decisión de internamiento o no. Tampoco debe entenderse aplicable en España la previsión del artículo 18.1 de la Directiva que permite que los períodos de control judicial sean más largos, esto es no se cumplan las previsiones de inmediatez a que se refieren los artículos 15 y 17 del texto constitucional.

La previsión de la Directiva para el caso de que el internamiento sea ordenado por las autoridades administrativas sólo puede operar en el caso de que la constitución de un Estado miembro de la Unión Europea prevea la posibilidad de que la autoridad administrativa tenga la potestad de privar a las personas de su libertad. En estos casos, esto es, cuando sea posible que el internamiento sea ordenado por una autoridad administrativa, la Directiva adopta una serie de precauciones. La primera de ellas consiste en que debe establecerse un control judicial sobre la medida de internamiento. Pero, la Directiva establece dos sistemas alternativos; el control judicial rápido; o bien proporcionar al internado la posibilidad de incoar un procedimiento para que se someta su internamiento a un control judicial rápido.

A mi juicio es lamentable que la Directiva haya establecido esta alternativa, que permite que el internamiento no se someta, en todo caso, al control judicial. Esto es, si un ordenamiento jurídico opta por la segunda alternativa crea un derecho en el internado a iniciar un procedimiento, de manera que de no iniciar dicho procedimiento el internamiento no se sometería al control judicial.

Lo que llevamos dicho nos revela que en materia de garantías de las personas los sistemas jurídicos de los Estados miembros dejan mucho que desear en lo relativo a su homogeneidad, pese a la jurisprudencia de Tribunal de Derechos y Libertades Fundamentales de Estrasburgo. Bien es cierto que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa servirá para lograr una mayor uniformidad, aunque no resultan muy esperanzadoras las excepciones logradas por el Reino Unido, Polonia e Irlanda, Estados a los que se ha sumado la República Checa, que evidencian la gravedad del problema.

Y sigue planteado problemas el tratamiento que se hace en la Directiva en cuanto a la duración del internamiento, sobre el que debemos hacer algunas observaciones. En primer lugar, para la revisión de la medida de internamiento se declara competente con carácter general a la autoridad administrativa. Y, sólo en el caso de internamientos prolongados, sin que la Directiva aclare qué entiende por internamiento prolongado, estarán las revisiones sometidas al control judicial. Este precepto, aplicable tanto al internamiento acordado por la autoridad administrativa como por la judicial es gravísimo, pues pone de evidencia que se está pretendiendo crear en la autoridad administrativa la potestad sobre la libertad de las personas. A mi juicio este precepto es inaplicable en España, porque debo insistir en que la Administración no puede acordar la privación de libertad de las personas más allá de 72 horas, de manera que no se le puede otorgar la potestad de revisar una situación de privación de libertad que es una decisión que incide en la libertad de las personas.

En segundo lugar la Directiva prevé que en los casos en que desaparezca la que denomina «perspectiva razonable de expulsión, bien por motivos jurídicos, o por otras consideraciones» el internamiento deja de estar justificado y la persona sometida a internamiento «será puesta en libertad inmediatamente». El precepto tiene una enorme transcendencia en relación con el plazo de internamiento. En efecto, cuando

se establece que el plazo máximo de internamiento es de 6 meses, a salvo de lo que después diremos, está sometido a la limitación antes señalada que deja un pequeño margen interpretativo a los Estados. Esto es, el internamiento decae si la expulsión no es posible. Pensemos en los conocidos casos de inmigrantes documentados nacionales de países que no tienen convenios con España que permitan la repatriación de los mismos. En estos casos, ni la autoridad administrativa ni la judicial podrá retener al extranjero a salvo de que se pueda justificar por la autoridad administrativa que dentro del plazo de 6 meses desaparecerán los motivos jurídicos o de otra naturaleza que impiden la expulsión.

Pero la mayor gravedad en cuanto al plazo consiste en las prórrogas que la Directiva permite de hasta 12 meses de internamiento para los casos de falta de cooperación del afectado o las demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria.

Por lo que se refiere a la condiciones del internamiento, la Directiva contiene una previsión de gran gravedad, pues permite que los sometidos a expulsión puedan internarse en un centro penitenciario «cuando el Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado». Por lo demás los internos recibirán atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de las enfermedades.

* * *

Europa pretende, irreflexivamente, crear un muro insalvable para todos los que huyen de la pobreza y buscan el bienestar que, a la postre, es el bienestar de todos. Pero me consuela el convencimiento de que la Europa xenófoba no conseguirá su objetivo. Los movimientos migratorios no son susceptibles de contención, nunca lo han sido, y espero que los actuales no sean una excepción a la regla. Europa no conseguirá detener los flujos migratorios, si bien conseguirá un objetivo no querido: la pérdida de prestigio como espacio de libertad, como tierra de promisión.

Y digo que Europa actúa irreflexivamente por varias razones. Por una parte, porque no cabe duda de que una Europa cada vez más envejecida necesita inmigrantes. Según algunos cálculos en los próximos 50 años, para mantener el Estado de Bienestar Europeo, será necesario duplicar el número de sus habitantes. De manera que, incluso desde el egoísmo, los europeos lejos de expulsar a los inmigrantes, a los seres humanos que nos hacen el honor de sentirse atraídos por Europa, debiéramos recibir a los emigrantes con los brazos abiertos.

Por otra parte, las políticas antiinmigración europeas tampoco responden al objetivo generoso de afrontar con decisión el grave problema de la pobreza en el mundo. Creo que Europa tiene miedo, y el miedo es un mal consejero para adoptar decisiones y trazar objetivos a corto, a medio y a largo plazo.

No cabe duda de que las sociedades occidentales deben protegerse. Deben proteger sus sistemas de derechos y libertades, y la seguridad es un *prius* para el ejercicio de los derechos y libertades. Y, a mi juicio, el más efectivo sistema de protección de nuestro sistema es implementar políticas de integración de los emigrantes. Y, no deja de ser curioso que entre los centenares de normas de los Estados miembros y de la

Unión Europea no se encuentran las que afronten decididamente la integración de los inmigrantes en las sociedades europeas, con objeto de convertirlos en ciudadanos europeos. En España, las escasas medidas de acogida de inmigrantes las adoptan las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos, aunque no tengan competencia alguna en materia de inmigración, con un resultado escasamente satisfactorio.

* * * *

En épocas de confusión, como la que Europa atraviesa, es preciso volver a los principios que sirven de fundamento a nuestra cultura. Creo que calificar a los seres humanos de «regulares» o «irregulares» atenta al principio más elemental de la dignidad humana.

Creo que la Unión Europea debiera abordar la inmigración con el objetivo de convertir a los inmigrantes en ciudadanos europeos, sin atender a las odiosas reglas de la reciprocidad entre Estados tan extendidas. Y cuando digo que debe convertir a los inmigrantes en ciudadanos europeos tengo presente el concepto de ciudadanía que figura en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, antecedente de la Declaración de Derechos francesa, que en su artículo 6 dibuja de modo preclaro, su concepto, dice así: *«Los hombres que hayan probado suficientemente su adhesión a la comunidad y un continuado interés en la comunidad tienen derecho de sufragio y no podrán ser gravados con impuestos o privados de su propiedad para uso público sin su propio consentimiento»*.

Hasta 1992 los Tratados de la Unión Europea no se referían a los ciudadanos. En los tratados, no hay personas, las libertades son de circulación de mercancías, trabajadores, capitales, servicios. Pero el nacionalismo latente no podrá resistir las propias presiones internas, porque la ciudadanía es una necesidad del mercado interior. Tan sólo el Reino Unido pretenderá vivir en la ficción cercenando la aplicación del concepto de ciudadanía. Pero, ni siquiera el Reino Unido ha resistido el embate expansivo de la ciudadanía. Y, pese a las limitaciones implícitas que tiene la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no será posible detener su aplicación expansiva. Y esa expansión del concepto de ciudadanía debe alcanzar a los que llamamos inmigrantes que no son sino personas que han pisado algo más tarde que otros europeos este extremo de Asia al que llamamos Europa. Dicho desde otra perspectiva: todos somos inmigrantes y ninguna generación de inmigrantes puede cambiar el destino de otros hombres con fundamento en odiosas ideas nacionalistas: ideas creadas para separar a los hombres que nos han traído guerras y miseria. Europa no debe perder la oportunidad de ser la América del siglo XXI, casa de acogida y de libertades en que se consideren ciudadanos todos los hombres y mujeres que se vinculen al extraordinario proyecto que se está forjando entre nosotros. Ésa sigue siendo mi esperanza.

* * * * *

Fruto de incansable tarea organizadora de la Directora de la Escuela de Práctica Jurídica, la Profesora Pilar MELLADO PRADO, y de su eficaz equipo, tuvieron lugar en el otoño de 2009, en la UNED, unas jornadas sobre la inmigración, que tuve el privilegio de dirigir. En dichas jornadas se abordaron algunos aspectos de la política, de

la legislación y de la jurisprudencia en materia migratoria en la Unión Europea y en España. Y en este número de la *REDUE* ofrecemos cuatro de las ponencias que se expusieron en las citadas jornadas, que suponen cuatro perspectivas diferentes sobre la inmigración, de gran interés, las de un laboralista, un constitucionalista, una internacionalista y una socióloga, a los que agradecemos una vez más su colaboración.

ENRIQUE LINDE PANIAGUA